

GR_GERICHTE ZR2 2023 11 vom 27. Februar 2025

GR Gerichte, 2025-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZR2_2023_11

FR: GR_GERICHTE ZR2 2023 11 du 27 février 2025

IT: GR_GERICHTE ZR2 2023 11 del 27 febbraio 2025

Regeste

Forderung und definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts | OR 363-393
Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 1

Prozessuales

E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Streitwert übersteigt CHF 10'000.00, womit das für die Berufung geltende Streitwerterfordernis erfüllt ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die gerichtsinterne Zuständigkeit der Zweiten zivilrechtlichen Kammer ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. a OGV (BR 173.010).

E. 1.2

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO ist die Frist eingehalten, wenn die betreffende Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wurde. Bezüglich in einen Briefkasten geworfener Eingaben gilt vermutungsweise, dass das Datum des Poststempels mit der Aufgabe übereinstimmt. Der beweisbelasteten Partei steht allerdings der Gegenbeweis offen, dass die Sendung trotz rechtzeitiger Übergabe erst nach Fristablauf gestempelt und der Poststempel unzutreffend ist (Jurij Benn, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024, N 13 zu Art. 143 ZPO). Das vorinstanzliche Urteil wurde der Berufungsklägerin am 3. Februar 2023 zugestellt. Die Berufungsfrist lief somit am 6. März 2023 ab. Die Berufungsschrift datiert zwar vom 6. März 2023 (act. A.1), der Briefumschlag ist aber mit dem Poststempel vom 7. März 2023 versehen. Durch die beigelegte schriftliche Zeugenerklärung von P._____ (act. D.1.1) und die eingereichten Videoaufnahmen (act. D. 1.2) ist jedoch nachgewiesen, dass die Berufungsschrift noch am 6. März 2023, kurz vor Mitternacht, der Schweizerischen Post übergeben wurde. Die Berufung erfolgte somit fristgerecht.

8 / 53

E. 1.3

Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

E. 1.3.1

In der Rechtschrift ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt eine Partei nicht, wenn sie lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass die Partei im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie weder an die Begründung der Berufungsklägerin noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

E. 1.3.2

Diesen Anforderungen an die Begründung wird die Berufungsklägerin in ihrer Berufung nur teilweise gerecht. Die Berufungsschrift enthält über weite Strecken nahezu wortgleiche Wiederholungen aus Rechtschriften des erstinstanzlichen Verfahrens, ohne dass erkennbar wird, was die Berufungsklägerin am angefochtenen Entscheid genau kritisieren will. Beispielhaft dafür sind die Ausführungen zu den Vertragsurkunden (act. A.1 S. 7 ff. bzw. RG act. I/4 S. 6 ff.), zu den Ausmassen und den Minderleistungen bei den Gipserarbeiten (act. A.1 S. 11 ff. bzw. RG act. I/4 S. 10 ff.), zu den Ausmassen und den Minderleistungen bei der Aussenwärmedämmung (act. A.1 S. 13 ff. bzw. RG act. I/4 S. 63 ff.) oder zu den Ausmassen und den Minderleistungen bei den Malerarbeiten (act. A.1 S. 15 f. bzw. RG act. I/4 S. 106 ff.). Es genügt nicht, der Berufungsinstanz in frei gehaltenen Ausführungen nochmals die eigene Sicht der Dinge zu unterbreiten, um daraus den pauschalen Schluss zu ziehen, die Vorinstanz habe falsch entschieden. Da sich die Berufungsklägerin allerdings stellenweise (auch) konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, ist auf die Berufung grundsätzlich einzutreten, wobei im jeweiligen

9 / 53 Sachzusammenhang auf die Begründungsanforderungen zurückzukommen sein wird.

E. 2

Vergütungsabrede ■ Einheitspreis oder Pauschalpreis

E. 2.1

Zwischen den Parteien ist in erster Linie umstritten, ob sie in den drei Werkverträgen jeweils einen Pauschalpreis (Version der Berufungsbeklagten) oder Einheitspreise (Version der Berufungsklägerin) vereinbarten. Die Vorinstanz widmete sich zuerst der objektivierten Vertragsauslegung und kam dabei zum Schluss, dass der Wortlaut der Verträge auf die Vereinbarung eines Einheitspreises hindeute, obwohl die Parteien dem Totalbetrag das Wort "pauschal" vorangestellt hätten. Sowohl in den Offert-Verhandlungsprotokollen wie auch in den Ausschreibungs- und Angebotsdokumenten hätten die Parteien vereinbart, dass sämtliche Ausmasse effektiv vergütet würden. Die Vereinbarung eines Einheitspreises finde sich überdies auch in den Allgemeinen Bedingungen der J. _____ AG. Bei der nachfolgenden Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien (subjektive Auslegung)

kam die Vorinstanz dagegen zum Schluss, dass die Parteien einen Pauschalpreis für die Werkverträge vereinbaren wollten. Dafür spreche das Verhalten der Parteien nach dem Vertragsschluss. Bei einem Werkvertrag, der Einheitspreise vorsehe, werde die Anzahl der verrechenbaren, geleisteten Leistungseinheiten grundsätzlich am Bauobjekt selber festgestellt, indem die Parteien bzw. ihre Vertreter fortlaufend oder nach bestimmten Perioden gemeinsam das tatsächliche Ausmass der erbrachten Leistungen feststellen und in einer Urkunde gegenseitig anerkennen würden. Dies hätten die Parteien in casu unterlassen. Die Ausmasse seien erst im Hinblick auf den vorliegenden Prozess ermittelt und abgenommen worden. So habe die Berufungsklägerin Akontozahlungen in beachtlichem Umfang geleistet, welche nach dem jeweiligen Baufortschritt gestellt worden seien. Wären tatsächlich Einheitspreise vereinbart gewesen, so hätten die Parteien vielmehr nach Abschluss jeder Bauphase oder zumindest vor der Abnahme der Bauleistungen die Ausmasse am Bauwerk abgenommen. Ein anderes Vorgehen entspreche weder der Praxis noch sei es üblich oder praktisch, da der Bauherr bei Mindermassen Gefahr laufe, Rückzahlungen von der Unternehmerin einfordern zu müssen. Für dieses Verständnis spreche ebenso die Aussage des gerichtlich einvernommenen Zeugen Q._____, welcher von der Bauleitung ■ der Vertreterin der Berufungsklägerin ■ beauftragt gewesen sei. Dieser habe im Rahmen der Einvernahme angegeben, davon ausgegangen zu sein, dass es sich beim Werklohn um einen Pauschalwerklohn gehandelt habe. Bezeichnend sei zudem, dass selbst R._____, welcher an der Hauptverhandlung als Organ der

10 / 53 Berufungsklägerin einvernommen worden sei, von einem "pauschalen Werkvertrag" gesprochen habe. Und schliesslich seien auch keine Abmahnungen oder ähnliches aktenkundig, in denen die Berufungsbeklagte aufgefordert werde, das effektive Ausmass zu ermitteln und basierend darauf Rechnung zu stellen (act. B.1 S. 14 ff.).

E. 2.2

Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz sei bei der objektivierten Auslegung zu Recht zum Ergebnis gelangt, dass die Parteien einen Einheitspreis und keinen Pauschalwerkpreis vereinbart hätten. Zu Unrecht sei die Vorinstanz hingegen zur Schlussfolgerung gelangt, dass bei der Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens von einem Pauschalpreis auszugehen sei. Es treffe nicht zu, dass bei der Vereinbarung eines Einheitspreises die Parteien bzw. ihre Vertreter fortlaufend oder nach bestimmten Perioden gemeinsam das tatsächliche Ausmass der erbrachten Leistungen festzustellen und in einer Urkunde gegenseitig anzuerkennen hätten. Die Aufnahme des Ausmasses könne ohne Weiteres auch erst im Zusammenhang mit der Erstellung bzw. Bereinigung der Schlussabrechnung gemäss Art. 153 und 154 SIA-Norm 118 erfolgen. Es liege weder seitens der Bauleitung noch der Berufungsklägerin ein Prüfungsbescheid gemäss Art. 154 und 155 SIA-Norm 118 vor. Auch sei nie auf die Aufnahme der effektiven Masse vor Ort verzichtet worden. Es habe dem Willen der Parteien entsprochen, die Ausmasse effektiv und zwar nach den bei der Offertstellung vorgelegten Plänen abzurechnen (act. A.1 S. 4 ff.).

E. 2.3

Die Parteien können gemäss Art. 373 und 374 OR die Vergütung der Unternehmerin als festen Preis oder nach dem Wert der Arbeit festsetzen. Die SIA-Norm 118 (Ausgabe 2013), die vorliegend unbestrittenermassen anwendbar ist, unterscheidet Einheitspreise (Art. 39 SIA-Norm 118), Globalpreise (Art. 40 SIA-Norm 118) und Pauschalpreise (Art. 41

SIA-Norm 118). Der Einheitspreisvertrag bestimmt die Vergütung je Mengeneinheit der einzelnen Leistung und beruht auf einem Leistungsverzeichnis. Demgegenüber bestimmen der Global- und Pauschalpreisvertrag die Vergütung ohne Rücksicht auf die Menge als festen Geldbetrag und beruhen auf einer Baubeschreibung (BGer 4A_605/2020 v. 24.3.2021 E. 4.2.1). In der Praxis nicht unüblich ist die sogenannte "nachträgliche Pauschalierung". Dies ist der Fall, wenn zunächst Einheitspreise ausgeschrieben und offeriert werden, diese jedoch im Laufe der Vertragsverhandlungen und allenfalls nach Abzug eines Rabatts auf einen fixen Betrag pauschaliert werden (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, Rz. 900 ff.; Roger König, in: Grünig/König [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das

11 / 53 Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 2024, N 34 zu Art. 373 OR; Hans R. Spiess/Marie-Theres Huser, SIA-Norm 118, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023, N 18 zu Art. 41). In diesem Fall bemisst sich die Vergütung der Unternehmerin für die vereinbarte Werkleistung ohne Rücksicht auf die Menge nach dem vereinbarten Pauschalbetrag (vgl. BGer 4A_605/2020 v. 24.3.2021 E. 4.2.1). Entsprechend liegt hier nicht mehr ein Einheits-, sondern ein Pauschalpreis vor (König, a.a.O., N 34 zu Art. 373 OR). Macht eine Partei geltend, die Einheitspreis-Offerte sei pauschaliert worden, trägt sie hierfür die Beweislast (Gauch, a.a.O., Rz. 932; König, a.a.O., N 34 zu Art. 373 OR).

E. 2.4

Im vorliegenden Fall gilt es zunächst festzuhalten, dass die Berufungsklägerin die Vereinbarung eines Pauschalpreises vor der Vorinstanz anerkannt hat. In ihrer Klageantwort stellte sich die Berufungsklägerin zwar noch auf den Standpunkt, dass nach der Parteivereinbarung von einer Abrechnung nach Ausmass und nicht von Pauschalpreisen auszugehen sei (RG act. I/4 S. 138). In ihrer Duplik führte sie dann allerdings aus, sie sei berechtigterweise davon ausgegangen, dass für den Fall, dass das offerierte Ausmass mit den von der Berufungsbeklagten zur Verfügung gestellten Planunterlagen übereinstimme, das bestellte Werk zu einem Pauschalpreis zu erstellen sei. Sie berufe sich auf einen Willensmangel bzw. einen Erklärungsirrtum und einen Grundlagenirrtum, indem sie einem Pauschalpreis zugestimmt habe, unter der ausdrücklichen Voraussetzung, dass die im Vertrag vereinbarten Ausmasse (Mengenangaben) auch den Planunterlagen entsprechen würden. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass nur dort von einer pauschalisierten Vergütung gesprochen werden könne, wo die Mengenangabe gemäss Werkvertrag/Leistungsverzeichnis den Angaben gemäss Plänen bzw. vor Ort am Gebäude entsprächen. Dort, wo dies nicht der Fall sei, liege keine pauschalierte Vergütung vor, weshalb der Aufwand der Berufungsbeklagten nach effektivem Ausmass zu entschädigen sei (RG act. I/6 S. 4 ff.). An der Hauptverhandlung ergänzte die Berufungsklägerin schliesslich: "Die Parteien haben einen Pauschalwerkpreis vereinbart. Das heisst aber nicht, dass man diesen Werkpreis nicht anpassen kann. Es war für den Beklagten klar, dass, wenn Mengen nicht gestimmt haben, dass der Werkpreis nach oben oder nach unten angepasst werden muss" (RG act. VII/1 S. 3). Wenn eine anwaltlich vertretene Partei in der Duplik und dann an der Hauptverhandlung in Übereinstimmung mit den Behauptungen der Gegenpartei erklärt, sie habe einem Pauschalpreis zugestimmt, ist sie darauf zu behaften. Nach ihren Behauptungen ging die Berufungsklägerin davon aus, dass die Mengen in den Leistungsverzeichnissen der Offerte den Mengen gemäss den Planunterlagen

12 / 53 bzw. den effektiven Mengen entsprechen. Diese Vorstellung der Berufungsklägerin betrifft ihre Willensbildung zum Vertragsschluss und ist, soweit sie sich über die Ausmasse getäuscht hat, grundsätzlich über den Grundlagenirrtum nach Massgabe des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend zu machen, den sie denn auch – insoweit folgerichtig – geltend gemacht hat (dazu unten E. 2.7). Dass im Ausgangspunkt zwischen den Parteien ein Konsens über einen Pauschalpreis zustande gekommen ist, wird damit nicht in Frage gestellt.

E. 2.5

Nachdem im vorinstanzlichen Verfahren das Zustandekommen eines Pauschalpreisvertrags unstreitig geblieben war, hätte es sich im Grunde genommen erübrigt, die Preisabrede auszulegen. Zieht man dessen ungeachtet die tatsächlichen Umstände in Betracht, ist freilich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen der subjektiven Auslegung auf die Vereinbarung eines Pauschalpreises geschlossen hat.

E. 2.5.1

Die Mengen der zu Einheitspreisen erbrachten Leistungen werden je nach den Bedingungen des Werkvertrags entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt (durch Messen, Wägen oder Zählen) oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (Art. 141 SIA-Norm 118). Kommt es auf das tatsächliche Ausmass an (Art. 142 SIA-Norm 118), so sind die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt festzustellen (Rainer Schumacher/Valentin Monn, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, N 4 zu Art. 141). Gemäss Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 haben die Bauleitung und die Unternehmerin die jeweiligen Ausmasse gemeinsam, fortlaufend und zeitgerecht, möglichst innert Monatsfrist, zu ermitteln und in den Massurkunden gegenseitig anzuerkennen. "Fortlaufend" bedeutet, dass die Ausmasse während der Bauausführung öfters ermittelt werden, meistens in regelmässigen und, wenn nötig, in kurzen Zeitabständen. "Zeitgerecht" bedeutet, dass allerspätestens auszumessen ist, bevor der Baufortschritt die Ermittlung des tatsächlichen Arbeitsumfangs verunmöglicht. Dies erfordert häufig das Ausmessen vor dem nächsten Arbeitsvorgang. Andererseits gibt es Ausmasse, die auch nach Bauvollendung noch ermittelt werden können. Auf jeden Fall ist derart rechtzeitig auszumessen, dass die Schlussabrechnung spätestens zwei Monate nach der Abnahme eingereicht werden kann (Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118; Schumacher/Monn, a.a.O., N 5.1 ff. zu Art. 142).

E. 2.5.2

Es ist unbestritten, dass die tatsächlichen Ausmasse nicht ermittelt wurden. Die Berufungsbeklagte hat ihre Arbeit am 28. April 2020 niedergelegt. Zu diesem Zeitpunkt waren angeblich noch nicht alle Arbeiten im EG und UG erledigt. Die Mieter in den darüber liegenden Wohnungen ■ wo die Arbeiten offenbar bereits

13 / 53 abgeschlossen waren ■ waren jedoch bereits am 1. April 2020 eingezogen (RG act. VIII/2.3 S.3). Die noch nicht erledigten Arbeiten im EG und UG sollen später von Drittunternehmern fertiggestellt worden sein, teilweise erst im Juni 2020 (RG act. III/19). Am 16. Juli bzw. 4. September 2020 stellte die Berufungsbeklagte ihre Schlussrechnungen (RG act. II/67, II/68 und II/86). Die von der Berufungsklägerin als Beweismittel eingereichten Neuberechnungen der Ausmasse von S. _____ datieren dagegen vom 29. März bzw. 1. April 2021 (RG act. III/1-3). Diese erfolgten somit ungefähr ein Jahr, nachdem die Arbeiten zumindest in den OG abgeschlossen und die Mieter eingezogen waren. Dies erweist sich als reichlich spät und spricht gegen das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses über eine Vergütung nach Ausmass. Zwar lässt sich anhand der

Akten nicht genau ermitteln, ab wann und inwieweit der Baufortschritt die Ermittlung des tatsächlichen Arbeitsumfangs verunmöglicht hat. Naheliegenderweise hätte die Ermittlung der tatsächlichen Ausmasse jedoch spätestens vor dem Einzug der Mieter stattgefunden. Dass dies nicht geschehen ist, deutet darauf hin, dass keiner der beteiligten Parteien davon ausging, dass die tatsächlichen Ausmasse zu ermitteln wären. Dies bestätigte denn auch der mit der Bauleitung beauftragte Zeuge Q._____, welcher ebenfalls von einem Pauschalwerklohn ausging (RG act. VIII/2.2, Frage 4). Die Berufungsklägerin hat im Übrigen nicht behauptet, dass sie die Berufungsbeklagte jemals aufgefordert hätte, gemeinsam mit der Bauleitung die effektiven Ausmasse festzustellen. Dass die Vorinstanz bei dieser Sachlage auf einen tatsächlichen Konsens über einen Pauschalpreis erkannt hat, ist folglich nicht zu beanstanden.

E. 2.5.3

Wie soeben erwähnt, hat die Berufungsklägerin mit erheblicher zeitlicher Verzögerung und ohne Mitarbeit der Gegenpartei mit S._____ einen externen Experten beauftragt, welcher die Ausmasse anhand der Planunterlagen überprüfte (RG act. III/1-3). Auf das plangemässe Ausmass kann im vorliegenden Fall allerdings nicht abgestellt werden. Soweit nämlich die Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend etwas Anderes vereinbart haben, ist bei Einheitspreisen die Menge nach dem tatsächlichen Ausmass zu ermitteln. In diesem Sinne spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass die Parteien das tatsächliche Ausmass vereinbart haben. Die Beweislast für eine anderslautende Vereinbarung trägt diejenige Partei, welche sich darauf beruft (Schumacher/Monn, a.a.O., N 9.3 zu Art. 141). Die Behauptungen der Berufungsklägerin zur Frage, ob die Vergütung nach dem tatsächlichen Ausmass oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass zu ermitteln ist, sind widersprüchlich. Bei den Neuberechnungen, welche die Mindermengen gegenüber der Ausschreibung belegen sollen, stützte sich die Berufungsklägerin in der Klageantwort auf das plangemässe Ausmass (RG act. I/4

14 / 53 S. 9 ff. und S. 138), ehe sie in ihrer Duplik ausführte, dass gemäss dem Grundgedanken im Verhandlungsprotokoll die Mengenangaben gemäss effektiver Situation am Gebäude zu berechnen seien (RG act. I/6 S. 5). An der Hauptverhandlung sodann führte die Berufungsklägerin im Rahmen der Parteivorträge zunächst aus, dass man nach den Plangrundlagen abrechne (RG act. VII/1 S. 4). Im Schlussvortrag behauptete sie dagegen wieder, dass die Berufungsbeklagte nur das zugute habe, was effektiv gebaut worden sei (RG act. VII/1 S. 6). Dass die Parteien das plangemässe theoretische Ausmass vereinbart hätten, hat die Berufungsklägerin demnach nicht schlüssig behauptet. Abgesehen davon fehlt es an entsprechenden Beweisanträgen der Berufungsklägerin. Selbst wenn die Behauptungen schlüssig wären, blieben sie somit unbewiesen.

E. 2.6

Im Übrigen führt auch die objektivierte Vertragsauslegung ■ entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ■ zum Schluss, dass die Parteien Pauschalpreise vereinbart haben.

E. 2.6.1

Die SIA-Norm 118 umschreibt in Art. 20 die Vertragsurkunde und die übrigen Bestandteile des Werkvertrags. Für den Fall, dass sich einzelne Vertragsbestandteile widersprechen, statuiert Art. 21 Abs. 1 SIA-Norm 118 sodann eine Rangordnung. Danach geht die Vertragsurkunde, sofern sie ausgefertigt und beidseitig unterzeichnet ist, allen übrigen Vertragsbestandteilen vor. Das Angebot des Unternehmers mit den zugehörigen Beilagen

geht den Ausschreibungsunterlagen vor. Aus der Vertragsurkunde hat der gesamte Vertragsinhalt hervorzugehen, entweder unmittelbar oder durch Verweisung (Art. 20 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde begründet eine tatsächliche Vermutung für den Inhalt des Vertrags und für die Vollständigkeit der Vertragsurkunde (Anton Egli, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, N 12 zu Art. 20). Wenn eine Vertragspartei trotz unterzeichneter Vertragsurkunde nachträglich geltend machen will, sie hätte einen Vertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen, so trägt sie dafür die Beweislast (Egli, a.a.O., N 15.2 und 16 zu Art. 20).

E. 2.6.2

Die drei Werkverträge, die die Parteien abgeschlossen haben (Gipserarbeiten, verputzte Aussenwärmedämmung und innere Malerarbeiten), setzen sich jeweils aus denselben Bestandteilen zusammen. Erstens besteht ein unterzeichnetes Deckblatt mit dem Titel "Werkvertrag", welches selber keine Vergütungsabrede enthält, aber auf den Text der "Vertragsurkunde" und das "Offert-Verhandlungsprotokoll" verweist (RG act. II/4, II/5 und II/72). Zweitens führt die eben erwähnte "Vertragsurkunde", welche den Titel "Werkvertrag Nr. 27100"

15 / 53 (bzw. "Werkvertrag Nr. 22621" und "Werkvertrag Nr. 28500") trägt, einzig eine "Auftragssumme Pauschal" auf und erklärt im Übrigen das "Offert-Verhandlungsprotokoll" und das "Angebot" zu Vertragsbestandteilen (RG act. II/4, II/5 und II/72). Das "Offert-Verhandlungsprotokoll" seinerseits enthält widersprüchliche Angaben zur Vergütung. Unter Ziff. 5 steht, dass sämtliche Ausmasse "effektiv vergütet" werden. Gleich danach unter Ziff. 6 ist die Rede von einem "Pauschalangebot". Unter Ziff. 7, in welchem die geschuldete Vergütung berechnet wird, steht ebenfalls das Wort "Pauschal". Darüber hinaus werden im "Offert-Verhandlungsprotokoll" unter Ziff. 3 u. a. die allgemeinen Bedingungen der J._____ AG und die SIA-Normen zu integrierenden Bestandteilen erklärt (RG act. II/9, II/33 und II/73). Im Schriftstück mit dem Titel "Ausschreibung und Angebot" wird die Vergütung als "Eingabesumme Netto" bezeichnet, ohne zu spezifizieren, ob es sich um Einheitspreise oder einen Pauschalpreis handelt. Kalkuliert wurde jedoch mit Einheitspreisen, sprich es wurden die zu leistenden Einheiten mit einem dazugehörigen Einheitspreis multipliziert (RG act. II/10, II/34 und II/74).

E. 2.6.3

Da die vorliegenden Vertragsurkunden die Vergütungsvereinbarung enthalten und bezüglich Gegenstand und Bestandteile des Vertrages auf die Offert-Verhandlungsprotokolle und die Angebote verweisen, ist davon auszugehen, dass sie den Inhalt der Werkverträge vollständig wiedergeben (Art. 20 SIA-Norm 118). Die Unterschriften befinden sich zwar nicht direkt auf den Vertragsurkunden, aber auf dem Deckblatt davor. In den Vertragsurkunden finden sich in Bezug auf die Art des Werklohns keine widersprüchlichen Formulierungen. In diesen ist jeweils allein von "Auftragssumme Pauschal" (S. 1) und von "Netto Pauschal" (S. 2) die Rede (RG act. II/4, II/5 und II/72). Dieser Wortlaut der Vertragsurkunden zusammen mit der Rangordnung der Vertragsbestandteile, die den Vertragsurkunden gegenüber den weiteren Bestandteilen eine Vorrangstellung einräumt (Art. 21 Abs. 1 SIA-Norm 118), spricht nach dem Vertrauensprinzip für die Vereinbarung von Pauschalpreisen. Auch die objektive Auslegung der Werkverträge führt somit zum Schluss, dass die Parteien Pauschalpreise

vereinbart haben. Dass im Angebot und in den Offert- Verhandlungsprotokollen noch von Einheitspreisen die Rede ist, liegt offensichtlich daran, dass die Parteien in den Verhandlungen noch mit Einheitspreisen kalkuliert, am Ende jedoch die Vergütungen pauschaliert haben.

E. 2.7

Wie bereits erwähnt (oben E. 2.4), berief sich die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz auf Willensmängel hinsichtlich der Vergütungsabrede.

16 / 53

E. 2.7.1

Die Vorinstanz kam diesbezüglich zum Schluss, die Berufungsklägerin habe es unterlassen zu behaupten, inwiefern sie die Vereinbarung binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Willensmangels angefochten habe. Es sei deshalb von einer Genehmigung i. S. v. Art. 31 Abs. 1 OR auszugehen. Ausserdem sei anzunehmen, dass die Berufungsklägerin eine Abweichung von der Richtigkeit ihrer Vorstellung bewusst in Kauf genommen habe. Denn es sei nicht einzusehen, weshalb die Berufungsklägerin, die sich durch eine erfahrene Bauleitung vertreten lassen habe, die Überprüfung des Leistungsverzeichnisses mit den Bauplänen nicht bereits vor der Vereinbarung der Werkverträge hätte vornehmen können, zumal die entsprechenden vertraglichen Grundlagen den Parteien bekannt gewesen seien. Selbst wenn jedoch ■ entgegen diesen Ausführungen ■ ein Irrtum angenommen würde, der freilich auch bloss fahrlässig sein könne (Art. 26 OR), wären aus dem Handeln einer Partei nach Treu und Glauben gewisse Schlüsse zu ziehen. Kümmere sich eine Partei bei Vertragsabschluss nicht um eine bestimmte Frage, obwohl es auf der Hand liege, dass diese sich stelle, so dürfe die andere Partei daraus grundsätzlich den Schluss ziehen, dass dieser Punkt für den Vertragsabschluss nicht von Bedeutung sei. Das sich im Nachhinein fahrlässig herausstellende Verhalten könne somit bewirken, dass ein bestimmter Umstand vom Irrenden nicht nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden dürfe. Davon wäre vorliegend auszugehen, falls ohnehin nicht bewusstes Nichtwissen anzunehmen wäre (act. B.1 E. 5.3.4).

E. 2.7.2

Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, sie habe sich in ihrer Duplik vom 2. Mai 2022 innert Frist auf einen entsprechenden Willensmangel berufen und dies gegenüber der Berufungsbeklagten kundgetan. Sie habe einen Willensmangel und die (Teil-)Unverbindlichkeit auch bereits mit der Nichtbezahlung der vier Schlussrechnungen und mit diversen Nachträgen bekundet (act. A.1 S. 10 f. und 19 f.). Tatsächlich machte die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Duplik geltend, dass sie die Pauschalvergütung in dem Sinne verstanden habe, dass das bestellte Werk nur so lange, wie das offerierte Ausmass mit den von ihr zur Verfügung gestandenen Planunterlagen übereinstimme, zu einem Pauschalpreis zu erstellen sei. Sie berufe sich "auf einen Willensmangel, namentlich ein Erklärungsirrtum und ein Grundlagenirrtum, in dem sie zu einem Pauschalpreis zugestimmt hatte, unter der ausdrücklichen Voraussetzung, dass die im Vertrag vereinbarten Ausmasse, Stückzahlen (Mengenangaben) auch den Planunterlagen entsprechen" (RG act. I/6 S. 4 f.). Aus dieser Passage der Duplik geht zweifelsohne die Geltendmachung eines Willensmangels hervor. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, wie in Bezug auf denselben Sachverhalt zugleich ein Erklärungs- und ein Grundlagenirrtum

17 / 53 vorliegen kann, wie dies die Berufungsklägerin anzunehmen scheint. Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn jemand auf einer Erklärung behaftet wird, die nicht seinem Willen entspricht. Der Irrtum betrifft hier nicht die Willensbildung, sondern die Äusserung des fehlerfrei gebildeten Willens (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 ■ 3 OR; Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 2 zu Art. 24 OR). Beim Grundlagenirrtum betrifft der Irrtum hingegen einen bestimmten Sachverhalt, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Berufungsklägerin hat gemäss ihren Behauptungen einem Pauschalpreis zugestimmt und sich dabei über das tatsächliche bzw. plangemässe Ausmass geirrt. Dabei handelt es sich um einen Irrtum in ihrer Willensbildung, nicht in der Kundgabe ihres korrekt gebildeten Willens. Vorliegend zu prüfen wäre daher einzig der Grundlagenirrtum, nicht auch der Erklärungsirrtum.

E. 2.7.3

Ob überhaupt und gegebenenfalls welcher Irrtum vorliegt, kann hier indes offenbleiben. Denn in beiden Fällen des Irrtums wird zusätzlich vorausgesetzt, dass binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums eine Erklärung erfolgt, wonach der Irrende den Vertrag nicht halten werde bzw. eine schon erfolgte Leistung zurückfordert. Unterbleibt diese, gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR). Wer sich auf das Vorliegen eines Irrtums beruft, trägt hierfür die Beweislast (BGer 4A_641/2010 v. 23.2.2011 E. 3.5.1). Die gleiche Beweislastverteilung gilt für die rechtzeitige Geltendmachung des Willensmangels (Schwenzer/Fountoulakis, a.a.O., N 16 zu Art. 31 OR). Wie die Vorinstanz korrekt festgehalten hat, unterliess es die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren zu behaupten, dass sie die Vereinbarung binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Willensmangels angefochten hat. Erst in der Berufungsschrift hat die Berufungsklägerin vorgebracht, sie habe im September 2021 ■ als ihr die bereinigten Ausmasse zugestellt worden sein sollen ■ ihren Irrtum erkannt, so dass die Geltendmachung in der Duplik vom 2. Mai 2022 rechtzeitig erfolgt sei (act. A.1 S. 10). Diese Tatsachenbehauptung erfolgte prozessual zu spät (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) und kann somit nicht mehr berücksichtigt werden. In der blossen Nichtbezahlung von Rechnungen kann im Übrigen nach Treu und Glauben, anders als die Berufungsklägerin anzunehmen scheint, keine Anfechtung der Werkverträge wegen Willensmängel erblickt werden, zu mannigfaltig sind doch die möglichen Gründe, weshalb eine Bestellerin die Bezahlung des in Rechnung gestellten Werklohns unterlässt. Die Vorinstanz ist demnach zutreffend von der Verwirkung des Anfechtungsrechts (Art. 31 OR) ausgegangen.

18 / 53

E. 2.7.4

Nicht gefolgt werden kann sodann der These der Berufungsklägerin, sie sei eine "Baulaiin" und daher nicht zur Überprüfung der Mengen gemäss Leistungsverzeichnis und Bauplänen gehalten gewesen (act. A.1 S. 20). Laut Handelsregister ist die Berufungsklägerin seit dem Jahr 2018 im Immobilienbereich tätig, wobei sie insbesondere die Erstellung von Wohn- und Geschäftshäusern bezweckt. Bei dieser Ausrichtung der Geschäftstätigkeit ist es ohne Weiteres gerechtfertigt, von einer baukundigen Person auszugehen und bei der Würdigung von deren Verhalten entsprechende Massstäbe anzusetzen. Wenn bei einem grösseren Bauprojekt eine Immobiliengesellschaft zusammen mit einer von ihr beigezogenen

professionellen Bauleitung Pauschalpreisen zustimmt und sich dabei nicht die Mühe macht, die für die Preiskalkulation angenommenen Mengen auf ihre Übereinstimmung mit den Angaben in den Plänen zu überprüfen, gibt sie nach Treu und Glauben zu erkennen, dass die Übereinstimmung der Mengen für sie keine notwendige Grundlage für den Vertragsschluss darstellt (vgl. BGE 129 III 363 E. 5.3). Dementsprechend treuwidrig ist es, wenn sie erst im Nachhinein, am Ende der Projektrealisierung oder gar erst nach Vollendung des Baus, die Mengen vergleicht und sich dann, nachdem sie Abweichungen zu ihren Ungunsten festgestellt hat, auf Grundlagenirrtum beruft (Art. 25 Abs. 1 OR). Eine wirksame Vertragsanfechtung infolge Willensmängel ist auch aus diesem Grund zu verneinen, wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat (vgl. act. B.1 E. 5.3.4).

E. 2.8

Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz korrekterweise von vereinbarten Pauschalpreisen ausgegangen ist und eine Anfechtung wegen Willensmängel verneint hat. Die von der Berufungsklägerin behaupteten Mindermengen stellen Abweichungen von der Baubeschreibung dar, die als solche unter einem Pauschalpreisvertrag nicht zu einer Mindervergütung führen. Dass die Vorinstanz bei dieser Rechtslage darauf verzichtet hat, die von der Berufungsklägerin offerierten Neuberechnungen der Ausmasse durch S. _____ als Beweismittel abzunehmen, ist nicht zu beanstanden. Aufgrund der Pauschalpreisabrede lag es, anders als die Berufungsklägerin vorbringt (act. A.1 S. 6), nicht an der Berufungsbeklagten nachzuweisen, welchen Wert die von ihr ausgeführte Arbeit hat. Entsprechendes gilt für die Nachtragsarbeiten, denn nach dem Prinzip der Preisfortschreibung, dem die SIA-Norm 118 folgt, sind bei Vereinbarung von Pauschalpreisen grundsätzlich auch die Nachtragspreise als Pauschalpreise zu qualifizieren (Egli, a.a.O., N 9.2 zu Art. 89; Spiess/Huser, a.a.O., N 5 zu Art. 89). Dies gilt vorliegend umso mehr, als bei den von der Bauleitung bereinigten und zusammengefassten Nachträgen die Vergütung jeweils ebenfalls als "Auftragssumme Pauschal" bezeichnet wurde (vgl. bspw. RG

19 / 53 act. II/11■19). Da es sich bei den Nachtragspreisen somit ebenfalls um Pauschalpreise handelt, sind auch hier allfällige Mindermengen preisunerheblich. Die betreffenden Rügen der Berufungsklägerin erweisen sich als unbegründet. Was die Berufungsklägerin sonst unter dem Titel "Inhalt und Zustandekommen der Werkverträge zwischen den Parteien, Inhalt und Gültigkeit der Werkverträge" in der Berufung geltend macht (vgl. act. A.1 S. 4-20), erschöpft sich im Übrigen in einer blossen, bereits vor der Vorinstanz vorgebrachten Wiedergabe ihres Standpunkts, wonach vorliegend auf die Ausmasse abzustellen sei. Darauf ist nicht einzutreten (oben E. 1.3).

E. 3

Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten)

E. 3.1

Erfüllung

E. 3.1.1

Nach Ansicht der Vorinstanz hat die Berufungsbeklagte durch die im Recht liegenden Abnahmeprotokolle bewiesen, dass sie die Leistungen gemäss Werkvertrag BKP 271.0 erfüllt hat. Dies habe auch der für die Bauleitung tätige Q. _____ im Rahmen der Zeugenbefragung bestätigt. Die pauschalen Behauptungen der Berufungsklägerin, dass

Arbeiten nicht vertragskonform ausgeführt worden seien, wo kein Abnahmeprotokoll aufgrund der Arbeitsniederlegung der Berufungsbeklagten am 28. April 2020 erstellt worden sei, erschienen vorliegend nicht plausibel und seien nicht zu hören. Es lägen weder Abmahnungen noch sonstige Hinweise im Recht, wonach die Berufungsbeklagte ihre Leistungen nicht erbracht habe. Sofern die Berufungsklägerin geltend mache, dass aufgrund von Bestellungenänderungen gewisse Leistungen entweder weggefallen, nicht mehr nötig gewesen oder Leistungen durch einen anderen Unternehmer erbracht worden seien, trage sie die Beweislast dafür. Die Ausführungen der Berufungsklägerin in den Rechtsschriften genügten dem Beweiserfordernis vorliegend jedoch nicht. Sie bringe einzig vor, dass gewisse Positionen des Leistungsverzeichnisses gemäss Ausschreibung und Angebot "nicht benötigt" worden seien, behaupte das Wegfallen von Positionen, die Ausführung durch einen anderen Unternehmer und teilweise schlicht die Nichtausführung. Diese Behauptungen seien derart pauschal, dass es dem Gericht nicht möglich sei, darüber Beweis abzunehmen. Die Berufungsklägerin hätte erläutern müssen, im Rahmen welcher Bestellungenänderung gewisse Positionen nicht benötigt und wie diese Bestellungenänderungen der Berufungsbeklagten mitgeteilt worden seien. Und sie hätte einen Mindernachtrag oder zumindest Korrespondenz über einen Mindernachtrag ins Recht legen müssen (act. B.1 S. 22 ff.).

20 / 53

E. 3.1.2

Die Berufungsklägerin rügt in der Berufung, dass die Erfüllung durch die im Recht liegenden Abnahmeprotokolle nicht bewiesen sei. Die Abnahmeprotokolle würden sich lediglich auf das Innere der Wohnungen sowie auf das Treppenhaus beziehen. Bezüglich der übrigen Arbeiten wie beispielsweise des Haupteingangsbereichs EG, der Gewerberäume 1-3 im EG, der EG-Fassade auf Strassen- und Hofseite sowie des gesamten UG fehle ein entsprechendes Abnahmeprotokoll. Es treffe auch nicht zu, dass der Zeuge Q._____ im Rahmen der Zeugenbefragung ein mangelfreies Werk bestätigt habe. Der Vorwurf, sie hätte nicht ausgeführte Arbeiten nicht abgemahnt, treffe ebenfalls nicht zu, da die Parteien in gegenseitiger Absprache, stillschweigend, konkludent oder mündlich vor Ort auf die Arbeitsausführung verzichtet hätten. Sie habe vor der Vorinstanz substantiiert dargelegt, welche Arbeiten nicht ausgeführt worden seien. Zudem habe sie die entsprechenden Beweismittel genannt, wobei die Vorinstanz es unterlassen habe, die Beweismittel abzunehmen. Die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich Bestellungenänderungen seien ebenfalls nicht korrekt. In Ziff. 16.4 der AGB der J._____ AG sei vereinbart worden, dass bei weggefallenen Arbeiten bzw. Arbeiten, welche durch eine andere Unternehmung ausgeführt würden, kein Anspruch auf Entschädigung bestehe. Sie habe zudem substantiiert ausgeführt, welche Bauarbeiten genau nicht ausgeführt worden seien. Der Grund, weshalb die Arbeiten schlussendlich nicht hätten ausgeführt werden müssen, sei rechtlich nicht von Bedeutung (act. A.1 S. 20 ff.).

E. 3.1.3

Nach der gesetzlichen Regelung des Werkvertragsrechts hängt die Fälligkeit der Vergütung von der Ablieferung des Werkes ab (Art. 372 Abs. 1 OR). Damit das Werk ablieferbar ist, muss es grundsätzlich vollendet, jedoch nicht mängelfrei sein (Gauch, a.a.O., Rz. 1155). Eine abweichende Bestimmung von der erwähnten Fälligkeitsregelung enthält das Abrechnungssystem der SIA-Norm 118. Nach Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118 wird die

durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung der Unternehmerin mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung fällig. Hält die Bauleitung die Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 nicht ein, so kann die Unternehmerin eine Nachfrist von einem Monat ansetzen, mit deren Ablauf ihre Forderung auch ohne Bescheid der Bauleitung fällig wird (Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 188). Da die Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 jedoch frühestens mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt, hängt die Fälligkeit indirekt wiederum von der Abnahme ab (Schumacher/Monn, a.a.O., N 3 zu Art. 154). Die erste Voraussetzung für die Abnahme bildet die Vollendung des Werks (Peter Gauch/Hubert Stöckli, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, N 8.1 zu Art. 157). Danach folgt die Vollendungsanzeige (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118) und die gemeinsame

21 / 53 Prüfung durch die Bauleitung und die Unternehmerin, worüber in der Regel ein Protokoll aufgenommen wird (Art. 158 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 118). Gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 gilt das Werk zudem dann als abgenommen, wenn innert Monatsfrist nach Anzeige der Vollendung die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder vonseiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird. Im vorliegenden Fall haben die Parteien die SIA-Norm 118 für verbindlich erklärt, jedoch auch die AGB der J._____ AG. Diese halten fest, dass Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 keine Anwendung findet (RG act. II/6 Ziff. 1.1 und 22.6). Allerdings fehlt eine entsprechende Ersatzregelung, weshalb unklar bleibt, was im Falle einer unterbliebenen Prüfung gelten soll.

E. 3.1.4

In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, ob das Werk gemäss Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) vollendet wurde. Da für die Wohnungen in den oberen Stockwerken und das Treppenhaus Abnahmeprotokolle vorliegen, die von der Bauleitung – und bis auf jenes betreffend das Treppenhaus (RG act. II/44) auch von der Berufungsklägerin selber – unterzeichnet worden sind, ist diesbezüglich die Vollendung bewiesen (RG act. II/39-44). Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung nichts Konkretes vor, dass dagegensprechen würde. Was die Arbeiten im UG und im EG angeht, liegen zwar ebenfalls Abnahmeprotokolle vor, diese sollen jedoch erst erstellt worden sein, nachdem die Berufungsbeklagte die Arbeiten Ende April 2020 niedergelegt hatte und Drittunternehmer die fehlenden Arbeiten fertiggestellt hatten (RG act. III/38). In Bezug auf diese Werkteile stellt sich allerdings die Frage, ob die Arbeiten Teil des ursprünglichen Werkvertrages BKP 271.0 (Gipserarbeiten) waren oder ob diese unter die mit den Nachträgen vereinbarten Werksarbeiten fallen.

E. 3.1.5

Die Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie alle Arbeiten im UG vertragskonform erledigt habe und die Arbeiten im UG nicht Teil des Werkvertrages BKP 271.0 gewesen seien, sondern von der Bauleitung in Nachträgen in Auftrag gegeben worden seien (RG act. I/5 Rz. 167; act. A.2 Rz. 68). Die Berufungsklägerin bestreitet die Vollendung der Arbeiten. So seien im UG die Positionen "WC UG Wände spachteln und Abrieb aufziehen 1,5 mm" und "Wände Decke 2x streichen ■ WC" nicht ausgeführt worden (RG act. I/6 S. 52). Allerdings handelt es sich bei diesen Positionen um Arbeiten aus dem Nachtrag Nr. 118 (vgl. RG act. II/32), und nicht aus dem ursprünglichen Werkvertrag BKP 271.0. Offensichtlich handelte es sich bei den Arbeiten im UG, die nach

der Darstellung der Berufungsklägerin nicht vollendet worden sein sollen, um solche aus einem Nachtrag. Dies wird durch die Zeugeneinvernahme von Q._____

22 / 53 bestätigt. Dieser sagte auf die Frage, ob es zum Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung noch offene Leistungen der Berufungsbeklagten gegeben habe, dass er sich im Keller an den Kellerboden erinnere, der mehrmals habe gestrichen werden müssen, sowie an gewisse Verkleidungen an der Decke, die man habe anpassen müssen (RG act. VIII/2.2 S. 5). Wie sich aus den weiteren Aussagen des Zeugen ergibt, waren diese Arbeiten auch nach seiner Erinnerung Gegenstand von Nachträgen, nämlich des Nachtrags Nr. 8 "Decke UG herunterhängen" (vgl. RG act. II/13; RG act. VIII/2.2 S. 5) sowie des Nachtrags Nr. 117 "BKP 285. Malerarbeiten" (vgl. RG act. II/75; RG act. VIII/2.2 S. 9). Sollte die Berufungsbeklagte diese zusätzlichen Leistungen im UG tatsächlich nicht erbracht haben, stand dies der Vollendung des Werks gemäss Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) folglich nicht entgegen.

E. 3.1.6

In Bezug auf die Gewerberäume im EG hielt die Berufungsbeklagte fest, dass diese Bauleistungen ebenfalls nicht in den ursprünglichen Werkverträgen enthalten gewesen seien, da hier die Ausbauwünsche der Mieter hätten abgewartet werden sollen. Erst im März und April 2020 hätte die Bauleitung sie angewiesen, auch in den Gewerberäumen Gipserarbeiten zu erbringen, woraufhin unverzüglich Nachtragsofferten erstellt worden seien (RG act. I/5 Rz. 39 und 127). Die Berufungsklägerin behauptete in ihrer Duplik im vorinstanzlichen Verfahren dagegen, dass die Arbeiten in den Gewerberäumen bereits Bestandteil des Werkvertrages BKP 271.0 gewesen seien, und verwies dabei unter anderem auf die Positionen 251.111 und 172.101 (RG act. I/6 S. 46). In ihrer Klageantwort hielt sie demgegenüber noch fest, dass die Positionen betreffend die Gewerberäume zugunsten der Berufungsbeklagten "angepasst" worden seien (RG act. I/4 S. 43 f.). Anhand der erwähnten Positionen im Werkvertrag lässt sich nicht erkennen, ob diese sich auf Arbeiten in den Gewerberäumen oder auf sonstige Werkteile beziehen. Nach den Aussagen des Zeugen Q._____ handelte es sich bei den Ladenausbauten im EG um einen Zusatz zum Gesamtprojekt, welcher im ursprünglichen Werkvertrag nicht enthalten gewesen sei (RG act. VIII/2.2 S. 6). Er bezog sich dabei auf den Nachtrag Nr. 12 "Trockenbau- und Malerarbeiten im EG", der als Urkunde vorliegt (RG act. II/17). Dass es sich um einen Nachtrag handelt, bestätigt die E-Mail, mit welcher Q._____ die Berufungsbeklagte aufforderte, Arbeiten in den Gewerberäumen auszuführen und entsprechende Nachträge zu erstellen (RG act. II/89). Beim EG liegt die Sachlage demnach gleich wie beim UG: Sollte die Berufungsbeklagte die Leistungen im EG nicht erfüllt haben, stand dies der Vollendung des Werks gemäss Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) nicht entgegen, weil diese ursprünglich gar nicht vereinbart wurden.

23 / 53

E. 3.1.7

Eine weitere Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütungsforderung bildet die Vollendungsanzeige gemäss Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118. Die Vollendungsanzeige kann mündlich oder schriftlich erfolgen (Art. 158 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118). Auch die Übermittlung einer Schlussrechnung an den Besteller kann als (implizite) Vollendungserklärung qualifiziert werden (BGer 4A_51/2007 v. 11.9.2007 E. 4.5; Gauch, a.a.O., Rz. 96). Das Erfordernis der Vollendungsanzeige entfällt sodann, wenn der Besteller

das vollendete Werk von sich aus in Gebrauch nimmt. Diesfalls löst der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme die Rechtsfolgen einer Vollendungsanzeige aus (Art. 158 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118). Die Schlussrechnung für die Gipsarbeiten stellte die Berufungsbeklagte am 4. September 2020 (RG act. II/67). Die Ingebrauchnahme erfolgte ■ mit Ausnahme der in den Nachträgen geregelten Arbeiten im UG und EG ■ bereits durch den Einzug der Mieter am 1. April 2020 (RG act. VIII/2.3 S.3). Somit ist als letzte Voraussetzung für den Fälligkeitseintritt des Werklohnes aus dem Werkvertrag BKP 271.0 die gemeinsame Prüfung des Werkes durch Bauleitung und Unternehmerin zu prüfen.

E. 3.1.8

Mit den seitens der Berufungsbeklagten eingereichten Abnahmeprotokollen für die Wohnungen in den oberen Stockwerken und das Treppenhaus ist erwiesen, dass die Abnahmeprüfung diesbezüglich erfolgt ist (RG act. II/39■44). Hinzu kommt, dass die Abnahmeprüfung eine Obliegenheit des Bestellers darstellt. Sie trifft den Besteller unabhängig davon, ob er vom Unternehmer zur Prüfung aufgefordert wird oder nicht (Gauch/Stöckli, a.a.O., N 14 zu Art. 158). Da in Ziffer 1.1 und 22.6 der AGB die stillschweigende Abnahme gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 ausgeschlossen wurde, hat bezüglich allfälliger weiterer Arbeiten, welche nicht die Wohnungen in den oberen Stockwerken und das Treppenhaus betreffen, keine vertragskonforme Abnahme stattgefunden. Aufgrund dessen, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte aber ■ trotz Vollendung der Arbeiten und (implizierter) Vollendungsanzeige ■ nie zu einer gemeinsamen Abnahme des Werks aufgefordert hat, ist sie ihrer Prüfungsobliegenheit nicht nachgekommen. Damit hat sie auf die gemeinsame Prüfung des Werks verzichtet. Der von ihr erhobene Einwand der unterbliebenen Abnahme erweist sich entsprechend als treuwidrig. Trotz unterbliebener Abnahmeprüfung gilt das Werk demzufolge als durch die Berufungsbeklagte abgeliefert und von der Berufungsklägerin abgenommen. Die unterbliebene gemeinsame Prüfung des Werks hindert somit die Fälligkeit der eingeklagten Werklohnforderung nicht (vgl. HGer ZH HG210222 v. 4.12.2023 E. 4.2.3.b).

24 / 53

E. 3.1.9

Damit ist erwiesen, dass die Berufungsbeklagte ihre Leistungspflicht aus dem Werkvertrag BKP 271.0 (Gipsarbeiten) erfüllt hat. Die Rüge der Berufungsklägerin, wonach entgegen der Vorinstanz die Erfüllung nicht bewiesen sei, erweist sich als unbegründet.

E. 3.2

Wegfallende Arbeiten

E. 3.2.1

Weiter rügt die Berufungsklägerin in der Berufung, dass die geschuldete Entschädigung aufgrund weggefallener bzw. nicht ausgeführter Arbeiten zu reduzieren sei. Sie habe entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ausreichend substantiiert, welche Arbeiten bezüglich welcher Arbeitsgattung nicht ausgeführt worden seien (act. A.1 S. 22 f.). Wurde wie im vorliegenden Fall ein Pauschalpreis vereinbart, ist die vereinbarte Pauschalpreisvergütung unabhängig vom Aufwand der Unternehmerin und den ausgeführten Leistungsmengen geschuldet (oben E. 2). Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn der Bauherr von seinem Änderungsrecht Gebrauch macht und aus dieser Beststellungsänderung ein Mehr- oder Minderaufwand entsteht. Die Erklärung, durch welche

der Besteller sein Recht auf einseitige Beststellungsänderung ausübt, untersteht grundsätzlich keiner Formvorschrift, weshalb diese auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen kann (Gauch, a.a.O., Rz. 772). Die Beweislast dafür, dass der Bauherr eine Beststellungsänderung, die für die Unternehmerin einen Minderaufwand zur Folge hat, vorgenommen hat, und die Beweislast für den sich daraus ergebenden Minderaufwand trägt der Bauherr (Egli, a.a.O., N 13.3 zu Art. 84). Der daraus resultierende Minderpreis ist von den Parteien durch Vereinbarung festzulegen, wobei grundsätzlich auf die ursprüngliche Kostengrundlage als Basis abzustellen ist (Art. 89 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118).

E. 3.2.2

Grundsätzlich erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Parteien den Verzicht auf gewisse Arbeitsausführungen ■ wie von der Berufungsklägerin behauptet ■ konkludent oder mündlich vor Ort vereinbart haben. Dies ändert aber nichts daran, dass die Berufungsklägerin die angeblich erfolgten Beststellungsänderungen substantiiert zu behaupten und zu beweisen hat. Die Berufungsklägerin reichte im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Klageantwort einen Auszug aus dem Leistungsverzeichnis des Werkvertrages BKP 271.0 (Gipsarbeiten) ein, in welchem diverse Positionen gestrichen oder korrigiert wurden. Danach folgt eine Auflistung weiterer Positionen, welche von der Berufungsbeklagten angeblich nicht erbracht worden und entsprechend abzuziehen seien. Die Erläuterungen dazu enthalten hauptsächlich unbestimmte Behauptungen wie "wurde nicht benötigt", "Leistung nicht erbracht" und teilweise etwas ausführlichere Beschreibungen wie beispielsweise "Gipsplatten wurden

25 / 53 direkt auf den Putz geklebt". Als Beweis werden ein Gutachten, ein Augenschein sowie die persönliche Befragung bzw. das Zeugnis eines derzeitigen und ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds der Berufungsklägerin offeriert (RG act. I/4 S. 10 ff.). In der Duplik werden die fraglichen Positionen des Werkvertrages erneut aufgeführt, wobei sich die Erläuterungen wieder auf pauschale Behauptungen wie "hier wurden seitens der Klägerin keine Arbeiten ausgeführt" beschränken. Auch die von der Berufungsbeklagten vorgebrachten Gegenargumente werden mit Ausführungen wie "es wird an den eigenen Ausführungen festgehalten" oder pauschalen Bestreitungen in Abrede gestellt (RG act. I/6 S. 26 ff.). Die Vorinstanz hat zurecht festgehalten, dass mit solch allgemein gehaltenen Ausführungen die Substantiierungspflicht nicht erfüllt wird. Aus den Ausführungen wird nicht klar, ob es sich bei den angeblich nicht ausgeführten Leistungen um Beststellungsänderungen handelt, oder ob die Arbeiten aufgrund von Mindermassen, falscher Planung, der Weigerung der Berufungsbeklagten oder sonstigen Gründen nicht ausgeführt wurden. Soweit die Berufungsklägerin die unterbliebene Beweisabnahme durch die Vorinstanz rügt, ist darauf hinzuweisen, dass das Beweisverfahren nicht dazu dient, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen.

E. 3.2.3

Nach Ziff. 16.4 der AGB der J._____ AG, auf die sich die Berufungsklägerin stützt, behält sich die Bestellerin in Abänderung von Art. 11 SIA-Norm 118 "ausdrücklich das Recht vor, im Leistungsverzeichnis bzw. Baubeschrieb vorgesehene Arbeiten auch nach Abschluss des Werkvertrages durch einen Dritten ausführen zu lassen, ohne Entschädigung des Unternehmers" (RG act. II/6). Art. 11 SIA-Norm 118 seinerseits statuiert, dass der Bauherr sich das Recht vorbehalten kann, eine im Leistungsverzeichnis vorgesehene einzelne Arbeit auch nach Abschluss des Werkvertrages durch einen Dritten als Nebenunternehmer

ausführen zu lassen. Mit dem Vorbehalt verschafft sich der Bauherr das Recht zu einem Teilrücktritt vom Vertrag (Egli, a.a.O., N 1.1 zu Art. 11). Der Bauherr ist dann von einer Schadloshaltung der Unternehmerin befreit (Egli, a.a.O., N 7 zu Art. 11). Mit Blick auf diese für die Unternehmerin einschneidende Rechtsfolge ist der Vorbehalt gemäss Art. 11 SIA-Norm 118, wie Satz 2 der Klausel festhält, nur dann wirksam, wenn er unter Angabe der betreffenden Leistung in den Ausschreibungsunterlagen vermerkt wird. Das bedeutet unter anderem, dass die betreffende Leistung nach Art, Umfang und Besonderheit exakt zu bezeichnen ist. Es genügt nicht, wenn der Bauherr sich lediglich das Recht vorbehält, Art. 11 SIA- Norm 118 anzuwenden (Egli, a.a.O., N 7 zu Art. 11 m. w. H.). Im vorliegenden Fall hat die Berufungsklägerin nicht dargelegt, dass und gegebenenfalls an welchen Stellen der Ausschreibungsunterlagen die fraglichen Leistungen bezeichnet

26 / 53 worden wären. Dass sie einzelne Leistungen einseitig an Dritte hätte vergeben können, ohne die Berufungsbeklagte dafür schadlos halten zu müssen, ist somit ebenfalls nicht substantiiert behauptet. Auch in dieser Hinsicht sind keine Fehler in der Beurteilung durch die Vorinstanz ersichtlich.

E. 3.3

Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz der Berufungsbeklagten zu Recht die im Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) vereinbarte Pauschalvergütung von CHF 389'007.50 (brutto) bzw. CHF 301'000.00 (netto) – unter Vorbehalt geleisteter Akontozahlungen – zugesprochen hat. Die betreffende Forderung ist fällig und es sind keine Abzüge wegen Minderaufwands oder Kosten für beigezogene Drittunternehmer vorzunehmen. Die Berufung ist in dieser Hinsicht abzuweisen, soweit auf die betreffenden Rügen eingetreten werden kann.

E. 4

Nachträge zum Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten)

E. 4.1

Allgemeines

E. 4.1.1

Die Vorinstanz kam in Bezug auf die Nachträge zum Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) zum Schluss, dass aufgrund der Vertragsinhalte und Art. 33 SIA-Norm 118 eine ausdrückliche Vollmachtserteilung der Berufungsklägerin an die Bauleitung vorliege und grundsätzlich alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, für die Berufungsklägerin rechtsverbindlich seien. Die teilweise abweichenden Bestimmungen in den AGB der J._____ AG hätten hinter die Individualabrede zurückzutreten (act. B.1 E. 6.2.5). Die Berufungsbeklagte hätte zudem nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Parteien infolge übereinstimmenden Abschlusswillens sowie der tatsächlichen Nachtragsübung auf die vorbehaltenen Schriftformen verzichtet hätten. Durch die Unterzeichnung der Nachträge 1, 4, und 8 bis 14 durch die Bauleitung sei von einer Genehmigung der entsprechenden Nachträge bzw. deren Mehrvergütungsforderungen auszugehen. Es gehe zudem nicht an, einerseits Nachträge zu unterzeichnen und deren Ausführung zumindest zu dulden, um sich andererseits Monate bzw. Jahre später auf den Standpunkt zu stellen, die entsprechenden Nachtragsofferten seien mangels Konformität mit dem Werkvertrag gar nie rechtsgültig zustande gekommen (act. B.1 E. 6.3.1.2.3).

E. 4.1.2

Nach der Darstellung der Berufungsklägerin in der Berufung ist es nicht zutreffend, dass zwischen den Parteien eine verbindliche Einigung über die Notwendigkeit und die Höhe der Mehrvergütungen zustande gekommen sei,

27 / 53 indem die Bauleitung die Offerten der Berufungsbeklagten genehmigt habe. Ebenfalls unzutreffend sei die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach eine nachträgliche Anpassung dieser genehmigten Nachträge nur mit Zustimmung beider Parteien möglich sei. Zudem habe man sich auch nicht erst Monate bzw. Jahre später auf den Standpunkt gestellt, dass die entsprechenden Nachtragsofferten mangels Konformität mit dem Werkvertrag nicht korrekt seien. Sofort nach Erhalt der Nachträge der J._____ AG im März/April 2020 habe man entsprechend opponiert und die Zahlungen eingestellt. Auch die Schlussrechnungen seien nicht bezahlt und somit deren Inhalt nicht akzeptiert und die Rechnungen zurückgewiesen worden. Es liege auch kein Prüfungsentscheid nach Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 vor, weil nämlich die Bauleitung eingesehen habe, dass die genehmigten Nachträge und die in Rechnung gestellten Schlussbeträge nicht korrekt seien. Wie bereits vor Vorinstanz ausgeführt, müsse ihr das Recht zum Gegenbeweis gewährt werden, dass die in den seitens der Bauleitung unterzeichneten Nachträgen aufgeführten Positionen nicht zutreffend seien. Diesbezüglich habe sie entsprechende Beweismittel genannt, welche seitens der Vorinstanz zu Unrecht nicht abgenommen worden seien (act. A.1 S. 23 ff.).

E. 4.1.3

Die Berufungsklägerin hält in der Berufung zwar wiederholt fest, dass die Ausführungen der Vorinstanz "nicht zutreffend" seien, es wird jedoch nicht klar, inwieweit die Vorinstanz das Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt falsch festgestellt haben soll. Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, weshalb die Bauleitung zur Vertretung der Berufungsklägerin befugt war und die genehmigten Nachträge gültig sind. Es ist nicht ersichtlich und es wird von der Berufungsklägerin auch nicht aufgezeigt, weshalb diese Schlussfolgerung falsch sein sollte und nun auf die genehmigten Nachträge zurückzukommen wäre, nur weil die Bauleitung inzwischen eingesehen haben soll, dass die genehmigten Nachträge angeblich nicht korrekt sind. Eine substantiierte Geltendmachung eines Willensmangels mit rechtzeitiger Anfechtung lässt sich in den Vorbringen der Berufungsklägerin jedenfalls nicht erkennen. Auf diese allgemeinen Einwände der Berufungsklägerin gegen die Berücksichtigung der Nachträge zum Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) ist daher nicht weiter einzugehen. Die konkreten Rügen zu den einzelnen Nachträgen sind dagegen im Folgenden näher zu prüfen.

E. 4.2

Nachtrag 1 (Beplankung)

E. 4.2.1

In Bezug auf den Nachtrag Nr. 1 zum Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) stellte die Vorinstanz fest, dass mit der Einreichung der E-Mail der Bauleitung vom 4. Oktober 2019 und dem von der Bauleitung genehmigten

28 / 53 Nachtrag Nr. 1 eine Beplankung der Wände zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Ebenfalls erstellt sei, dass der Nachtrag Nr. 1 Mindervergütungsansprüche ausweise, welche sich aus den durch die Beststellungsänderung weggefallenen Positionen des

Werkvertrags ergebe. Die Parteien hätten sich somit abschliessend über die Vergütungsansprüche aufgrund von Mindermassen der Beplankung verständigt. In Bezug auf den geltend gemachten Schadenersatz wegen einer angeblichen Verkleinerung der Wohnfläche durch die Beplankung unterlasse es die Berufungsklägerin, eine Vertragsverletzung zu substantiieren (act. B.1 E. 6.3.1.2.3).

E. 4.2.2

Die Berufungsklägerin hält den Nachtrag Nr. 1 für "absolut nicht korrekt". Die Parteien hätten sich nicht abschliessend über die Vergütungsansprüche aufgrund von Mindermassen durch die Beplankung verständigt. Sie – die Berufungsklägerin – habe entgegen den Ausführungen der Vorinstanz die Vertragsverletzung und somit die Vertragswidrigkeit der Beplankung der Erdbebenwände, Kniestöcke und Brandschutzwände substantiiert dargelegt, indem sie ausgeführt habe, dass für diese Bauteile keine Beplankung bestellt worden sei. Aufgrund dieser Vertragsverletzung der Berufungsbeklagten sei eine Verkleinerung der Wohnfläche entstanden, weshalb sie an der entsprechenden Entschädigung festhalte. Die Nachträge seien zudem nicht separat in Rechnung gestellt worden, sondern jeweils als Bestandteil einer Schlussabrechnung über die Arbeitsgattungen BKP 271.0, 285 und 226.2. Somit sei sie gestützt auf Art. 151 ff. SIA-Norm 118 berechtigt, die Forderungen der Berufungsbeklagten zu prüfen und diese gesamthaft zu beanstanden. Des Weiteren sei es nicht korrekt, dass die Leistungen der freigegebenen Nachträge seitens der Berufungsbeklagten korrekt ausgeführt worden seien. Aus der Aussage des Zeugen Q._____, die Berufungsbeklagte habe die Nachträge, welche freigegeben worden seien, ausgeführt, könne nicht abgeleitet werden, dass diese Arbeiten auch vollständig und mangelfrei ausgeführt worden seien (act. A.1 S. 24 ff.).

E. 4.2.3

Wie erwähnt (oben E. 4.1), war die Bauleitung dazu befugt, mit Wirkung für die Berufungsklägerin Bestellungsänderungen zu vereinbaren. Der von der Bauleitung als handschriftlich mit "kontrolliert i.O." ergänzte und mit Unterschrift versehene Nachtrag Nr. 1 beweist somit, dass sich die Parteien über die Bestellungsänderung und den daraus resultierenden Vergütungsanspruch von pauschal CHF 66'558.60 (netto) geeinigt haben (RG act. II/11). Die dagegen erhobenen Einwände der Berufungsklägerin sind über weite Strecken appellatorisch, indem sie bloss ihre Sicht der Dinge wiederholt (vgl. oben E. 4.1.3). Aus dem Hinweis auf Art. 151 ff. SIA-Norm 118 kann die Berufungsklägerin nichts 29 / 53 zu ihren Gunsten ableiten. Die Überprüfung der Schlussrechnung dient nicht dazu, auf den vereinbarten Leistungsinhalt und die vereinbarte Vergütung zurückzukommen.

E. 4.2.4

Soweit die Berufungsklägerin geltend macht, die Beplankung der Erdbebenwände, Kniestöcke und Brandschutzwände sei vertragswidrig erfolgt, weil sie diese nicht bestellt habe, ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Berufungsbeklagte hielt im vorinstanzlichen Verfahren fest, dass sie nach dem ursprünglichen Werkvertrag alle Wände in den OG zu verputzen gehabt hätte. Später sei mit dem Nachtrag Nr. 1 vereinbart worden, dass diese Wände mit Gipskartonplatten zu beplanken seien. Dass dabei zwischen Erdbebenwänden, Kniestöcken, Brandschutzwänden und anderen Wänden zu unterscheiden sei, sei ihr nie mitgeteilt worden (RG act. I/5 Rz. 91). Die Berufungsklägerin behauptete vor der Vorinstanz demgegenüber, dass es keinen Grund gebe, diese Wände zu beplanken und die Berufungsbeklagte diesbezüglich auch keinen Auftrag gehabt habe (RG act. I/6 S. 40). An

anderer Stelle gab sie allerdings selber zu, dass in den im Nachtrag Nr. 1 erwähnten 1'800 m² auch die Erdbebenwände, Kniestöcke und Brandschutzwände enthalten seien und sie mit Blick auf das tatsächliche Ausmass eine Reduktion auf 950.80 m² verlange (RG act. I/4 S.40 und act. III/4). Indem die Berufungsklägerin anerkannt hat, dass im Nachtrag Nr. 1 auch die Erdbebenwände, Kniestöcke und Brandschutzwände enthalten sind, hat sie zugleich die Vereinbarung von deren Beplankung anerkannt. Der von der Berufungsklägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen angeblich vertragswidriger Verkleinerung der Wohnfläche fällt folglich ausser Betracht, zumal auch nicht ersichtlich ist, inwiefern in der Verkleinerung der Wohnfläche nicht ein Werkmangel, sondern ein Mangelfolgeschaden liegen soll, für den dem Bauherr nach Art. 171 SIA-Norm 118 ein Recht auf Schadensersatz zustehen kann (vgl. Nadja Schwery, in: Grünig/König [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 2024, N 492 zu Art. 368 OR).

E. 4.3

Nachtrag 118 (Gipser- und Malerarbeiten Gewerberäume 1 und 2 EG sowie WC UG)

E. 4.3.1

Die Vorinstanz ging betreffend Nachtrag Nr. 118 davon aus, dass die Arbeiten zu einem Drittel erledigt worden seien, und sprach der Berufungsbeklagten deshalb einen Betrag von CHF 804.50 (netto) zu. Zu den Ausführungen der Berufungsklägerin hielt sie fest, dass nicht klar sei, was diese mit der Aussage, "diese Arbeiten sind beim Werkvertrag entsprechend den Berechnungen Herr G. _____ zugunsten der Klägerin bereits im Ausmass 30 / 53 angepasst worden, so dass diesbezüglich kein Nachtrag zulässig ist", aussagen wolle. Sollten die geltend gemachten Nachtragsarbeiten bereits im Werkvertrag enthalten sein, so läge es an der Berufungsklägerin, die entsprechenden Positionen zu nennen, da es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, diese im Verzeichnis selbst zu suchen (act. B.1 E. 6.3.1.2.7 S. 30 oben).

E. 4.3.2

Die Berufungsklägerin beanstandet in der Berufung, dass die Vorinstanz vom seitens der Berufungsbeklagten in Rechnung gestellten Betrag von CHF 2'681.60 ausgehe und von diesem Betrag eine Reduktion von zwei Dritteln vornehme. Sie – die Berufungsklägerin – habe substantiiert dargelegt, weshalb der seitens der Berufungsbeklagten in Rechnung gestellte Betrag nicht ausgewiesen sei. Darauf sei die Vorinstanz mit keinem Wort eingetreten. Sie halte daran fest, dass sie berechtigt sei, die Offerte im Rahmen der Rechnungsstellung zu beanstanden, selbst wenn diese seitens der Bauleitung während der Bauausführung mit "i.O." bezeichnet worden sei (act. A.1 S. 26).

E. 4.3.3

Die Berufungsklägerin kann mit dem Hinweis, dass die Arbeiten "beim Werkvertrag entsprechend den Berechnungen Herr G. _____" bereits im Ausmass angepasst worden seien, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Werkvertrag wurde ein Pauschalpreis vereinbart, weshalb die effektiven oder plangemässen Ausmassen nicht von Belang sind (oben E. 2). Ausserdem wurde bereits festgehalten, dass die Gipserarbeiten im EG nicht im ursprünglichen Werkvertrag enthalten waren, sondern erst mit den Nachträgen in Auftrag gegeben wurden (oben E. 3.1.6). Weiter behauptete die Berufungsklägerin im

vorinstanzlichen Verfahren, dass die Berufungsbeklagte die Positionen "WC UG Wände spachteln und Abrieb aufziehen 1,5 mm" und "Wände Decke 2x streichen (WC)" nicht ausgeführt habe, sodass die geltend gemachten Beträge von CHF 522.00 und CHF 130.50 per se wegfielen und somit höchstens ein Drittel der restlichen Positionen und nicht des Gesamtbetrages zu entschädigen sei (RG act. I/6 S. 51). Diese Ausführungen überzeugen nicht. So hat die Berufungsklägerin selber eine Kopie der Nachtragsofferte eingereicht, auf welcher die Bauleitung Bemerkungen bzw. Korrekturen vorgenommen hat (RG act. III/32). Auf dieser ist zu sehen, dass nur die erwähnten Positionen "WC UG Wände spachteln und Abrieb aufziehen 1,5 mm" und "Wände Decke 2x streichen (WC)" mit dem Verweis auf "A+M" durchgestrichen sind. Somit ist davon auszugehen, dass nur diese Arbeiten ersatzweise von der Firma W._____ ausgeführt werden mussten. Die ersten zwei Positionen "Decke Flickern und alle Löcher zu machen wo nötig alte Farbe ablaugen" und "Wände Spachteln und alle Löcher zu machen" im Gesamtbetrag von brutto CHF 1'566.00 wurden demnach von der Berufungsbeklagten

31 / 53 ausgeführt, weshalb der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag von CHF 804.50 (netto) nicht zu beanstanden ist.

E. 5

Verrechnungsforderungen

E. 5.1

Die Berufungsklägerin machte im vorinstanzlichen Verfahren verrechnungsweise Schadenersatz geltend, und zwar für die Beträge von CHF 489.75 (Aufwendungen des Holzbauers aufgrund der Beplankung), CHF 1'001.40 (Reparatur der Dämmung und der Schüttung durch den Heizungsmonteur), CHF 414.25 (Montage und Anpassung der Brandschutztüre im Reduit DG) und CHF 320.00 (Entfernen und Neuverlegen von Platten). In Bezug auf diese Forderungen hielt die Vorinstanz fest, dass die Berufungsklägerin nicht substantiiert dargelegt habe, in welchem Verhalten der Berufungsbeklagten eine Vertragsverletzung gelegen habe. Ebenso wenig offeriere sie Beweise, anhand derer sich die Behauptungen beweisen liessen. Folglich könne die Berufungsbeklagte für die behaupteten Zusatzaufwendungen nicht haftbar gemacht werden (act. B.1 E. 6.3.1.3).

E. 5.2

Die Berufungsklägerin vertritt in der Berufung die Ansicht, dass sie ihre Ansprüche hinreichend substantiiert habe, und verweist auf ihre Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren (act. A.1 S. 26 ff.). Auf die einzelnen Ansprüche ist im Folgenden einzugehen.

E. 5.2.1

In Bezug auf die Beplankung, welche angeblich zu Mehrkosten von CHF 489.75 (= CHF 192.00 + CHF 297.75) geführt hat, ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Behauptungen nicht genügend substantiiert seien, zutreffend. Die Berufungsklägerin verweist in der Berufung zum einen auf S. 51 ihrer Klageantwort. Dort finden sich lediglich zwei Fotos des Gewerberaumes 1 mit dem Hinweis "Gips fertig" (RG act. II/4 S. 51), was keinen schlüssigen Tatsachenvortrag bilden kann. Zum anderen verweist die Berufungsklägerin auf S. 56 ihrer Duplik. Dort behauptete sie, dass die Beplankung anstelle der Putzvariante ausschliesslich der Berufungsbeklagten diene, da ihr deswegen weniger Aufwand entstanden sei. Die Mehrkosten seien nur deshalb entstanden, weil die Berufungsklägerin die Variante GKP-Beplankung anstelle Putz gewählt habe. Darauf

folgen Ausführungen, wie sich die Beträge von CHF 192.00 und CHF 297.75 zusammensetzen (RG act. II/6 S. 56). Aus den Behauptungen geht nicht hervor, inwiefern die angeblich vertragswidrige Beplankung zu den geltend gemachten Mehrkosten geführt hat. Abgesehen von der mangelnden Substantiierung ist erwiesen, dass die Beplankung von der Bauleitung in Auftrag gegeben und genehmigt wurde (oben E. 4.2). Der Berufungsbeklagten kann kein

32 / 53 Vorwurf gemacht werden, wenn sie diese Arbeiten ausgeführt hat. Es liegt somit keine Grundlage für eine Schadenersatzforderung vor. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Besteller ausschliesslich über die werkvertraglichen Mängelrechte verfügt, nicht auch über einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Werkherstellung zu einem Werkmangel führt (Roger Andres, in: Grünig/König [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 2024, N 71 zu Art. 364 OR). Die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Kosten hängen unmittelbar mit einem behaupteten Werkmangel (Beplankung anstatt Verputz) zusammen und bilden somit keinen Mangelfolgeschaden, der über Art. 171 SIA-Norm 118 abgewickelt werden könnte (Schwery, a.a.O., N 492 zu Art. 368 OR). Die Berufungsklägerin hat sich hier primär an das Recht auf Verbesserung zu halten. Soweit die Unternehmerin Mängel innerhalb einer vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, die Verbesserung statt durch die Unternehmerin durch einen Dritten ausführen zu lassen, auf Kosten der Unternehmerin (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Nur wenn sich die Unternehmerin geweigert hat, eine Verbesserung vorzunehmen, oder sie hierzu offensichtlich nicht imstande ist, stehen dem Bauherrn die Ersatzvornahme schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Dass die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme gegeben wären, hat die Berufungsklägerin nicht substantiiert vorgebracht.

E. 5.2.2

Weiter behauptete die Berufungsklägerin, dass die Berufungsbeklagte im zweiten DG einen Teil der bereits erstellten Dämmung und der Schüttung beschädigt habe, was zu zusätzlichen Kosten von CHF 1'132.40 geführt habe (RG act. I/6 S. 56). Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, kommt die Berufungsklägerin mit diesem pauschalen Vorwurf ihrer Substantiierungspflicht nicht nach. So wird aus ihren Behauptungen nicht klar, wie sie auf den Betrag von CHF 1'132.40 kommt. Wie bei der Beplankung ist hier ausserdem auf das primäre Verbesserungsrecht nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 hinzuweisen, dass dem Bauherrn bei Werkmängeln zusteht (oben E. 5.2.1). Dass die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme gegeben waren, hat die Berufungsklägerin auch hier nicht substantiiert behauptet.

E. 5.2.3

Ein weiterer Punkt betrifft das Reduit im DG, wo die Berufungsbeklagte die zu erstellende Wand zu gross/lang erstellt haben soll, was zu einer Anpassung der Brandschutztüre geführt haben soll. Diesbezüglich sei ein Aufwand von CHF 414.25 entstanden. Auch diesbezüglich kommt die Berufungsklägerin ihrer

33 / 53 Substantiierungspflicht nicht nach. Bei der geltend gemachten Vertragsverletzung handelt es sich wiederum um einen Werkmangel (oben E. 5.2.1). Auch hier hat es die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz unterlassen, die Voraussetzungen der

Ersatzvornahme zu behaupten. Ein Ersatzanspruch für die entstandenen Kosten der Mängelbeseitigung ist somit zum Vornherein nicht gegeben. Darüber hinaus liegen für die Wohnungen im DG Abnahmeprotokolle vor, in welchen die Mängelfreiheit bestätigt wird (RG act. II/43).

E. 5.2.4

Dasselbe gilt schliesslich in Bezug auf die geltend gemachten CHF 320.00 wegen nicht korrekt ausgeführter Wandbeplankung in einem Zimmer im DG. Die Berufungsklägerin legte vor der Vorinstanz nicht dar, worin der Mangel liegen soll ("nicht korrekt"), wann der Mangel erkannt und gerügt wurde und ob sie von der Berufungsbeklagten die Beseitigung des Mangels verlangt hat, ehe sie zur Ersatzvornahme schritt. Ebenso unklar bleibt, wie sich der Betrag von CHF 320.00 zusammensetzt. Zudem ist auch hier auf die vorhandenen Abnahmeprotokolle hinzuweisen, in welchen die Mängelfreiheit bestätigt wird (RG act. II/43). Ein Fehler in der vorinstanzlichen Beurteilung ist wiederum nicht erkennbar.

E. 5.3

Weiter rügt die Berufungsklägerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz auf den verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatz von CHF 250.00 für die Entsorgung von Abfällen nicht eingegangen sei. Dieser sei entstanden, weil die Berufungsbeklagte eine grosse Unordnung auf der Baustelle hinterlassen habe (act. A.1 S. 28). Es ist zwar korrekt, dass die Vorinstanz nicht speziell auf diesen Kostenpunkt eingegangen ist. Doch hielt sie verallgemeinernd fest, dass die weiteren geltend gemachten Schadenersatzforderungen mangels Substantiierung abzuweisen seien (act. B.1 E. 6.3.1.3.2). Diese Aussage bezog sich auch auf die Ersatzforderung für die Kosten der Entsorgung von Abfällen. Allein aus der Tatsache, dass die Vorinstanz nicht jeden einzelnen Anspruch aufgezählt hat, lässt sich unter diesen Umständen noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ableiten. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz ist im Übrigen nicht zu beanstanden. So unterliess es die Berufungsklägerin darzulegen, wann die Berufungsbeklagte die Baustelle hätte räumen müssen, sie mit dieser Leistung in Verzug geriet und die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme erfüllt waren (vgl. Art. 107 OR).

E. 5.4

Die Rügen bezüglich der von der Vorinstanz nicht anerkannten Verrechnungs- bzw. Schadenersatzforderungen erweisen sich somit allesamt als unbegründet. Die Berufung ist in diesen Punkten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

34 / 53

E. 6

Pauschalrabatt

E. 6.1

Die Berufungsklägerin rügt, dass die Vorinstanz den von ihr geltend gemachten Pauschalrabatt von 22.83 % nicht berücksichtigt habe. Die Vorinstanz habe sich überhaupt nicht dazu geäußert. Im Werkvertrag BKP 271.0 (Gipsarbeiten) sei ein Rabatt von 22.83 % (entsprechend CHF 88'828.65 von CHF 389'007.50) gewährt worden, welcher ihr nun auch auf die Nachträge zustehe. In den AGB der J. _____ AG sei nämlich festgehalten worden, dass für die Nachtragsarbeiten die gleichen Konditionen (Rabatt, Skonto, weitere Abzüge) wie im Werkvertrag gälten (act. A.1 S. 28 f.).

E. 6.2

Was den Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs angeht, muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Urteilsbegründung zwar kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (statt vieler BGE 142 III 433 E. 4.3.2). Ob sich die betroffene Person über die Tragweite eines behördlichen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache anfechten kann, beurteilt sich anhand des Ergebnisses des Entscheides, das im Urteilspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist nicht an sich selbst, sondern am Rechtspruch zu messen (BGE 145 III 324 E. 6.1). Eingedenk dessen hält der angefochtene Entscheid vor Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV stand. Aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheides geht hervor, dass die Vorinstanz die auf den Nachträgen vermerkten Summen als die vereinbarten Vergütungen angenommen hat (vgl. act. B.1 E. 6.3.1.2.4, 6.3.1.2.7 und 6.3.1.4). Offensichtlich ist sie dabei davon ausgegangen, dass kein Konsens über einen zusätzlichen, auf den Nachträgen nicht besonders erwähnten Rabatt zustande gekommen sei. Wie ihr Schriftsatz zeigt, war die Berufungsklägerin in der Lage, sich gegen diese Schlussfolgerung der Vorinstanz zur Wehr zu setzen (vgl. act. A.1 S. 28 f.). Somit liegt keine Gehörsverletzung vor.

E. 6.3

Im Werkvertrag BKP 271.0 (Gipsarbeiten) vereinbarten die Parteien neben einem Rabatt von 4.00 % und Abzügen für Baureinigung (0.80 %), Baustrom/Bauwasser (0.50 %), Bauwesenversicherung (0.40 %) und Baureklame (CHF 300.00) einen Pauschalabzug von CHF 88'828.65 (RG act. II/4). Im Offert- Verhandlungsprotokoll hielten sie fest, dass für Nachtragsarbeiten die Preisbasis gemäss Hauptangebot mit den gleichen Konditionen gelte, nämlich "Rabatt 4 %"

35 / 53 und "Allgemeine Abzüge 1.7 %" gemäss Werkvertrag (RG act. II/9 Ziff. 7). Dass der Bestellerin weitere (Pauschal-)Abzüge auf Nachtragsarbeiten zustehen würden, lässt sich dem Offert-Verhandlungsprotokoll nicht entnehmen. In den AGB der J._____ AG wird festgehalten, dass für die Nachtragsarbeiten "die gleichen Konditionen (Rabatt, Skonto, weitere Abzüge) wie im Werkvertrag" gälten (RG act. II/6). Eine nähere Definition des Begriffs "weitere Abzüge" lässt sich den AGB nicht entnehmen.

E. 6.4

In den Nachträgen sind die einzelnen Leistungen aufgelistet und mit je einem Preis versehen. Im Anschluss an die Auflistung werden jeweils Beträge von 4 % und 1.7 % bzw. 5.7 % abgezogen, ehe das Total mit und ohne MWST festgehalten wird (vgl. RG act. II/11-19, II/30, II/32 und III/32). Die Parteien haben sich demnach bei den Nachträgen jeweils auch über die Rabatte verständigt, und zwar über solche von 4 % und 1.7 %, wie sie dies bereits im Offert- Verhandlungsprotokoll vorgesehen hatten. Mit der Vorinstanz ist somit davon auszugehen, dass bei den Nachträgen kein Konsens über einen zusätzlichen Abzug von 22.83 % zustande gekommen ist. Die unklare Formulierung in den AGB der J._____ AG ("weitere Abzüge") ändert daran nichts, zumal sie der Vertragsurkunde und den darin erwähnten Bestandteilen, namentlich auch dem Offert-Verhandlungsprotokoll, in

der Rangfolge nachgehen (vgl. Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Art. 21 Abs. 1 SIA-Norm 118). Das bedeutet freilich nicht, dass es den Parteien nicht freigestanden wäre, im Rahmen der Pauschalierung der Nachtragsofferten zusätzliche (Pauschal-)Rabatte zu vereinbaren. Hierzu bedurfte es jedoch einer individuellen Abrede im jeweiligen Nachtrag, wie sie dies teilweise denn auch getan haben (vgl. bspw. RG act. II/12). Dass sie dabei einen Abzug von 22.83 % vereinbart hätten, geht aus den Urkunden nicht hervor.

E. 7

Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen)

E. 7.1

Erfüllung

E. 7.1.1

Was den Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen) betrifft, hielt die Vorinstanz fest, die Erfüllung sei mit den im Recht liegenden Abnahmeprotokollen bewiesen. Einzige Ausnahme sei die Klinkerfassade im EG, wo die Berufungsbeklagte nach eigener Aussage noch 24 m² Fassaden- Keramikplatten hätte aufkleben müssen. Diesbezüglich folgte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten, welche für die offenen Arbeiten einen Abzug von CHF 4'000.00 akzeptiert hatte (act. B.1 E. 6.3.2.1.1 ff.).

36 / 53

E. 7.1.2

Die Berufungsklägerin rügt in der Berufung, die Abnahmeprotokolle würden sich lediglich auf die Geschosse 1 bis 4 beziehen und nicht auf das beanstandete EG. Aus den eingereichten Fotos und der Zeugenaussage von Q._____ gehe hervor, dass die Arbeiten im EG nicht vollständig ausgeführt worden seien. Für die Fertigstellung der Fassade durch Drittunternehmer seien Kosten von CHF 19'800.00 entstanden, weshalb die Forderung zumindest in diesem Umfang reduziert werden müsse (act. A.1 S. 29 f.).

E. 7.1.3

Die Berufungsbeklagte stellte am 28. April 2020 ihre Arbeit auf der Baustelle mit der Begründung ein, dass die Berufungsklägerin sich weigere, die fällig gewordenen Forderungen zu bezahlen (zur Rechtmässigkeit der Arbeitsniederlegung vgl. nachfolgend E. 9). Sie machte von ihrem Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR Gebrauch, das auch dann besteht, wenn die SIA-Norm 118 übernommen wurde (Gauch, a.a.O., Rz. 1280). Durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gerät die Schuldnerin ■ in casu die Berufungsbeklagte ■ nicht in Schuldnerverzug, weshalb sie auch nicht schadenersatzpflichtig wird und somit für die Kosten der Ersatzvornahme durch Drittunternehmer nicht haftet (vgl. Ulrich G. Schröter, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 46 zu Art. 82 OR). Nicht gefolgt werden kann der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, wonach der Berufungsbeklagten ohnehin der volle Werklohn zustehe (act. B.1 E. 6.3.4.10). Nach Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118 kann die Unternehmerin bei Zahlungsverzug des Bauherrn (nach Ansetzung einer Nachfrist) den Vertrag auflösen. In diesem Falle hat sie das Werk nicht zu vollenden, kann aber auch nur für die bereits erbrachte Leistung eine Vergütung fordern. Diese Vertragsauflösung entspricht dem Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR, wirkt aber ex nunc (nicht ex tunc). In diesem Fall wird der Vertrag durch Kündigung

beendet (Gauch/Stöckli, a.a.O., N 20 zu Art. 190). Verlangt die Unternehmerin dagegen die Erfüllung nach Art. 107 Abs. 2 OR und somit den vollen Werklohn, muss sie das Werk vollendet haben. Die Vollendung bildet nämlich die erste Voraussetzung dafür, dass das Werk als abgenommen gelten kann und die Forderung fällig wird (vgl. vorne E. 3.1.3).

E. 7.1.4

Da die Berufungsbeklagte die Arbeiten im EG unbestrittenermassen nicht vollständig zu Ende geführt hat, kann sie nicht den vollen Werklohn für diesen Werkteil verlangen. Fraglich bleibt, ob die Berufungsbeklagte den Vertrag aufgelöst/gekündigt hat und gestützt auf Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118 einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen hat. In den Akten findet sich keine Erklärung der Berufungsbeklagten, wonach sie den Vertrag auflösen wollte.

37 / 53 Allenfalls kann aus dem konkludenten Verhalten der Parteien auf eine Vertragsaufhebung geschlossen werden. Dass die Berufungsbeklagte ihre Arbeiten einstellte und die Berufungsklägerin die restlichen Arbeiten durch Drittunternehmen ausführen liess, deutet zumindest darauf hin, dass die Parteien von einer Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgingen. Letztlich kann die Frage aber offenbleiben. Die Parteien sind sich nämlich einig, dass die Berufungsbeklagte einen Vergütungsanspruch für die erbrachte Leistung hat. Strittig ist einzig, welcher Betrag für die nicht vollendete Fassade abzuziehen ist. Die Berufungsklägerin rügt diesbezüglich, dass mindestens CHF 19'800.00 vom Werklohn abzuziehen seien, während die Berufungsbeklagte einen Abzug von CHF 4'000.00 akzeptiert.

E. 7.1.5

Die Berufungsbeklagte behauptete vor der Vorinstanz, dass sie die Fassade zu 2/3 (nämlich 48 m² von 72 m²) fertiggestellt hätte (RG act. I/3 Rz. 27 f.). Die entsprechende Position sei im Werkvertrag unter Position 649.100 aufgeführt, wo mit einem Preis von CHF 110.00 pro m² kalkuliert worden sei. Die 24 m², die nicht mit Platten belegt worden seien, hätten demnach CHF 2'843.30 (mit MWST) gekostet. Einfachheitshalber akzeptiere sie jedoch einen Abzug von rund CHF 4'000.00. Weiter hat die Berufungsbeklagte anerkannt, dass teilweise Plattenfugen gefehlt hätten. Diese kleineren Ausstände seien aber durch den grosszügigen Abzug von CHF 4'000.00 gedeckt (RG act. I/5 Rz. 223 f.). Die Berufungsklägerin behauptete dagegen, dass von der Fassade 46.56 m² (ungefähr die Hälfte) gefehlt hätten (RG act. I/4 S. 103). Später machte sie jedoch geltend, dass sich die 46.56 m² auf die Fugen beziehen würden. Die nicht verlegten Keramikplatten beträfen dagegen 60 m². Zudem seien gemäss Werkvertrag noch 20 Stück Reserveplatten geschuldet, weshalb insgesamt 90.22 m² gefehlt hätten (RG act. I/6 S. 76 f.). Die Berufungsklägerin machte zwar im vorinstanzlichen Verfahren noch weitere, angeblich nicht erfüllte Arbeiten geltend, da sich ihre Rüge aber einzig auf die entstandenen Kosten von CHF 19'800.00 für das "Verlegen und Ausfugen" (RG act. III/20) der Keramikplatten bezieht, sind lediglich diese Positionen näher zu prüfen.

E. 7.1.6

Im Werkvertrag wurde für diese Arbeiten ein Preis von insgesamt CHF 8'020.00 vereinbart, bestehend aus CHF 7'920.00 (= 72 m² x CHF 110.00; Position 649.101) für die Platten und Kreuzfugen sowie CHF 100.00 (= 20 St. x CHF 5.00; Position 649.109) für die Reserveplatten (RG act. II/34 S. 46 f.). Abzüglich der gewährten Rabatte von 15.56 % (10 % Rabatt, 3.86 % Pauschalabzug, 0.8 % Baureinigung, 0.5 % Baustrom/Bauwasser und 0.4

% Bauwesenversicherung; RG act. II/5) resultiert ein Preis von CHF 6'687.65 und 38 / 53 CHF 84.44. Die Berufungsbeklagte trägt die Beweislast dafür, dass bzw. in welchem Umfang sie die Arbeiten ausgeführt hat. Da sie keine Beweismittel eingereicht hat, welche ihre Erfüllung zu 2/3 beweisen, und auch der Zeuge Q._____ keine exakten Angaben dazu machen konnte, ist von jenem Anteil auszugehen, welcher von der Berufungsklägerin anerkannt wurde. Von den Keramikplatten sollen 60 m² von 94 m² gefehlt haben, was einem Anteil von 63.8 % entspricht. Von den Fugen sollen 46.56 m² gefehlt haben, wobei hier nicht klar ist, wie gross die zu leistende Gesamtmenge gewesen wäre. Zur Berechnung sind deshalb 63.8 % vom Gesamtpreis zu nehmen, was CHF 4'266.72 entspricht. Die Reserveplatten wurden gar nicht geliefert, weshalb die vollen CHF 84.44 diesbezüglich abzuziehen sind. Somit haben die nicht ausgeführten Leistungen einen Wert von CHF 4'351.16. Der Berufungsklägerin steht demnach im Ergebnis ein zusätzlicher Abzug von CHF 351.16 zu. Die Berufung ist in diesem Umfang gutzuheissen.

E. 7.2

Nachträge Die Berufungsklägerin rügt, dass die Vorinstanz den Pauschalrabatt von 3.86 % auf die Nachträge im Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen) nicht berücksichtigt bzw. sich überhaupt nicht dazu geäußert habe. Es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Am Pauschalrabatt werde festgehalten, da in den AGB der J._____ AG festgehalten worden sei, dass für die Nachtragsarbeiten die gleichen Konditionen wie im Werkvertrag gälten (act. A.1 S. 30). Diesbezüglich kann auf die Ausführungen vorne unter E. 6 verwiesen werden, wo unter anderem festgehalten wurde, dass in den Offert-Verhandlungsprotokollen (RG act. II/33 Ziff. 7) die in den Nachträgen zu gewährenden Abzüge genau definiert wurden und somit kein Anspruch auf einen weiteren Pauschalrabatt besteht. Was die Berufungsklägerin sonst in der Berufung gegen die Berücksichtigung der Nachträge zum Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen) vorbringt (act. A.1 S. 30 unten), erfüllt die Begründungsanforderungen nicht. Die Berufungsklägerin begnügt sich damit, dem angefochtenen Entscheid ihre Sichtweise gegenüberzustellen. Darauf ist nicht einzutreten.

E. 7.2.2

% (act. A.1 S. 32). Diesbezüglich kann wiederum auf die Ausführungen unter E. 6 und 7.2 verwiesen werden, wo insbesondere festgehalten wurde, dass in den Offert-Verhandlungsprotokollen (RG act. II/73 Ziff. 7) die in den Nachträgen zu gewährenden Abzüge genau definiert wurden und somit kein Anspruch auf einen weiteren Pauschalrabatt besteht.

E. 8

Werkvertrag BKP 285 (innere Malerarbeiten)

E. 8.1

Erfüllung

E. 8.1.1

Die Vorinstanz sah es mit den im Recht liegenden Abnahmeprotokollen als bewiesen an, dass die Berufungsbeklagte die Leistungen gemäss Werkvertrag

39 / 53 BKP 285 (innere Malerarbeiten) erfüllt habe. Dies habe auch der für die Bauleitung tätige Q._____ im Rahmen der Zeugenbefragung bestätigt. Die pauschalen Behauptungen

der Berufungsklägerin, dass Arbeiten nicht vertragskonform ausgeführt worden seien, wo kein Abnahmeprotokoll aufgrund der Arbeitsniederlegung der Berufungsbeklagten erstellt worden sei, erschienen vorliegend nicht plausibel und seien als reine Schutzbehauptung zu werten. Sollten gewisse Positionen tatsächlich nicht ausgeführt worden sein, so würden wohl Abmahnungen vorliegen, welche die Berufungsklägerin dem Gericht hätte vorlegen können. Die reine Behauptung "wurde nicht gemacht" genüge dem Beweiserfordernis hingegen nicht (act. B.1 E. 6.3.3.1.3).

E. 8.1.2

Die Berufungsklägerin rügt, dass sich aus den Abnahmeprotokollen nicht ableiten lasse, dass die Leistungen gemäss Werkvertrag BKP 285 (innere Malerarbeiten) vollständig erfüllt worden seien. Die Abnahmeprotokolle beträfen lediglich Malerarbeiten in den Wohnungen und im Treppenhaus, aber nicht solche im EG und UG. Ebenfalls treffe es nicht zu, dass der Zeuge Q._____ erklärt habe, dass die Arbeiten gemäss Werkvertrag erfüllt worden seien. So habe der Zeuge ausgeführt, dass in den Wohnungen und im Treppenhaus kleine Pendenzen und kleine Mängel vorhanden seien, im Keller könne er sich an den Kellerboden erinnern, den man mehrmals habe streichen müssen, sowie gewisse Verkleidungen an der Decke, die anzupassen gewesen wären. Zudem habe der Zeuge bestätigt, dass die ihm vorgelegten Fotos dem Zustand vom 28. April 2020 entsprächen, worauf ersichtlich sei, dass diverse Arbeiten noch nicht ausgeführt worden seien (act. A.1 S. 31).

E. 8.1.3

Der Werkvertrag BKP 285 umfasst innere Malerarbeiten (RG act. II/72). Die Fotos, die die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz eingereicht hat und auf die sie in der Berufung verweist, zeigen ausschliesslich Teile der Aussenfassade (vgl. RG act. I/4, S. 94 ff. und 122 ff.). Allfällige äussere Malerarbeiten sind Teil des Werkvertrags BKP 226.2 (Aussenwärmedämmungen) und nicht des Werkvertrags BKP 285 (innere Malerarbeiten; vgl. RG act. II/34 S. 48 ff.). Die Fotos vermögen somit den Beweis, dass die Berufungsbeklagte die inneren Malerarbeiten vollständig erbracht hat, zum Vornherein nicht umzustossen. In der Berufungsschrift verweist die Berufungsklägerin auf den Kellerboden, der angeblich mehrmals gestrichen werden musste, sowie auf gewisse Verkleidungen an der Decke, welche angeblich anzupassen waren. Bei diesen Punkten handelt es sich jedoch zum einen um Werkteile, die erwiesenermassen Gegenstand von Nachträgen waren (oben E. 3.1.5 und 3.1.6 sowie unten E. 8.2). Zum anderen handelt es sich bei der geltend gemachten Vertragsabweichung offensichtlich

40 / 53 nicht um den Tatbestand der Nichterfüllung, sondern um jenen der Schlechterfüllung, also Mängel, die nach den Regeln der Mängelhaftung abzuwickeln wären. Dass die Vorinstanz es als bewiesen erachtet hat, dass die Berufungsklägerin die inneren Malerarbeiten ausgeführt hatte, ist somit nicht zu beanstanden.

E. 8.2

Nachtrag 117

E. 8.2.1

Der Nachtrag Nr. 117 zum Werkvertrag BKP 285 (innere Malerarbeiten) umfasst zwei Positionen, nämlich die Beschichtung des Fussbodens im UG sowie die Beschichtung der Wände und Decken im Treppenhaus und im Veloraum im UG (RG act. II/75). Die

Vorinstanz bejahte die Forderung der Berufungsbeklagten aus dem Nachtrag Nr. 117 im Umfang von CHF 4'337.45. Der Nachtrag sei zwar weder von der Berufungsklägerin noch von der Bauleitung unterzeichnet worden. Der für die Bauleitung tätige Zeuge Q._____ habe jedoch bestätigt, dass die Berufungsbeklagte Arbeiten gemäss dem Nachtrag geleistet habe. Deshalb sei von einer Auftragserteilung auszugehen. Allerdings gelinge der Berufungsbeklagten der Beweis über die Flächenmasse nicht, weshalb von den von der Berufungsklägerin anerkannten Ausmassen auszugehen sei (act. B.1 E. 6.3.3.2.3).

E. 8.2.2

Nach der Rüge der Berufungsklägerin hat der Zeuge Q._____ nicht bestätigt, dass die Nachtragsarbeiten gemäss Nachtrag Nr. 117 vollständig geleistet worden seien. Seine Ausführungen hätten sich lediglich auf den Kellerboden bezogen. Der Nachtrag umfasse aber auch die Beschichtung der Wände und Decken im Treppenhaus und den Veloraum im UG. Dass diese Arbeiten vollständig und mängelfrei ausgeführt worden seien, habe der Zeuge nicht gesagt (act. A.1 S. 32). Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin behauptete die Vorinstanz allerdings nicht, der Zeuge habe bestätigt, dass alle Nachtragarbeiten geleistet worden seien, sondern nur, dass Arbeiten gemäss dem Nachtrag Nr. 117 geleistet worden seien. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass die Vorinstanz ein paar Zeilen weiter unten festhielt, dass die Berufungsbeklagte die geleisteten Arbeiten zu beweisen habe und dieser der Beweis über die Fläche, welche sie beschichtet haben wolle, nicht gelungen sei (act. B.1 E. 6.3.3.2.3 S. 37 letzter Satz und S. 38 erster Abschnitt). In der Folge ging die Vorinstanz von den seitens der Berufungsklägerin anerkannten Ausmassen aus. Sofern die Berufungsklägerin mit der zugesprochenen Forderung aus dem Nachtrag Nr. 117 nicht einverstanden ist (was so explizit nicht erwähnt wird), hätte sie begründen müssen, dass sie die Erfüllung in diesem Umfang gar nicht anerkannt habe. Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

41 / 53

E. 8.2.3

Sodann macht die Berufungsklägerin erneut geltend, die Vorinstanz habe nicht Stellung genommen zum zusätzlich geltend gemachten Rabatt in Höhe von

E. 8.2.4

Schliesslich bringt die Berufungsklägerin vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte für die Flecken in den Wohnungen 1.1 und 2.9 verantwortlich sei, deren Behebung CHF 870.95 gekostet habe. Da es sich nicht um einen Werkmangel handle, sei sie nicht verpflichtet gewesen, der Berufungsbeklagten vorab die Möglichkeit zu geben, den "Mangel" selber zu beseitigen. Es handle sich vielmehr um eine Verletzung vertraglicher Nebenverpflichtung (act. A.1 S. 32 f.). Diesbezüglich hielt die Vorinstanz fest, dass es die Berufungsklägerin unterlassen habe, zu beweisen, inwiefern die Berufungsbeklagte für die Flecken verantwortlich sei (act. B.1 E. 6.3.3.3). Folglich müsste die Berufungsklägerin in der Berufung darlegen, ob und wie sie den Beweis dafür im vorinstanzlichen Verfahren erbracht hat. Stattdessen führt sie in ihrer Berufungsschrift lediglich aus, dass sie ihre Schadenersatzforderung ausreichend substantiiert habe. Inwiefern ihr der Beweis gelungen ist, dass die Berufungsbeklagte für den Schaden verantwortlich ist, legt sie nicht dar. Diesen Beweis hat sie im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht erbracht. Zwar reichte sie eine Rechnung der Gashi Bodenbeläge AG ein (RG act. III/30), diese belegt jedoch nur, dass eine Parkettreinigung stattgefunden hat, und nicht,

inwiefern die Berufungsbeklagte dafür verantwortlich sein soll. Die Rüge ist somit unbegründet und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen, sofern darauf eingetreten werden kann. Im Übrigen ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Bestellerin ausschliesslich über die werkvertraglichen Mängelrechte verfügt, nicht auch über einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Werkherstellung zu einem Werkmangel führt (Andres, a.a.O., N 71 zu Art. 364 OR). Die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Kosten für die Behebung der Flecken hängen unmittelbar mit dem Werkmangel selber zusammen und bilden somit keinen Mangelfolgeschaden, für den nach Art. 171 SIA-Norm 118 ein Schadersatzanspruch besteht (Schwery, a.a.O., N 492 zu Art. 368 OR). Die Berufungsklägerin hat sich hier primär an das Recht auf Verbesserung zu halten (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Dass die Berufungsklägerin die Flecken als Mangel gerügt und ihr Recht auf Verbesserung erfolglos ausgeübt hätte, zeigt sie

42 / 53 nicht auf. Auch aus diesem Grund hat die Vorinstanz einen Ersatzanspruch zu Recht verneint.

E. 9

Arbeitsniederlegung und Abruf der Erfüllungsgarantien

E. 9.1

Die Vorinstanz hielt fest, dass die Berufungsklägerin die Rechnungsstellung durch die Berufungsbeklagte im Februar 2020 für den Werkvertrag BKP 271.0 (Gipserarbeiten) zumindest im Umfang von CHF 134'100.00 anerkannt habe. Die Zahlung dieses Betrags sei Ende März 2020 fällig gewesen. Trotz Fälligkeit habe es die Berufungsklägerin unterlassen, den Akontobetrag zu überweisen, weshalb die Arbeitsniederlegung gestützt auf Art. 82 OR gerechtfertigt gewesen sei. In der Folge sei es für die Berufungsbeklagte auch in Bezug auf die Werkverträge BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmung) und BKP 285 (innere Malerarbeiten) nicht mehr zumutbar gewesen, weitere Arbeiten zu verrichten und Zahlungsausstände in Kauf zu nehmen, da es sich bei den Werkleistungen um eine einheitliche Bauleistung handle und die Leistungen dementsprechend auch in einem Vertrag hätten vereinbart werden können. Die Berufungsbeklagte habe somit berechtigterweise am 28. April 2020 die Arbeit insgesamt niederlegen dürfen (act. B.1 E. 6.3.4.9).

E. 9.2

Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, dass sie sich zum Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung am 28. April 2020 nicht in Zahlungsverzug befunden habe. In den Offert-Verhandlungsprotokollen sei vereinbart worden, dass die Schlusszahlung erst 60 Tage nach Vollendung der bereinigten und unterzeichneten Schlussabrechnung fällig werde. Weitere Voraussetzung sei das Vorliegen der Abnahmeprotokolle und der Gewährleistungsgarantien sowie der Schlussdokumentation gewesen. Die Bauleitung habe die Akontozahlung von CHF 182'358.18 für Gipserarbeiten mit dem Hinweis abgelehnt, dass eine Schlussrechnung nach der Arbeitsausführung zu stellen sei. Zudem habe sie den Hinweis angebracht, dass der geltend gemachte Leistungsstand nicht korrekt sei. Die Berufungsbeklagte wäre lediglich berechtigt gewesen, ein Akontogesuch von CHF 134'100.00 zu stellen. Sie – die Berufungsklägerin – sei somit berechtigt gewesen, den explizit geforderten Betrag von CHF 182'358.18 zu verweigern, nachdem die Berufungsbeklagte nicht bereit gewesen sei, ihr Akontogesuch entsprechend zu reduzieren.

Zudem sei die Berufungsbeklagte darauf aufmerksam gemacht worden, dass diverse Unstimmigkeiten bezüglich der Akontorechnung bestehen würden. Auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz, wonach bei einem Zahlungsverzug bezüglich Gipsarbeiten die Berufungsbeklagte auch berechtigt gewesen sei, die weiteren Arbeiten bezüglich innerer Malerarbeiten und der Aussenwärmedämmung niederzulegen, sei nicht

43 / 53 zulässig. Es handle sich nämlich um drei voneinander unabhängige Verträge (act. A.1 S. 33 ff.).

E. 9.3

Wie erwähnt (oben E. 9.1), ging die Vorinstanz davon aus, dass der Ausstand im Umfang von CHF 134'100.00 von der Berufungsklägerin anerkannt worden sei. Dies wird von der Berufungsklägerin in der Berufung nicht in Abrede gestellt, sondern vielmehr bestätigt (act. A.1 S. 34 f.). Strittig ist somit nur, ob die Berufungsklägerin aus der Tatsache, dass in der Rechnung die Zahlung auf den Betrag von CHF 182'358.18 lautete und nicht auf CHF 134'100.00, etwas für sich ableiten kann. Dies ist zu verneinen. Die Anwendung von Art. 82 OR setzt voraus, dass die beiden Leistungen, die in einem Austauschverhältnis stehen, fällig sind. Dass sich die Gegenpartei in Verzug befindet, ist nicht notwendig (BGer 4A_589/2016 v. 2.3.2017 E. 6.2). Die Höhe der geforderten Leistung bzw. das "zu viel verlangen" kann sich allenfalls darauf auswirken, ob der Schuldner in Verzug gerät, die Fälligkeit der Forderung bleibt davon aber unberührt (vgl. Corinne Widmer Lüchinger/Wolfgang Wiegand, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 6 zu Art. 102 OR). Nach Art. 147 SIA-Norm 118 sind in Gesamtpreisverträgen die Abschlagszahlungen durch einen Teilzahlungsplan im Werkvertrag besonders zu regeln. Die Parteien haben in den Offert-Verhandlungsprotokollen vorgesehen, dass das Zahlungsziel für Akontozahlungen 30 Tage betrage und Akontozahlungen bis maximal 90 % der Auftragssumme gestellt werden dürften, wobei die Zahlungen gemäss Stand der Bauarbeiten unter der Voraussetzung, dass die Termine eingehalten werden, erfolgen würden (RG act. II/9 S. 5, II/33 S. 4 f., II/73 S. 5). Die Parteien einigten sich demnach auf Abschlagszahlungen, die nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen der Unternehmerin anfallen. In Bezug auf die Fälligkeit findet sich im Werkvertrag keine individuelle Abrede, so dass Art. 148 SIA-Norm 118 greift, wonach die Abschlagszahlungen fällig werden, sobald das ordnungsgemäss abgefasste Zahlungsbegehren bei der Bauleitung eingeht. Diese Voraussetzung war mit der Zustellung der Rechnung vom 27. Februar 2020 erfüllt. Auch wenn es zutreffen sollte, dass die Berufungsbeklagte damals mit Blick auf den Stand der Arbeiten zu viel in Rechnung stellte, war für die Berufungsklägerin nach Treu und Glauben erkennbar, dass sie jedenfalls den Betrag, der den tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht, schuldete. Jedenfalls in diesem Umfang wurde die Akontozahlung somit fällig. Indem die Berufungsklägerin die Zahlung gänzlich verweigerte, also auch des ihrer Meinung nach geschuldeten tieferen Betrags, war die Berufungsbeklagte zur Einrede nach Art. 82 OR berechtigt. Folglich erweist sich die Arbeitsniederlegung durch die Berufungsbeklagte Ende April 2020 als gerechtfertigt.

44 / 53

E. 9.4

Die Anwendung von Art. 82 OR setzt voraus, dass ein synallagmatischer Vertrag vorliegt und zwei Pflichten zueinander in einem Austauschverhältnis stehen. Ein

Austauschverhältnis liegt nur vor, wenn die beiderseitigen Leistungsversprechen ihre Grundlage in demselben Vertragsverhältnis haben, weshalb die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen einer Leistungsstörung aus einem früheren Vertrag nicht erhoben werden kann. Als einheitlich anzusehen sind auch zusammengesetzte Verträge bzw. Vertragsverbindungen, d. h. mehrere an sich selbstständige Verträge, die genetisch und funktionell derart miteinander verbunden sind, dass das Verhältnis zwischen den Verträgen als Synallagma aufzufassen ist. In Ausnahmefällen kann aber, selbst wenn kein einheitliches Rechtsverhältnis besteht, das Zugestehen eines Leistungsverweigerungsrechts nach Art. 82 OR gerechtfertigt sein. Dies kann der Fall sein, wenn Vertragsparteien in ständiger Geschäftsverbindung zueinanderstehen und die Leistungen ■ für beide Vertragsparteien erkennbar ■ einen engen Interessenzusammenhang aufweisen. Die beiderseitigen Ansprüche müssen in einem derart untrennbaren natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, dass die einseitige Leistungsdurchsetzung als geradezu treuwidrig im Sinne von Art. 2 ZGB erschiene (Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Bd. VI/1/4, 2. Aufl., Bern 2005, N 27 ff. zu Art. 82 OR m. w. H.). Die Vorinstanz qualifizierte die Werkleistungen aus den drei Werkverträgen als eine einheitliche Bauleistung, welche auch in einem Vertrag hätte vereinbart werden können. Diese Würdigung überzeugt. Die Bauarbeiten betreffen alle dasselbe Projekt am selben Standort im gleichen Zeitraum. Dass die einzelnen Werkverträge funktionell in einem sehr engen Zusammenhang zueinanderstehen, zeigt sich nebst dem nahezu identischen Wortlaut der Vertragsurkunden und Offert-Verhandlungsprotokollen auch daran, dass sogar die Parteien selbst teilweise einzelne Vertragsbestandteile verwechselten bzw. nicht richtig zuordnen konnten (vgl. bspw. RG act. I/3 Rz. 30 und RG act. I/6 S. 75). Aus dem Verhalten der Berufungsklägerin wurde zudem klar, dass sie bei allen Werkverträgen die Zahlungen teilweise verweigern würde, weshalb die Weiterführung der Arbeiten unter den anderen beiden Werkverträgen unzumutbar gewesen wäre. Der Entscheid der Vorinstanz ist also auch hier nicht zu beanstanden.

E. 9.5

Die Berufungsklägerin ist schliesslich der Ansicht, dass die Arbeitsniederlegung zu Unrecht erfolgt und sie daher berechtigt gewesen sei, die Erfüllungsgarantien abzurufen. Sie müsse diese daher nicht zurückerstatten (act. A.1 S. 35). Nachdem die Vorinstanz zutreffend von der Rechtmässigkeit der Arbeitsniederlegung ausgegangen ist (oben E. 9.4), steht fest, dass die

45 / 53 Berufungsklägerin die Erfüllungsgarantien zu Unrecht bezogen hat. Wenn die Vorinstanz als Folge davon deren Rückzahlung anordnete (act. B.1 E. 6.3.4.11 ff.), ist dies überzeugend.

E. 10

Gewährleistungsgarantie und Schlussdokumentation

E. 10.1

Die Berufungsklägerin weist in der Berufung darauf hin, dass gemäss Ziff. 8 der Offert-Verhandlungsprotokolle (RG act. II/9, II/33 und II/73) die Berufungsbeklagte verpflichtet sei, in der Höhe von 10 % des ihr zustehenden Werkpreises (inkl. Mehrwertsteuer) zuzüglich allfälliger Nachträge eine Gewährleistungsgarantie zu leisten. Solange die Bank- oder Versicherungsgarantie nicht vorliege, würden die letzten 10 % des

Werklohnes nicht zur Zahlung fällig. Zugunsten von ihr – der Berufungsklägerin – sei daher ein Betrag von CHF 90'531.60 in Abzug zu bringen. Zudem sei weder die Bauleitung noch sie im Besitze der Schlussdokumentation, was jedoch Voraussetzung gewesen wäre, damit die Schlusszahlung der Berufungsbeklagten fällig werde. Seitens der Vorinstanz sei mit keinem Wort Bezug genommen worden auf die nicht geleistete Garantie und Schlussdokumentation. Es sei nämlich unbestritten, dass eine entsprechende Garantieleistung und Schlussdokumentation seitens der Berufungsbeklagten nicht erfolgt sei (act. A.1 S. 36).

E. 10.2

In den Offert-Verhandlungsprotokollen wurde festgehalten, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet sei, der Berufungsklägerin für alle Ansprüche aus den Werkverträgen eine Gewährleistungsgarantie in Form einer abstrakten Bank- oder Versicherungsgarantie auf erstes Verlangen, unwiderruflich und ohne Einrede (First-Demand), in der Höhe von 10 % des festgesetzten Werkpreises und allfälligen Nachträgen mit der Unternehmer-Schlussabrechnung zu übergeben. Solange diese Bank- oder Versicherungsgarantie nicht vorliege, würden die letzten 10 % des Werklohns nicht zur Zahlung fällig (RG act. II/9, II/33 und II/73, jeweils Ziff. 8). Die Gewährleistungsgarantie ist demnach "auf erstes Verlangen" der Berufungsklägerin hin geschuldet. Dass sie die Gewährleistungsgarantie vor der Schlussrechnung von der Berufungsbeklagten verlangt hätte, hat die Berufungsklägerin nirgends behauptet. An der notwendigen Substantiierung fehlt es auch bezüglich der nicht übergebenen Schlussdokumentation. So wurde in den Offert-Verhandlungsprotokollen festgehalten, dass diese "sofern nötig" zu übergeben seien. Inwiefern diese "nötig" gewesen sein sollen, wird nicht dargelegt. Hinzu kommt, dass die Parteien in den Offert-Verhandlungsprotokollen eine Vereinbarung für die Fälligkeit der Schlusszahlung getroffen haben (vgl. RG act. II/9, II/33, act. II/73 jeweils Ziff. 9), die den AGB der J._____ AG vorgeht (vgl. Art. 21 SIA-Norm 118). Diese Klausel macht die Zahlung nicht vom Vorliegen der

46 / 53 Schlussdokumentation abhängig. Auch in dieser Hinsicht ist die Berufung unbegründet.

E. 11

Zins

E. 11.1

Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, die Berufungsbeklagte sei nicht berechtigt gewesen, für Nachträge Akontozahlungen zu verlangen. Gemäss den Offert-Verhandlungsprotokollen könnten lediglich für Arbeiten gemäss Werkvertrag Akontozahlungen verlangt werden (act. A.1 S. 37 f.). Diese Rüge ist unbegründet. Gemäss Ziff. 7 der Offert- Verhandlungsprotokolle können Akontozahlungen bis max. 90 % der Auftragssumme gestellt werden (RG act. II/9 S. 5, II/33 S. 4 f., II/73 S. 5). Dass diese Regelung nur für Arbeiten gemäss ursprünglichem Werkvertrag und nicht für Nachtragsarbeiten gelten soll, lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen. Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus den AGB der Bauleitung oder der SIA-Norm 118. Die Nachtragsarbeiten beruhen ebenfalls auf den Werkverträgen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Unternehmerin ihren Anspruch auf Akontozahlungen verlieren sollte, nur weil der Bauherr von seinem einseitigen Recht auf Beststellungsänderung Gebrauch macht. Dass die Vorinstanz auch für Nachtragsarbeiten Verzugszins zugesprochen hat (vgl. act. B.1 E. 7

sowie Dispositiv-Ziff. 1 und 2), ist daher nicht zu beanstanden.

E. 11.2

Die Vorinstanz entschied, dass sich die Berufungsklägerin in Bezug auf die 5. Akontorechnung zu BKP 226.2 sowie die 6. Akontorechnung zu BKP 271.0 ab dem 30. April 2020 in Zahlungsverzug befunden habe und Verzugszinsen schulde. In Bezug auf die 1. Akontorechnung zu BKP 285 habe sich die Berufungsklägerin ab dem 26. Juli 2020 in Zahlungsverzug befunden und schulde daher ab diesem Datum Verzugszinsen (act. B.1 E. 7.6 f.). Die Berufungsklägerin argumentiert in der Berufung, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren bestritten habe, dass die 5. Akontorechnung zu BKP 226.2, die 6. Akontorechnung zu BKP 271.0 und die 1. Akontorechnung zu BKP 285 dem Leistungsstand entsprochen hätten. In Bezug auf die 5. Akontorechnung zu BKP 226.2 habe die Berufungsbeklagte geltend gemacht, dass ihr ein Betrag von CHF 233'000.00 zustehen würde und diese Arbeiten bereits am 20. Dezember 2019 erledigt gewesen seien. Dies sei offensichtlich falsch. Das Gerüst sei erst in der Woche 13, ungefähr am 20. März 2020, abgebaut worden. Die Berufungsbeklagte habe somit bis zu diesem Zeitpunkt an der Fassade Arbeiten ausgeführt und sei folglich nicht berechtigt gewesen, eine zusätzliche Akontozahlung von CHF 18'900.00 in Rechnung zu stellen (act. A.1 S. 37 f.). Die Berufungsklägerin kommt auch in diesem Punkt ihrer Begründungspflicht nicht nach. Allein der Hinweis, was im vorinstanzlichen

47 / 53 Verfahren bestritten worden sei, reicht als Begründung nicht aus. Einzig in Bezug auf die 5. Akontorechnung zu BKP 226.2 liefert die Berufungsklägerin eine konkretere Begründung ihrer Rüge. Allerdings bleibt schleierhaft, was die Berufungsklägerin aus ihrem Hinweis auf das Gerüst genau ableiten will. Die angesprochene 5. Akontorechnung zu BKP 226.2 wurde nämlich am 31. März 2020 ausgestellt und am 30. April 2020 angemahnt (RG act. II/59). Wenn die Berufungsklägerin nun vorbringen will, dass das Gerüst am 20. März 2020 abgebaut wurde, dann bestätigt sie damit, dass die Arbeiten zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung erfüllt waren. Somit war die Berufungsbeklagte berechtigt, dafür einen Akontobetrag einzufordern. Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 11.3

Weiter bringt die Berufungsklägerin vor, die Rechnungen seien ihr gar nie zugestellt worden. Ohne Zustellung einer Rechnung könne eine Forderung gar nicht fällig werden. Es sei daher nicht korrekt, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass ihr die Rechnungen vom 17. Oktober 2019 und vom 21. November 2019 zugestellt worden seien. Die Berufungsbeklagte habe den Nachweis der Zustellung nämlich nicht erbringen können. Die Berufungsbeklagte habe es auch unterlassen, vor Vorinstanz für die Zustellung entsprechende Beweismittel zu nennen. Die beiden Rechnungen seien an sie – die Berufungsklägerin – adressiert. Die Berufungsbeklagte habe vor Vorinstanz nicht geltend gemacht, diese Rechnungen seien der Bauleitung zugestellt worden. Auch die Bauleitung habe diese Rechnungen nie erhalten. Es gelte somit als bestritten, dass sie bezüglich des Betrages von CHF 68'889.00 in Zahlungsverzug gewesen sei (act. A.1 S. 38). In diesen Ausführungen der Berufungsklägerin fehlen wiederum Verweise auf die vorinstanzlichen Akten, was der Begründungspflicht nicht gerecht wird. Abgesehen davon kann offen bleiben, ob die beiden Rechnungen vom 17. Oktober 2019 und vom 21. November 2019 zugestellt wurden. Denn es ist unbestritten und urkundlich belegt, dass jedenfalls die

Rechnung vom 27. Februar 2020 der Bauleitung zuzug (RG act. II/56). Diese Rechnung beinhaltet auch die früheren Rechnungen und zählt alle Ausstände zu einem Total zusammen. Mit dieser Rechnung trat somit die Fälligkeit auch für den Betrag von CHF 68'889.00 ein, so dass, wie die Vorinstanz korrekt festgestellt hat, die Berufungsklägerin mit Mahnung vom 30. April 2020 in Verzug geriet.

E. 11.4

Bezüglich der Schlussrechnungen stellt sich die Berufungsklägerin endlich auf den Standpunkt, dass diese aufgrund der fehlenden Gewährleistungsgarantien noch nicht fällig seien und sie sich deshalb nicht in Zahlungsverzug befinde (act. A.1 S. 38). Diesbezüglich kann auf die vorstehenden Ausführungen

48 / 53 verwiesen werden (oben E. 10). Die Gewährleistungsgarantie ist "auf erstes Verlangen" der Berufungsklägerin hin geschuldet. Da die Berufungsklägerin nirgends geltend macht, dass sie die erwähnte Gewährleistungsgarantie von der Berufungsbeklagten verlangt hätte, musste die Berufungsbeklagte diese auch nicht ausstellen, um die Schlusszahlung fällig stellen zu können. Die Berufung ist in diesem Punkt folglich ebenfalls abzuweisen.

E. 12

Bauhandwerkerpfandrecht

E. 12.1

Die Berufungsbeklagte beantragte mit Eingabe vom 18. Juli 2020 an das Handelsgericht des Kantons L._____ die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 332'748.23 nebst Zins zu 5 % seit 30. März 2020. Mit Urteil vom 14. September 2020 hiess das Handelsgericht die provisorische Eintragung im Umfang von CHF 332'748.23 nebst Zins zu 5 % auf CHF 300'000.00 seit 9. Mai 2020 gut (RG act. II/2).
Am

E. 12.2

Die Berufungsklägerin rügt in der Berufung, dass die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt habe, indem sie für CHF 270'147.20 den Zins bereits ab dem 30. April 2020 gewährt habe und nicht ab dem 9. Mai 2020, wie von der Berufungsbeklagten beantragt. Zudem sei die Pfandsumme mindestens um den Betrag von CHF 3'685.90 nebst 5 % Zins ab dem 9. Mai 2020 zu reduzieren, da der Berufungsbeklagten unter dem Werkvertrag BKP 226.2 lediglich ein Betrag von CHF 102'182.82 zustehe. In der Klage vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich sei aber eine Pfandsumme von CHF 105'868.70 geltend gemacht worden. In diesem Umfang sei das Pfandrecht auch im Grundbuch provisorisch eingetragen worden. Dementsprechend sei die Pfandsumme um den Betrag CHF 3'685.90 zu reduzieren bzw. das Grundbuchamt anzuweisen, diese Reduktion vorzunehmen (act. A.1 S. 31 und 38 f.).

49 / 53

E. 12.3

Bei der Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird die Pfandsumme bestimmt und nicht die Summe der Forderung, die mit dem Pfandrecht gesichert werden soll, namentlich nicht die vertragliche Vergütungsforderung. Der Umfang der Pfandsicherung ist beim Bauhandwerkerpfandrecht von besonderer Bedeutung, denn nach Ablauf der

Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) kann die Pfandsicherung nicht mehr ausgeweitet werden, selbst wenn die pfandberechtigte Vergütungsforderung noch anwächst oder sich als höher erweist, als angenommen (Rainer Schumacher/Pascal Rey, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich 2022, Rz. 510). Vorliegend wurde die Pfandsicherung (insgesamt) nicht ausgeweitet. Zwar wurde von der Vorinstanz auf einem Betrag von CHF 270'147.20 der Zins bereits seit 30. April 2020 zugesprochen, wodurch sich der Zinsanspruch gegenüber einem Zinsstart ab dem 9. Mai 2020 um CHF 333.05 erhöht. Gleichzeitig hat die Vorinstanz den Zinsanspruch aber um CHF 453.45 (CHF 224.25 + CHF 23.60 + CHF 205.60) gekürzt, indem sie auf dem Betrag von CHF 20'987.90 den Zins erst ab dem 26. Juli 2020, auf dem Betrag von CHF 1'400.00 ab dem 9. September 2020 und auf dem Betrag von CHF 7'464.90 ab dem 26. November 2020 gewährt hat. Somit wurde die Pfandsicherung insgesamt um CHF 120.40 reduziert. Folglich lässt sich keine Verletzung der Dispositionsmaxime ausmachen.

E. 12.4

Ähnliches gilt schliesslich für die geforderte Reduktion der Pfandsumme um den Betrag von CHF 3'685.90 nebst 5 % Zins seit 9. Mai 2020. Das Handelsgericht ordnete die vorläufige Eintragung einer Pfandsumme von CHF 332'748.22 nebst Zins an (RG act. II/2), ohne eine weitere Unterteilung vorzunehmen. Die Berufungsklägerin behauptet zwar, dass die Berufungsbeklagte im Verfahren vor dem Handelsgericht eine Bauhandwerkerpfandrechtsforderung von CHF 105'868.70 nebst 5 % Zins seit 9. Mai 2020 geltend gemacht habe, unterlässt es aber, ihre Behauptung mit Hinweisen auf die Akten oder Beweisofferten zu substantiieren. Da wie bereits erwähnt aus dem Urteil des Handelsgerichts nur die Gesamtsumme der Pfandforderung, nämlich CHF 332'748.22, ersichtlich wird, können die Behauptungen nicht überprüft werden. Auf die betreffende Rüge kann daher nicht eingetreten werden. Da die pfandberechtigte Forderung die Pfandsumme um mehr als CHF 50'000.00 überschreitet (vgl. die zutreffende Erwägung der Vorinstanz in act. B.1 E. 8.6), besteht ohnehin kein Anlass für die beantragte Reduktion der Pfandsumme. 13. Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens

50 / 53 13.1. Die Vorinstanz hielt betreffend die Prozesskosten fest, dass die Berufungsbeklagte beinahe vollständig obsiegt habe. In Bezug auf das Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei sie vollständig durchgedrungen und in Bezug auf ihr Forderungsbegehren habe sie fast vollständig obsiegt, zumal sie einen Betrag von CHF 429'290.30 gefordert habe und ihr ein Betrag von CHF 420'409.80 zugesprochen worden sei. Es rechtfertige sich daher, die Gerichtskosten vollständig der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Dies sei auch mit Blick auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO gerechtfertigt, da die Berufungsklägerin grösstenteils unsubstantiierte Behauptungen aufgestellt und unsubstantiierte Gegenforderungen zum Prozessgegenstand gemacht habe (act. B.1 E. 9). 13.2. Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung von Art. 106 ZPO, indem die Vorinstanz den Klagerückzug in Höhe von CHF 16'155.80 nebst 5 % Zins seit

E. 16

November 2020 bei der Verteilung der Prozesskosten nicht berücksichtigt habe. Ausgehend vom eingeklagten Forderungsbetrag sei die Berufungsbeklagte mindestens im Umfang von 3.6 % unterlegen. Zudem treffe es nicht zu, dass sie unsubstantiierte Behauptungen aufgestellt und unsubstantiierte Gegenforderungen zum Prozessgegenstand gemacht habe (act. A.1 S. 39 f.). 13.3. Art. 106 ZPO stellt den Grundsatz auf, dass die Prozesskosten der

unterliegenden Partei auferlegt werden. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung räumt dem Gericht bei der Kostenverteilung ein weites Ermessen ein. Art. 106 Abs. 2 ZPO spricht generell vom "Ausgang des Verfahrens". Danach kann das Gericht bei der Kostenverteilung insbesondere auch das Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits berücksichtigen (BGer 5D_108/2020 v. 28.1.2021 E. 3.1; 5A_80/2020 v. 19.8.2020 E. 4.3; 4A_54/2018 v. 11.6.2018 E. 5.1). In der Praxis wird in der Regel ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten nicht berücksichtigt (BGer 4A_171/2021 v. 27.4.2021 E. 5.2 m. w. H.). Somit ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Unterliegen im Umfang von 3.6 % nicht berücksichtigt und die Prozesskosten vollumfänglich der Berufungsklägerin auferlegt hat. 14. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in den drei Werkverträgen Pauschalpreise vereinbart haben und die Berufungsklägerin diese Abreden nicht wirksam wegen Willensmängel angefochten hat. Auch die von der Vorinstanz

51 / 53 zugesprochenen Forderungsbeträge sind nicht zu beanstanden, mit Ausnahme der Werklohnforderung aus dem Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen), bei welcher der Berufungsklägerin ein zusätzlicher Abzug von CHF 351.16 für nicht verlegte Fassaden-Keramikplatten im EG zusteht. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Auf die Pfandsumme hat der Abzug von CHF 351.16 keinen Einfluss, weil die Berufungsbeklagte ohnehin eine tiefere Pfandsumme eingeklagt hat, als die erbrachten Bauleistungen berechtigen würden. 15. Prozesskosten Berufungsverfahren 15.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind entsprechend dem Ausgang zu verteilen (vgl. Art. 106 ZPO). Die Berufungsklägerin unterliegt vollständig, mit Ausnahme der erwähnten Werklohnforderung aus dem Werkvertrag BKP 226.2 (verputzte Aussenwärmedämmungen), welche um CHF 351.16 zu reduzieren ist. Da ein solch geringfügiges Obsiegen praxisgemäss bei der Kostenverteilung nicht berücksichtigt wird (vgl. E. 13.3), rechtfertigt es sich, die Prozesskosten gänzlich der Berufungsklägerin aufzuerlegen. 15.2. In Verfahren der zivilrechtlichen Berufung beträgt die Entscheidegebühr CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00. Vorliegend wird angesichts der zahlreichen Sach- und Rechtsfragen, die zu beurteilen waren, sowie des Streitinteresses eine Gebühr von CHF 20'000.00 erhoben. Nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens geht diese vollumfänglich zulasten der Berufungsklägerin und wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. 15.3. Zudem hat die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte für die Kosten der anwaltlichen Vertretung zu entschädigen. Gemäss der eingereichten Honorarvereinbarung hat die Berufungsbeklagte mit ihrem Rechtsvertreter einen Stundenansatz von CHF 300.00 zuzüglich einer dreiprozentigen Spesenpauschale vereinbart (RG act. VI/1). Dieser ist auf den maximal üblichen Ansatz von CHF 270.00 zu kürzen (Art. 3 Abs. 1 Honorarverordnung [HV; BR 310.250]). Da die Berufungsbeklagte im Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht hat, ist der Stundenaufwand vom Obergericht zu schätzen (vgl. Art. 2 HV). Für das Studium des vorinstanzlichen Urteils und der Berufungsschrift sowie für das Verfassen der Berufungsantwort erscheint unter Berücksichtigung, dass der Rechtsvertreter mit dem Prozessstoff bereits vertraut war, eine Entschädigung von pauschal CHF 6'000.00 inklusive Spesen angemessen. Die Zusprechung der Mehrwertsteuer erübrigt sich indessen. Die Berufungsbeklagte ist selber

52 / 53 mehrwertsteuerpflichtig und kann daher die Mehrwertsteuer, welche sie ihrem Rechtsvertreter zu zahlen hat, als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerschuld

abziehen.

53 / 53

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.