

ZG_OBERGERICHT Z1 2023 44 vom 31. März 2025

ZG Obergericht, 2025-03-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2023_44

FR: ZG_OBERGERICHT Z1 2023 44 du 31 mars 2025

IT: ZG_OBERGERICHT Z1 2023 44 del 31 marzo 2025

Regeste

Forderung | Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 1

Die Erwägungen des Kantonsgerichts zur Zuständigkeit der Zuger Gerichte sind zu Recht unbestritten geblieben, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 83 E. 1; zur Zulässigkeit eines solchen Verweises s. Urteil des Bundesgerichts 4A_229/2024 vom 25. Juli 2024 E. 4.2 m.w.H.). Das Eintreten auf die Klage ist im Berufungsverfahren nicht mehr strittig, weshalb sich hierzu weitere Ausführungen erübrigen.

E. 2

In prozessualer Hinsicht ist vorab Folgendes festzuhalten:

E. 2.1

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern und weshalb sie den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss aufdrängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf ihre Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss sie im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie vom Berufungsgericht einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_255/2021 vom 22. März 2022 E. 3.1.6; BGE 142 III 413 E. 2.2.2; 138 III 374 E. 4.3.1 [= Pra 2013 Nr. 4]). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt das Berufungsgericht darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne

von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_452/2022 vom 11. April 2023 E. 4.2.1 und 5A_342/2020 vom 4. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.). Ob die Berufung in sämtlichen Punkten hinreichend begründet wurde, wird nachfolgend im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. hinten E. 4.5, 5.6.2, 7.3.2, 7.5.2, 10.2.1 f., 11.2, 13.3.2 und 14).

Seite 6/46

E. 2.2

Das Berufungsgericht verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Berufungsgericht gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Es hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_312/2023 vom 17. August 2023 E. 3.2; 4A_186/2022 vom 22. August 2022 E. 4.4.1).

E. 2.3

Der Prozess muss grundsätzlich vollständig vor der ersten Instanz geführt werden. Folglich müssen Tatsachen bereits in den erstinstanzlichen Schriftsätzen hinreichend detailliert behauptet und dargelegt werden, um den Rahmen des Verfahrens abzustecken, eine gewisse Transparenz zu gewährleisten und insbesondere eine wirksame Anfechtung durch die Gegenpartei zu ermöglichen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_112/2023 vom 10. Juli 2023 E. 4.4.2).

E. 2.3.1

Entsprechend werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden sind. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Falle unechter Noven hat derjenige, der sie im Berufungsverfahren einbringen will, namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGE 143 III 42 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2023 vom 18. April 2024 E. 3.4.1 m.w.H.). Neu ist eine Tatsache auch dann, wenn die novenwillige Partei eine bereits vor erster Instanz vorgetragene Behauptung (nachträglich) substantiiert bzw. substantiiert behauptet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_698/2017 vom

E. 2.3.2

Im erstinstanzlichen Verfahren werden gemäss Art. 229 aAbs. 1 ZPO (vgl. Art. 407f ZPO) in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn

sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven; lit. a) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; lit. b). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 229 aAbs. 2 ZPO). Neu sind auch Vorbringen, die dem Nachsubstanzieren dienen (Willisegger, Basler Kommentar, 4. A. 2025, Art. 229 ZPO

Seite 7/46 N 23; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_822/2022 vom 14. März 2023 E. 3.2; vorne E. 2.3.1).

E. 2.3.3

Nach dem Aktenschluss haben die Parteien zwar nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 aAbs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Das gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf sog. Dupliknoten, d.h. neue Tatsachen oder Beweismittel, die von der beklagten Partei (erst) in der Duplik vorgetragen werden. Ist aber die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 aAbs. 1 lit. a ZPO ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 aAbs. 1 lit. b ZPO hingegen erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Unter welchen Voraussetzungen unechte Noven im Anschluss an die Duplik vorgebracht werden können, ist in der Lehre im Einzelnen umstritten. Grundsätzlich ist indes davon auszugehen, dass der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat in ihrer Replik sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden kann. Wenn daher in der Duplik Noven vorgebracht werden, welche die klagende Partei ihrerseits mit unechten Noven entkräften will, so ist insofern die Voraussetzung von Art. 229 aAbs. 1 lit. b ZPO erfüllt, dass diese Noven vor Aktenschluss trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltnachweis gelingt, ist immerhin unabdingbar, dass die Dupliknoten für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoten das Vorbringen der unechten Noven veranlassen, andererseits dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoten aufzufassen sind. Für die Prüfung dieses Kausalzusammenhangs ist folglich eine genaue Betrachtung der zur Diskussion stehenden neuen Tatsachen und Beweismittel unumgänglich (BGE 146 III 55 E. 2.5.2).

E. 2.3.4

Nachdem die Beklagte in der Duplik Noven (konkret: die Behauptung, dass die Klägerin Forderungen der Beklagten anerkannt habe [act. 31 Rz 414]) vorgetragen hatte, war es der Klägerin erlaubt, auf diese Dupliknoten in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2022 (act. 37) mit unechten Noven (konkret: der Behauptung, dass die Parteien Vergleichsverhandlungen geführt hätten und die Klägerin in diesem Rahmen keine Forderungen der Beklagten anerkannt habe [act. 37 Rz 3-5]) zu reagieren. Die Stellungnahme ging beim Gericht innert 10 Tagen nach der Zustellung der Duplik – und damit ohne Verzug im Sinne von Art. 229 aAbs. 1 ZPO – ein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 4.2).

Ausserdem sind die von der Klä- gerin vorgebrachten (unechten) Noven in thematischer Hinsicht klarerweise als Reaktion auf die erwähnten Dupliknoven aufzufassen, sodass der Kausalzusammenhang ohne Weiteres zu bejahen ist. In der darauffolgenden Eingabe vom 14. Juli 2022 bestritt die Beklagte die Ausführungen der Klägerin und machte geltend, es habe sich "nicht nur um Vergleichsbemühungen, sondern um eine Forderungsanerkennung" gehandelt (act. 39 Rz 2). Die weiteren mit der Eingabe vorgetragene unechten Noven sowie Beweismittel und Beweisofferten sind hingegen nicht mehr zu berücksichtigen, hat doch die Beklagte nicht ansatzweise dargelegt, weshalb sie trotz zumutbarer Sorgfalt diese neuen Tatsachen sowie Beweismittel und Beweisofferten nicht bereits im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hätte vorbringen können (vgl. vorne E. 2.3.2).

Seite 8/46

E. 2.4

In formeller Hinsicht moniert die Beklagte, die "Akturierung" der vorinstanzlichen Akten sei mangelhaft (vgl. § 87 GOG; act. 86 Rz 11-14), was so nicht zutrifft, hat doch die Vorinstanz ein korrektes Aktenverzeichnis erstellt (vgl. Ausdruck im Dossier). Der Beklagten ist aber in- sofern beizupflichten, als nicht nachvollziehbar ist, auf welche Aktoren die Vorinstanz in E. 2.4 a.E. ihres Entscheids verweist. Dort hält sie fest, dass die im Zusammenhang mit dem Replik- recht unaufgefordert eingereichten Eingaben der Parteien vom 12. Dezember 2022 (act. 20),

E. 2.5

Im Weiteren wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, am 26. Mai 2021 eine Beweisverfügung er- lassen zu haben, in der sie im Wesentlichen lediglich theoretische Grundlagen bezüglich der Beweislastverteilung wiedergegeben, jedoch nicht konkret festgelegt habe, welcher Partei für welche Behauptungen der Haupt- bzw. der Gegenbeweis obliege und welche Beweismittel sie als zulässig erachte. Infolge der lückenhaften Beweisverfügung sei es der Beklagten nur unzureichend möglich gewesen, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu brin- gen. Sie habe von den aus Sicht der Vorinstanz rechtserheblichen, streitigen Tatsachen so- wie zulässigen Beweismitteln nicht Kenntnis nehmen können (act. 86 Rz 18 und 23). Dazu ist Folgendes festzuhalten:

E. 2.5.1

Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin wer- den insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Beweisverfügungen können jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 ZPO). In der Lehre werden unterschiedliche Meinungen vertreten, was zum zwingenden Bestandteil einer Beweisverfügung gehören soll. Das Bundesgericht hat sich bislang zu dieser Frage – soweit ersichtlich – nicht in allgemeiner Form geäussert. Die Mehrheit der Lehrmeinungen hält dafür, dass die Gerichte im konkreten Einzelfall zu bestimmen haben, was notwendiger Bestandteil der Beweisverfügung bildet. Je komplexer sich die Verhältnisse darstellen, desto höhere Anforderungen sind grundsätzlich an die Beweisverfügung zu stellen. Besonders bei komplexen Fällen kann es aufgrund der Ordnungs-, Informations- und Programmfunktion der Beweisverfügung sinnvoll sein, die Beweisthemen, die Zuordnung der Beweismittel zu den Beweisthemen und die Beweislastverteilung aufzunehmen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 17 48 vom 29. November 2021 E. 3.2.4). Im Weiteren ist zu beachten, dass die Beweisverfügung eine prozessleitende Verfügung im

Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO ist und daher jederzeit abgeändert oder ergänzt werden kann, weshalb auch ein stufenweises Vorgehen möglich ist. Sie muss nicht begründet werden (vgl. Guyan, Basler Kommentar, 4. A. 2025, Art. 154 ZPO N 7 ff.; Hasenböhler/Yañez, in: Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. A. 2025, Art. 154 ZPO N 29 ff.).

Seite 9/46

E. 2.5.2

Die von der Vorinstanz am 26. Mai 2021 und 5. August 2022 erlassenen Beweisverfügungen (act. 12 und 41) entsprechen weitestgehend den hinsichtlich komplexeren Fällen vorgesehene Anforderungen, zumal Beweisthemen zusammengefasst werden dürfen (vgl. Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt BEZ.2021.22 vom 27. Oktober 2021 E. 3.5 m.w.H.). Entgegen ihrer Auffassung (act. 86 Rz 20 f.) musste der anwaltlich vertretenen Beklagten daher nicht nur klar sein, dass das von ihr nachzuweisende Recht, einen Skonto-Abzug vorzunehmen, auch den Beweis für den Beginn des Fristenlaufs und die fristgerechte Zahlung umfasste (vgl. hinten E. 5.1). Vielmehr musste sich die Beklagte auch darüber im Klaren sein, dass die von ihr geltend gemachten Nachbesserungskosten eine Abänderung des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts voraussetzen (vgl. act. 83 E. 2.3; hinten E. 9.4.1 f). Beides gilt umso mehr, als der vorinstanzliche Referent in seinem "unpräjudiziellen Vorschlag für eine gütliche Einigung" vom 14. Juni 2022 "in Ergänzung der Beweisverfügung vom 26. Mai 2021" explizit auf die diesbezügliche Beweislast der Beklagten hingewiesen hatte (vgl. act. 32 S. 1, 4 f. und 12). Ferner kann die Beklagte aus der fehlenden Bezeichnung der zulässigen Beweismittel in der Beweisverfügung vom 26. Mai 2021 nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 86 Rz 22), müssen doch in der Beweisverfügung die bereits eingereichten Beweismittel nicht separat bezeichnet werden (vgl. Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt BEZ.2021.22 vom 27. Oktober 2021 E. 3.4 m.w.H.). Die abzunehmenden Zeugen- und Parteibefragungen wurden sodann in der Beweisverfügung vom 5. August 2022 hinreichend bezeichnet. Hinzu kommt, dass die Beklagte – entgegen ihrer Ansicht (act. 86 Rz 23) – an den Befragungen ohne Weiteres Ergänzungsfragen stellen konnte (vgl. hinten E. 10.3). Richtig ist hingegen ihr Hinweis (act. 86 Rz 19), dass die Vorinstanz in den Beweisverfügungen die Beweislast hinsichtlich der (fehlenden) Fälligkeit der Werklohnforderungen infolge der Vereinbarung einer "Pay-When-Paid"-Klausel nicht explizit verteilt hat. Im Zusammenhang mit den (fälligen) Werklohnforderungen verwies sie die anwaltlich vertretene Beklagte allerdings auf den Gegenbeweis, weshalb ihr klar sein musste, dass sie die Vereinbarung einer die Fälligkeit aufschiebenden "Pay-When-Paid"-Klausel zu beweisen hat (vgl. hinten E. 3.2 a.E.). Schliesslich hat sich die Vorinstanz auch nicht zur Frage geäußert, wem die Beweislast für eine Vereinbarung betreffend Kostentragung des Werkstoffs obliegt (vgl. Art. 365 Abs. 2 OR). Diesbezüglich gilt allerdings die Gesetzesvermutung (bzw. "Gesetzesregel") von Art. 365 Abs. 2 OR, wonach der Besteller den Werkstoff zu liefern und zu bezahlen hat, welche die Klägerin weder behaupten noch beweisen musste. Vielmehr oblag es der Beklagten, das Gegenteil der gesetzlichen Vermutungsfolge zu beweisen (vgl. hinten E. 7.5; vgl. Hurni, Berner Kommentar, 2012, Art. 55 ZPO N 32; Brönnimann, Berner Kommentar, 2012, Art. 152 ZPO N 13; Lardelli/Vetter, Basler Kommentar, 7. A. 2022, Art. 8 ZGB N 35). Dies musste der anwaltlich vertretenen Beklagten bewusst sein.

E. 2.5.3

Im Übrigen wäre der Beklagten selbst dann nicht geholfen, wenn die Beweisverfügung mangelhaft wäre. Prozessuale Vorschriften (insbesondere auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs) stellen nämlich keinen Selbstzweck dar. Das Zivilprozessrecht ist vielmehr darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen (sog. dienende Funktion des Zivilprozessrechts). Das Berufungsgericht hat dementsprechend nicht abstrakt zu prüfen, ob eine Beweisverfügung in diesem oder jenem Punkt legerichtig erlassen wurde. Entscheidend ist letztlich, ob und inwieweit eine Partei allenfalls beschwert ist, d.h. ob dieser aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und damit ihr Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist. Die Partei, die sich auf eine Verletzung des rechtli-

Seite 10/46 chen Gehörs beruft, muss daher nicht nur darlegen, weshalb es ihr nicht oder nur schwer möglich war, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Vielmehr hat sie auch aufzuzeigen, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs ins Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. dazu Urteil des Obergerichts Zug Z1 2021 20 vom 12. September 2023 E. 3.4 m.w.H; Urteil des Bundesgerichts 4A_48/2022 vom 7. Juni 2022 E. 6.3; Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt BEZ.2021.22 vom 27. Oktober 2021 E. 3.7 m.w.H.). Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich – und wird von der anwaltlich vertretenen Beklagten auch nicht dargetan –, weshalb es ihr wegen angeblich mangelhafter Beweisverfügungen nicht oder nur schwer möglich gewesen sein soll, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Vielmehr konnte sie diesen in ausführlicher Weise darlegen. In der Berufung finden sich denn auch keine Ausführungen dazu, welche Nachteile die Beklagte aufgrund der Beweisverfügungen erlitten und welche Auswirkungen dies auf den angefochtenen Entscheid gehabt haben soll.

E. 2.6

Schliesslich rügt die Beklagte bezüglich der Hauptverhandlung vom 12. September 2023 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben.

E. 2.6.1

An dieser Verhandlung habe die Klägerin über zwei Stunden zum Beweisergebnis Stellung genommen und plädiert (Stellungnahme zum Beweisergebnis [75 Seiten] und Plädoyernotizen [13 Seiten]). Daraufhin habe die Beklagte – zur Wahrung ihrer anwaltlichen Sorgfaltspflicht angesichts des umfangreichen Vortrags der Gegenpartei – den Antrag gestellt, die Hauptverhandlung zu vertagen oder eventualiter die Parteivorträge schriftlich einzureichen. Diesen Antrag habe die Vorinstanz im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass die Klägerin keine Noven vorgetragen habe und die Beklagte vorab auf einer mündlichen Verhandlung bestanden habe (act. 75 S. 2). Mit diesem Entscheid habe die Vorinstanz sowohl gegen Art. 29 BV bzw. Art. 6 EMRK als auch gegen Art. 52 und Art. 53 Abs. 1 ZPO verstossen. Das unbedingte Replikrecht bestehe nämlich unabhängig davon, ob die Vorbringen der Gegenpartei neu oder wesentlich gewesen seien. Zudem sei der Beklagten nicht ausreichend Zeit zur Verfügung gestellt worden, um sich auf den umfangreichen Parteivortrag der Klägerin vorzubereiten [bzw. um darauf zu reagieren]. Es gehe auch nicht an, der Beklagten ihre Rechte alleine deswegen zu verweigern, weil sie eine mündliche Verhandlung einem Schriftenwechsel vorgezogen habe. Die Beklagte habe vorab nicht damit rechnen können und müssen, dass die Klägerin einen fast hundertseitigen Parteivortrag halten und sie selber nicht im Ansatz genügend Zeit

erhalten werde, um sich auf die Antwort angemessen vorzubereiten (act. 86 Rz 36-39).

E. 2.6.2

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass einer Partei zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme auf einen längeren mündlichen Parteivortrag der Gegenpartei eine angemessen lange Verhandlungspause einzuräumen ist (vgl. Gehri, Basler Kommentar, 4. A. 2025, Art. 53 ZPO N 12). Vorliegend war es – entgegen der Auffassung der Beklagten – jedoch nicht geboten, ihr dafür mehr als zehn Minuten (act. 75 S. 2) zu gewähren. Der Parteivortrag der Klägerin beschränkte sich nämlich auf die Stellungnahme zum Beweisergebnis und das Plädoyer. Nachdem der zweite Schriftenwechsel abgeschlossen war, konnten Noven nur noch eingeschränkt vorgebracht werden (vgl. vorne E. 2.3.2). In ihrem Parteivortrag brachte die Klägerin denn auch weder neue Tatsachen noch neue Beweismittel vor. Abgesehen davon war der Rechtsvertreter der Beklagten offenbar ohne Weiteres in der Lage, zu den einzel-

Seite 11/46 nen Vorbringen der Klägerin konkret Stellung zu nehmen. Demnach war die der Beklagten eingeräumte Verhandlungspause von zehn Minuten zwar knapp bemessen; angesichts der konkreten Umstände kann sie aber noch als angemessen betrachtet werden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten ist daher zu verneinen. Im Übrigen erläutert die Beklagte auch in diesem Zusammenhang nicht näher, inwiefern sie die angebliche Gehörsverletzung an der wirksamen Geltendmachung ihres Standpunkts hinderte (vgl. vorne E. 2.5.3). 3. Die Vorinstanz erwog, dass die Parteien über Jahre hinweg zusammengearbeitet und insbesondere K. _____-anschlüsse installiert hätten. Die jeweiligen Arbeiten der Klägerin [als Subunternehmerin] hätten typische werkvertragliche Leistungen dargestellt, die von der Beklagten [als Hauptunternehmerin] vergütet worden seien. Die vorliegend relevanten Vertragsverhältnisse seien daher als Werkverträge gemäss Art. 363 ff. OR zu qualifizieren (vgl. act. 83 E. 4.1.3). Diese Erwägung ist zu Recht unbestritten geblieben. Nach wie vor strittig ist hingegen, ob die Parteien vereinbart haben, dass das Werk in Teilen zu liefern ist und die Vergütung nach Teilen bestimmt wird, sodass die Zahlung für jeden Teil bei dessen Ablieferung zu erfolgen hat (Art. 372 Abs. 2). Zu dieser Frage ist vorab Folgendes festzuhalten: 3.1 Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Gemäss Art. 372 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu zahlen (Abs. 1). Ist das Werk in Teilen zu liefern und die Vergütung nach Teilen bestimmt, so hat die Zahlung für jeden Teil bei dessen Ablieferung zu erfolgen (Abs. 2). Als Ablieferung ist die Übergabe des vollendeten Werks (bzw. eines vollendeten Werkteils) mit der Absicht der Vertragserfüllung zu verstehen. Das Werk ist vollendet, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer zur Herstellung seines Werks schuldet, sodass das Werk nach dem Inhalt des infrage stehenden Werkvertrags als "fertig" anzusehen ist. Bei Bauarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers ersetzt die Mitteilung der Vollendung des Werks die Ablieferung. Die Vollendung kann dem Besteller ausdrücklich oder stillschweigend mitgeteilt werden, indem zum Beispiel eine schriftliche Vollendungsanzeige erstattet oder das Werk (bzw. ein Werkteil) für den Besteller ersichtlich als vollendet und verfügbar hingestellt wird. Der Unternehmer kann dem Besteller die Vollendung auch dadurch mitteilen, dass er ihm eine Rechnung übermittelt, aus der sich implizit bzw. als mitverstandener Inhalt ergibt, dass er die gesamte geschuldete Leistung ausgeführt hat. Das selbe gilt für die Ablieferung des Werks (bzw. eines Werkteils) durch einen Subunternehmer, der Arbeiten auf dem

Grundstück eines von seinem eigenen Besteller (dem Hauptunternehmer) verschiedenen Bauherrn ausführt (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 6. A. 2019, Nr. 87, 92, 96, 101 und 108; BGE 129 III 738 E. 7.2). 3.2 Gemäss Art. 372 OR wird mit der Ablieferung des Werks bzw. mit jeder Teilablieferung die entsprechende (Teil-)Vergütung fällig (BGE 110 II 178 E. 2a; Zindel/Schott, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 372 OR N 2 und 8; König, Berner Kommentar, 2024, Art. 372 OR N 47 und 49). Demzufolge haben die ordnungsgemässe Prüfung und/oder die Genehmigung des abgelieferten Werks (bzw. Werkteils) oder dessen Mangelhaftigkeit keinen Einfluss auf die Fälligkeit des Werklohns (vgl. Zindel/Schott, a.a.O., Art. 372 OR N 2 und 4 f.; König, a.a.O., Art. 372 OR N 18; Gauch, a.a.O., Nr. 106, 1153 und 1155; BGE 129 III 738 E. 7.2). Hinsichtlich der Fälligkeit der Vergütung, die der Unternehmer seinem Subunternehmer für das ganze Subunternehmerwerk oder einen separat abzuliefernden und zu vergütenden Werkteil

Seite 12/46 schuldet, kommt es sodann von Gesetzes wegen einzig darauf an, wann der Subunternehmer sein Werk oder den Werkteil dem Unternehmer abgeliefert.

Dementsprechend hängt die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs, der dem Subunternehmer gegenüber dem Unternehmer zusteht, von Gesetzes wegen auch nicht davon ab, ob und wann der Unternehmer sein Werk oder einen Werkteil dem Erst-Besteller abgeliefert oder gar vom Erst-Besteller bezahlt wird (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 1158a). Art. 372 OR stellt dispositives Recht dar, weshalb abweichende Vereinbarungen über die Fälligkeit der Vergütung zulässig sind. Der Eintritt der Fälligkeit kann demnach auch vor oder nach der Ablieferung des Werks bzw. eines Werkteils vereinbart werden. Eine solche Fälligkeitsabrede ist z.B. die sog. "Pay-When-Paid"-Klausel, gemäss welcher der Subunternehmer nur in der Weise vergütet wird, als der Hauptunternehmer (vom Erst-Besteller) selber Vergütung erlangt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_305/2014 vom 8. Januar 2015 E. 6.3; 4A_18/2012 vom 2. Mai 2012 E. 5.2; Zindel/Schott, a.a.O., Art. 372 OR N 15-17; Gauch, a.a.O., Nr. 156 und 1162-1165a). 3.3 Der Unternehmer, der den Werklohn fordert, muss die rechtsbegründende Tatsache der Ablieferung beweisen.

Verlangt der Unternehmer Zahlung für die Ablieferung eines Werkteils, so hat er zu beweisen, dass neben der Lieferung in Teilen auch eine Vergütung nach Teilen vereinbart worden ist. Wer sich darauf beruft, dass eine von Art. 372 OR abweichende Fälligkeit der Vergütung vereinbart worden ist, trägt dafür die Beweislast (vgl. Zindel/Schott, a.a.O., Art. 372 OR N 21; Gauch, a.a.O., Nr. 1166). 4. Die Vorinstanz gelangte im Wesentlichen zum Schluss, dass die Parteien mehrere Verträge über die Herstellung verschiedener Teilwerke abgeschlossen hätten und die Beklagte somit ausschliesslich fällige Werklöhne bezahlt habe.

4.1 Ihre diesbezüglichen Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: 4.1.1 Die Klägerin habe – entsprechend der über Jahre hinweg gelebten Praxis und Übung – ihre Arbeiten periodisch nach Vollendung eines oder mehrerer "Teil-Werke" in Rechnung gestellt, worauf diese von der Beklagten bezahlt worden seien. An den Befragungen hätten die Parteien wie auch der Zeuge S._____ bestätigt, dass die Klägerin ihre Arbeiten nach der Fertigstellung einzelner "Teil-Werke" habe in Rechnung stellen können.

P._____ habe ebenfalls festgehalten, dass die Subunternehmer nach Abschluss der Arbeiten hätten Rechnung stellen können. Klarstellend habe die Beklagte ausgeführt, dass sie mit den Subunternehmern (teilweise wöchentlich) Einzelverträge abgeschlossen und sich die Vertragsparteien über die jeweiligen Leistungen sowie über die Preise geeinigt hätten. Ein Beispiel für den Abschluss eines solchen Einzelwerkvertrags gehe aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien vom 4.-6. Dezember 2018 hervor, in der die Klägerin eine Werkarbeit ausgeschrieben habe, nachdem sie den offerierten Werklohn als

zu tief empfunden habe. Demnach habe die Klägerin rechtsgenügend nachgewiesen, dass die Parteien "immer wieder aufs Neue" – abhängig von den Projektfortschritten – "Teil-Werkverträge" abgeschlossen hätten. Es deute nichts darauf hin, dass die Parteien – wie die Beklagte behaupte – [nur] einen Werkvertrag bezüglich der "Herstellung des gesamten L. _____-Projekts" abgeschlossen hätten. Andernfalls wären 272 Rechnungen über fünf Jahre hinweg verfrüht gestellt und ohne hinreichende vertragliche Grundlage bezahlt worden. Das Vorbringen der Beklagten, sie ha-

Seite 13/46 be einzelne Rechnungen aus Kulanz bezahlt, überzeuge nicht. Ausserdem finde sich keine einzige Urkunde in den eingereichten Unterlagen, worin die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam gemacht hätte, dass sie verfrüht Rechnung gestellt habe. Sodann sei mit der Klägerin davon auszugehen, dass sie nie eine Vereinbarung abgeschlossen hätte, wonach ihre Leistungen erst nach Fertigstellung des Gesamtwerks vergütet worden wären, weil sie dann schlicht nicht gewusst hätte, wann sie für ihre Arbeiten entschädigt würde und sie sich dadurch einem enormen Liquiditätsrisiko ausgesetzt hätte (vgl. act. 83 E. 4.2.5 f.). 4.1.2 Die Bezahlung des Werklohns werde mit der Ablieferung und nicht mit der Abnahme [recte: Genehmigung] des einzelnen [Teil-]Werks fällig (und damit auch nicht erst mit der Abnahme [recte: Genehmigung] des Gesamtwerks [vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 99 f.]). Vorliegend habe die Klägerin der Beklagten die Vollendungen der einzelnen [Teil-]Werke spätestens mit der Über- mittlung der einzelnen Rechnungen angezeigt, weshalb die jeweiligen [Teil-]Werklöhne fällig geworden seien. Insbesondere habe die Fälligkeit der in Rechnung gestellten Arbeiten nicht von der Vollendung des Gesamtwerks abgehängt. Schliesslich habe die Beklagte eine die Fälligkeit aufschiebende Vereinbarung, wonach die Werkarbeiten der Subunternehmer von der Beklagten erst vergütet würden, nachdem das L. _____ die fraglichen Leistungen der Subunternehmer "abgenommen", diese als mangelfrei befunden und der Beklagten vollständig bezahlt habe, nicht zu beweisen vermocht (vgl. act. 83 E. 4.3.1 und 4.3.3 f.). 4.1.3 Selbst wenn der Auffassung der Beklagten gefolgt würde, wonach die Parteien eine die Fäl- ligkeit aufschiebende Vereinbarung ["Pay-When-Paid"-Klausel] abgeschlossen hätten, hätte dies keine Auswirkungen auf die vorliegend zu beurteilende Frage der Fälligkeit der Wer- klöhne. Dabei gehe es nämlich ausschliesslich um bereits geleistete Zahlungen, welche die Beklagte ihren eigenen Angaben zufolge nur geleistet habe, nachdem sie zuvor vom L. _____ bezahlt worden sei. Da spätestens die Zahlungen des L. _____ die Fälligkeit der klägerischen Werklohnforderung ausgelöst hätten, sei so oder anders zum Schluss zu gelangen, dass die Beklagte ausschliesslich fällige Werklöhne bezahlt habe (vgl. act. 83 E. 4.3.4 a.E.). 4.2 In der Berufung bringt die Beklagte demgegenüber vor, die Vorinstanz habe den Verhand- lungsprinzip verletzt, indem sie – ohne entsprechende Behauptungen der Parteien – fest- gehalten habe, dass die Parteien "immer wieder aufs Neue" "Teil-Werkverträge" abgeschlos- sen hätten (act. 86 Rz 26 f.). Die Klägerin habe nirgends behauptet (und im Übrigen auch nicht bewiesen), dass vor jeder in Rechnung gestellten Leistung jeweils ein mündlicher Werk- vertrag geschlossen worden sei. Sowohl die Beklagte als auch die Klägerin seien davon aus- gegangen, dass nur ein Werkvertrag über diverse Werkarbeiten vereinbart worden sei und lediglich die Frage umstritten sei, ob die Klägerin berechtigt sei, Teilleistungen zu erbringen und separat in Rechnung zu stellen. Die Vorinstanz sei mithin von einem Sachverhalt ausge- gangen, der von keiner Partei behauptet, geschweige denn bewiesen worden sei (act. 86 Rz 44-48). Dass einzelne Werkverträge vorlägen, habe die Vorinstanz einzig damit begrün- det, dass die Beklagte gemäss ihren Ausführungen mit der Klägerin jeweils die Preise der je- weiligen Leistungen

vereinbart habe. Dabei solle eine einzige E-Mail-Korrespondenz den Abschluss eines solchen einzelnen Werkvertrags belegen. Dieser Sachverhalt sei aber wiederum von keiner Partei vorgebracht worden; auch fehle ein Verweis in den Rechtsschriften auf die entsprechende E-Mail-Korrespondenz. Ausserdem könne die Vorinstanz nicht von einem Fall auf alle anderen Fälle schliessen. Entgegen der Erkenntnis der Vorinstanz sei vorliegend

Seite 14/46 davon auszugehen (und im Übrigen unbestritten), dass die Parteien im Zusammenhang mit dem L. _____-Projekt nur einen Werkvertrag geschlossen hätten. Dass die Parteien Teillieferungen und -vergütungen vereinbart hätten, habe die Klägerin zu beweisen. Diesen Beweis habe sie jedoch nicht erbracht bzw. nicht einmal Beweis für diese Behauptung offeriert (act. 86 Rz 50-53). Ausserdem sei die Ablieferung "grundsätzlich verschieden von der Rechnungsstellung des Unternehmers". Vorliegend hätte die Vorinstanz aufgrund der konkreten Umstände richtigerweise zum Schluss kommen müssen, dass die Rechnungen keine Mitteilungen betreffend die Vollendung eines (Teil-)Werks gewesen seien. Da gemäss den Protokollen bei den Ausführungssitzungen jeweils über den "Baufortschritt der Arbeiten" gesprochen worden sei, hätten sich die Rechnungen nicht auf ein fertiggestelltes (Teil-)Werk bezogen. Mangels Vollendung habe daher keine Ablieferung stattfinden können. Die Beweislast für die rechtsbegründende Tatsache der Ablieferung des (Teil-)Werks trage die Klägerin (act. 86 Rz 34 und 80 f.). 4.3 Der Beklagten ist vorab insoweit zuzustimmen, als die Klägerin – entgegen der vorinstanzlichen Feststellung – im erstinstanzlichen Verfahren nicht hinreichend behauptet hat, "dass die Parteien immer wieder aufs Neue, abhängig von den Projektfortschritten, 'Teil-Werkverträge' abgeschlossen haben" (act. 83 E. 4.2.5 a.E.). Die Klägerin behauptete jedoch hinreichend substantiiert, dass die Parteien Teillieferungen und -vergütungen vereinbart haben, und offerierte hierzu auch entsprechende Beweismittel (u.a. Befragungen und Rechnungen; act. 19 Rz 13, 40 ff., 50 ff., 60 ff. und 408 ff.). Die Vorinstanz erwog zutreffend, es habe der von den Parteien über Jahre hinweg gelebten Praxis und Übung entsprochen, dass die Klägerin ihre Arbeiten periodisch nach Vollendung eines oder mehrerer "Teil-Werke" [im Sinne von Teillieferungen] in Rechnung stellte und dafür von der Beklagten [im Sinne von Teilvergütungen] bezahlt wurde (vgl. act. 83 E. 4.2.3-4.2.5 mit Verweis auf die Aussagen an der Parteibefragung in act. 51 Ziff. 7, 18, 25 und 26; act. 83 E. 4.3.1 mit Verweis auf Zindel/Schott, a.a.O., Art. 372 OR N 8). Dem vermag die Beklagte in der Berufung denn auch nichts Wesentliches entgegenzusetzen (act. 86 Rz 32-34 und 53-65). Nichts anderes ergibt sich im Übrigen, wenn der Auffassung der Beklagten gefolgt wird, wonach die Parteien eine sog. "Pay-When-Paid"-Klausel vereinbart haben (act. 86 Rz 66-71). Diesfalls müsste die Beklagte die Werkarbeiten der Klägerin erst vergüten, nachdem sie selbst vom L. _____ entsprechende Zahlungen erhalten hat. Wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 86 Rz 75-79), haben die Zeugen P. _____ und S. _____ bestätigt, dass die Subunternehmer der Beklagten eine solche Klausel mit der Beklagten vereinbart hatten (act. 48 Rz 20 f. und 62 f.; act. 49 Rz 15 f. und 62-64), weshalb zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich auch die Parteien darauf geeinigt haben. Ob zwischen den Parteien tatsächlich eine "Pay-When-Paid"-Klausel vereinbart wurde, kann indessen offenbleiben, da diese Klausel bzw. deren Anwendung zu keinem anderen Ergebnis führt (vgl. hinten E. 4.5, 5.5.1 und 7.3.3). Festzuhalten ist hingegen, dass die Beklagte die Rechnungen der Klägerin jedenfalls dann bezahlte, nachdem jeweils die entsprechenden (Teil-)Vergütungen des L. _____ bei ihr eingegangen waren (act. 51 Ziff. 22, 25 und 54-58), weshalb sie die

Ver- einbarung von Teillieferungen und -vergütungen nicht mehr in Abrede stellen kann (act. 86 Rz 72). Die Vereinbarung von Teillieferungen und -vergütungen ist damit erstellt, weshalb sich – entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 86 Rz 74 und 87) – die Fälligkeit der Vergütungen nicht nach der Ablieferung des Gesamtwerts, sondern nach der Ablieferung der einzelnen Werkteile richtet (Art. 372 OR; vorne E. 3.1 und hinten E. 4.3).

Seite 15/46 4.4 Die Frage, ob eine Rechnung auch die (stillschweigende) Mitteilung der Vollendung des Werks bzw. Werkteils enthält, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beur- teilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4D_55/2009 vom 1. Juli 2009 E. 2.3; Gauch, a.a.O., Nr. 96; Grünig, Berner Kommentar, 2024, Art. 367 OR N 29 f. m.w.H.). Vorliegend sind aller- dings keine Gründe ersichtlich, weshalb sich die Rechnungen nicht auf vollendete (Teil-) Werke bezogen haben sollten. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, was die Beklagte mit dem unsubstanzierten Hinweis auf die Protokolle der Ausführungssitzungen nachweisen will. Dass an der Ausführungssitzung vom 25. Mai 2016 ein bestimmtes Projekt besprochen wur- de [die Formulierung "Baufortschritt der Arbeiten" lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen], für dessen Ausführung danach am 21. März 2017 Rechnung gestellt wurde (act. 86 Rz 81 i.V.m. act. 19 Rz 147 i.V.m. act. 19/254-256), erscheint vielmehr plausibel. Eine fehlende Vollendung dieses (Teil-)Werks lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten. Der Schluss der Vorinstanz, wonach die Klägerin der Beklagten die Vollendung des (Teil-)Werks spätestens mit der Übermittlung der einzelnen Rechnungen anzeigte und damit die Fälligkeit der ent- sprechenden (Teil-)Vergütung eintrat (act. 83 E. 4.3.3 a.E.), ist mithin nicht zu beanstanden (s. auch Gauch, a.a.O., Nr. 1161). 4.5 Abgesehen davon wären die von der Beklagten bezahlten (Teil-)Vergütungen im Zeitpunkt der Bezahlung auch dann fällig gewesen, wenn die Parteien eine "Pay-When-Paid"-Klausel vereinbart hätten. Wie die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung zutreffend ausführte, rich- tete die Beklagte diese (Teil-)Vergütungen gemäss ihren eigenen Angaben nämlich erst dann an die Klägerin aus, nachdem sie zuvor die Zahlungen vom L. _____ erhalten hatte (vgl. vorne E. 4.1.3). Ebendiese Zahlungen des L. _____ lösten aber die Fälligkeit der (Teil-) Vergütungen aus (vgl. vorne E. 3.2). Der Auffassung der Beklagten, wonach sie einzelne Rechnungen der Klägerin aus Kulanz bereits vor deren Fälligkeit bezahlt habe (act. 86 Rz 89), kann demnach nicht gefolgt werden. Mit der Eventualbegründung der Vorinstanz setzt sich die Beklagte sodann überhaupt nicht auseinander, weshalb in diesem Punkt auf die Berufung ohnehin nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 2.1). Dass die (Teil-)Vergütungen in Anwendung der "Pay-When-Paid"-Klausel – im Unterschied zum Eintritt der Fälligkeit bei der Rechnungsstellung – zu einem späteren Zeitpunkt fällig wurden, hätte im Übrigen keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens (vgl. dazu hinten E. 5.5.1-5.5.3 und 7.3.3). 5. Nach wie vor streitig ist auch die Frage, ob die Beklagte berechtigt war, bei ihren Zahlungen jeweils 2 % der von den Klägerin in Rechnung gestellten Beträge in Abzug zu bringen. 5.1 Sofern sich nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt, kann der Schuldner gemäss Art. 81 OR schon vor dem Verfalltag erfüllen (Abs. 1). Er ist jedoch nicht berechtigt, einen Diskonto abzuziehen, es sei denn, dass Übereinkunft oder Übung einen solchen gestatten (Abs. 2). 5.1.1 Der Diskonto (oder Zwischenzins) ist der Zins, der auf den gezahlten Betrag vom Zeitpunkt der vorzeitigen Erfüllung bis zur Fälligkeit der Forderung entfällt. Wie erwähnt, darf der vorzeitig Leistende nach dem in Art. 81 Abs. 2 OR statuierten Grundsatz keinen Diskonto abziehen, doch kann sich die Zulässigkeit eines solchen Abzugs aus Gesetz, Vertrag oder Übung er- geben. Eine Verkehrssitte, wonach der Diskonto bei

vorzeitiger Erfüllung abgezogen werden

Seite 16/46 kann, wird allerdings nicht vermutet, weshalb der Schuldner zu beweisen hat, dass er zum Abzug eines Diskontos berechtigt ist (vgl. Schroeter, Basler Kommentar, 7. 2020, Art. 81 OR N 22; Gross, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, 2014, Art. 81 OR N 5 und 7; Wullschle-ger, in: Atamer/Furrer [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. A. 2023, Art. 81 OR N 4 f.). 5.1.2 Vom Diskonto zu unterscheiden sind der Skonto und der Rabatt. Skonto und Rabatt beruhen immer auf einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner (bzw. einer entsprechenden Offerte des Gläubigers, welche der Schuldner stillschweigend bzw. konkludent durch Zahlung annimmt). Während der Rabatt einen generellen, unabhängig vom Zeitpunkt der Zahlung ge-währten Preisnachlass darstellt, wird als Skonto ein prozentualer Abzug vom Rechnungs- betrag bei Bezahlung innerhalb einer bestimmten Frist bezeichnet. Der in Aussicht gestellte Skonto-Abzug soll den Schuldner zur raschen Bezahlung veranlassen, um dadurch die Liqui- dität des Gläubigers zu erhöhen und dessen Kreditrisiko zu mindern. Dementsprechend ist der Skonto-Abzug an die aufschiebende Bedingung geknüpft, dass der Schuldner die Zahlung innerhalb der bestimmten Frist leistet. Der Skonto bezieht sich – im Unterschied zum Diskon- to – nicht auf Zahlungen vor, sondern auf Zahlungen nach der Fälligkeit einer Forderung. Gleich wie beim Diskonto hat der Schuldner auch beim Skonto und Rabatt zu beweisen, dass die Voraussetzungen für einen entsprechenden Abzug erfüllt sind; beim Skonto somit insbe- sondere auch die fristgerechte Zahlung und den Beginn des Fristenlaufs (vgl. act. 83 E. 2.1 und 4.4.1 f.; Schroeter, a.a.O., Art. 81 OR N 19; Gross, a.a.O., Art. 81 OR N 5; Wullschleger, a.a.O., Art. 81 OR N 7; Gauch, a.a.O., Nr. 1233 und 1239; BGE 118 II 63 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 4A_390/2011 vom 9. November 2011 E. 3.4). 5.2 Der Unternehmer kann den verspäteten Abzug "genehmigen" und auf den abgezogenen Betrag verzichten. Ein solcher Erlassvertrag gemäss Art. 115 OR kann auch stillschweigend oder konkludent zustande kommen, was allerdings den hinreichend klar zum Ausdruck ge- brachten Willen auf endgültigen Verzicht voraussetzt. Aus dem Verhalten des Gläubigers darf daher nur äusserst zurückhaltend auf ein stillschweigendes bzw. konkludentes Angebot zu einem (Teil-)Erlass geschlossen werden. Das blosses Schweigen des Gläubigers auf einen ungerechtfertigten Abzug genügt hierfür regelmässig nicht, verzichtet doch grundsätzlich nie- mand auf einen Anspruch, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Sodann begründet die mehr oder weniger lange Zeit, die der Gläubiger verstreichen lässt, bevor er seine Forderung geltend macht, für sich allein noch keinen Erlass, sondern stellt höchstens ein Indiz dar. Die Beweislast für den Forderungserlass liegt bei demjenigen, der sich darauf beruft (Art. 8 ZGB; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_472/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 5.2; Gauch, a.a.O., Nr. 1239; Bittel, Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht, 2020, N 47; Loacker, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 115 OR N 13 und 23). Vom stillschweigenden bzw. konkludenten Erlassverhalten aus Untätigbleiben ist die Frage der Verwirkung der Forderungen zufolge Rechtsmissbrauchs wegen verzögerter Geltend- machung zu unterscheiden (vgl. Loacker, a.a.O., Art. 115 OR N 14). Diesbezüglich ist als Grundsatz festzuhalten, dass das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts keinen Rechtsmissbrauch begründet, weil ein Gebot zügiger Rechtsausübung grundsätzlich nicht besteht. In der Regel liegt also kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Frist aus- genützt wird, da es nicht angeht, solche Fristen auf dem Umweg über Art. 2 ZGB generell zu

Seite 17/46 verkürzen. Innerhalb einer Verjährungsfrist darf daher eine Verwirkung des Anspruchs wegen verzögerter Rechtsausübung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Zum Zeit- ablauf müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen. Es müssen mit anderen Worten Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifizieren. Solche Umstände sind etwa anzunehmen, wenn aus dem Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden darf oder dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen sollen. Wer Rechtsmissbrauch behauptet, hat das Vorliegen der besonderen Umstände, die den Rechtsmissbrauch begründen, zu beweisen (vgl. Lehmann/Honsell, Basler Kommentar, 7. A. 2022, Art. 2 ZGB N 34 und 49, je m.w.H.; BGE 131 III 439 E. 5.1). 5.3 Die Vorinstanz hielt zusammengefasst fest, die Parteien hätten "immer wieder aufs Neue" Skonto-Vereinbarungen abgeschlossen, welche der Beklagten gestattet hätten, 2 % von der Rechnungssumme abzuziehen, wenn sie die jeweilige Rechnung innert 30 Tagen seit Zustel- lung bezahle. Da es sich bei den Rechnungen um fällige Forderungen gehandelt habe, liege kein Diskonto vor. Die Beklagte habe in den Jahren 2016-2020 Skonto-Beträge im Umfang von CHF 277'432.00 von den Zahlungen abgezogen. Aus den eingereichten Urkunden lasse sich jedoch nicht entnehmen, wann die Beklagte die jeweiligen Rechnungen zugestellt erhal- ten habe (oder wann das L. _____ die allenfalls die Fälligkeit auslösenden Vergütungen geleistet habe). Deshalb sei der Beginn des Fristenlaufs bis zuletzt unbewiesen geblieben. Da die Beklagte die Beweislast für die Rechtmässigkeit der Skonto-Abzüge und damit die Folgen der Beweislosigkeit trage, habe sie der Klägerin CHF 277'432.00 für zu viel abgezo- gene Skonto-Beträge zu bezahlen (vgl. act. 83 E. 4.4.3-4.4.7). Aus den eingereichten Unterlagen sei weiter ersichtlich, dass die Klägerin die Skonto-Abzüge nicht (nachträglich) genehmigt habe. So habe sie bereits mit E-Mail vom 17. November 2016 (act. 19/31) auf die Bezahlung der Rechnungsbeträge ohne die Gewährung eines Skonto- Abzugs bestanden und die Beklagte in der E-Mail vom 9. April 2018 (act. 1/20) erneut auf- gefordert, die offenen Skonto-Beträge vollständig zu begleichen. Hinzu komme, dass die Klägerin in jeder einzelnen Rechnung den Zusatz "Skonto zahlbar innert 30 Tagen" aufge- führt habe. Damit habe sie die Skonto-Abzüge gerade nicht nachträglich genehmigt, sondern "immer wieder aufs Neue" zum Ausdruck gebracht, dass sie den Skonto-Abzug an die Ein- haltung der 30-tägigen Frist knüpfte. Weiter sei zu berücksichtigen, dass aus dem Still- schweigen auf einen nicht berechtigten Skonto-Abzug nicht auf dessen Genehmigung geschlossen werden dürfe (vgl. act. 83 E. 4.4.1 a.E. und E. 4.4.4 S. 22). 5.4 Die Beklagte bringt demgegenüber vor, die Vorinstanz habe das Vorliegen eines Diskontos verneint, weil die Forderungen der Klägerin fällig gewesen seien, was nicht zutreffe. Vielmehr hätten die Parteien gemäss ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen einen Diskonto ver- einbart; die unrichtige Bezeichnung des Skontos auf den klägerischen Rechnungen sei gemäss Art. 18 Abs. 1 OR unbeachtlich. Ab dem 15. Dezember 2016 habe die Klägerin von sich aus einen eigenständigen und von der Zahlungsgeschwindigkeit unabhängigen Rech- nungsposten im Sinne eines Diskontos von den Rechnungen abgezogen (act. 19/215 und 19/218 [auf den Rechnungen als Skonto bezeichnet]). Selbst wenn nicht ein Diskonto, sondern ein Skonto vereinbart worden wäre, hätte die Vorinstanz aus diesem Grund zum

Seite 18/46 Schluss kommen müssen, dass es sich um einen "fristungebundenen Skonto-Abzug" gehan- delt habe. Die Vorinstanz habe der Beklagten – gestützt auf einen nicht [in der amtlichen Sammlung] veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts (Urteil

4A_390/2011 vom 9. November 2011) – die Beweislast für den Beginn des Fristenlaufs auferlegt. Dieser Entscheid des Bundesgerichts beruhe jedoch auf einem vollkommen anderen Sachverhalt, habe doch im dort zu behandelnden Fall – im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt – der Schuldner die Rechnung überhaupt nicht bezahlt, weil er gewisse Mehrleistungen bestritten habe. Da die Klägerin das Skontierungsrecht unbestrittenermassen anerkannt habe, sei rechtsgenüßlich nachgewiesen, dass die Voraussetzungen des Skonto-Abzugs grundsätzlich erfüllt seien. Aus der Behauptung, dass die Beklagte das Skontierungsrecht nicht richtig ausgeübt habe, leite die Klägerin Rechte ab, weshalb sie für diese rechtserzeugende Tatsache die Beweislast trage. Einen entsprechenden Beweis habe sie indessen nicht erbracht, weshalb als unbewiesen gelten müsse, dass die Beklagte das Skontierungsrecht "in einer unrichtigen Art und Weise" ausgeübt habe. Zudem gehe aus der Formulierung "Zahlung innerhalb 30 Tage 2 % Skonto" nicht hervor, ob die 30-tägige Frist ab Rechnungsstellung, ab Zustellung der Rechnung, ab Zulässigkeit der Rechnungsstellung oder ab Fälligkeit gelten solle. Entsprechende Tatsachenbehauptungen seien gar nicht erst vorgebracht, geschweige denn bewiesen worden. Insbesondere sei ohnehin nicht nachgewiesen worden, wann die Rechnungen überhaupt zugestellt worden seien. Auch habe die Klägerin nicht behauptet, dass die Frist [– wie dies von der Vorinstanz beim Verzugszins festgestellt worden sei –] spätestens am Tag der Zahlung durch die Beklagte zu laufen begonnen habe [vgl. hinten E. 6]). Die Klägerin habe die Folgen dieser mangelnden Tatsachenbehauptungen und der Beweislosigkeit zu tragen (act. 86 Rz 34 und 90-104).

5.5 Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat – mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_390/2011 vom 9. November 2011 E. 3.4 – die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen für einen entsprechenden Skonto-Abzug (inklusive der fristgerechten Zahlung und des Beginns des Fristenlaufs) zu Recht der Beklagten auferlegt, die sich auf einen solchen Abzug beruft (vgl. vorne E. 5.1.2; act. 92 Rz 51 und 116; Gauch, a.a.O., Nr. 1239; s. für das deutsche Recht auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. A. 2015, Rdn. 1686). Das Bundesgericht machte in der erwähnten Urteilserwägung generelle Ausführungen zur Beweislast, welche losgelöst vom zu beurteilenden Sachverhalt Geltung haben. Entgegen der Auffassung der Beklagten vermögen somit unterschiedliche Sachverhalte daran nichts zu ändern.

5.5.1 Bezüglich der Zahlungskonditionen wurde in den Rechnungen der Klägerin ganz am Schluss jeweils Folgendes festgehalten: "Zahlung innerhalb 30 Tage 2 % Skonto" (act. 83 E. 4.2.3; act. 19/46 ff.). Ab dem 2. Mai 2016 wurde zusätzlich der nach dem Skonto-Abzug zu bezahlende Rechnungsbetrag angegeben (act. 19/74 ff.), ehe ab dem 15. Dezember 2016 – unter Beibehaltung der erwähnten Zahlungskonditionen – der Skonto von 2 % von der Rechnungssumme direkt abgezogen wurde (act. 19/215 ff., mit Ausnahmen [act. 19/235, 19/237, 19/263]; act. 31 Rz 31). Somit vereinbarten die Parteien (spätestens mit den Rechnungsstellungen der Klägerin) einen Skonto-Abzug, sofern die jeweilige Rechnung von der Beklagten innert 30 Tagen

Seite 19/46 beglichen wird (Art. 6 OR; vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 1234a; Bittel, a.a.O., N 348). Dies ist zwischen den Parteien (zumindest mit Bezug auf den von der Beklagten eventualiter eingenommenen Standpunkt) denn auch unbestritten (act. 86 Rz 99). Dass der Skonto-Abzug ab dem 15. Dezember 2016 in den Rechnungen als eigener Rechnungsposten aufgeführt war, lässt – entgegen der Auffassung der Beklagten – nicht darauf schliessen, dass ein "fristungebundener Skonto-Abzug" vereinbart war. Wie die Vorinstanz diesbezüglich zutreffend erwog, spricht die Tatsache, dass der Skonto bei der Rechnungsstellung bereits von der Werklohnforderung abgezogen wurde, nicht für die

Vereinbarung eines (unabhängig vom Zeitpunkt der Zahlung) gewährten Rabatts (bzw. eines "fristungebundenen Skonto-Abzugs"), wenn – wie vorliegend – der Skonto-Abzug in der Abrechnung ausdrücklich von der Bezahlung der Rechnung "innert 30 Tagen" abhängig gemacht wurde (vgl. act. 83 E. 4.4.1 i.V.m. E. 4.4.4; BGE 118 II 63 E. 4b). 5.5.2 Selbst wenn die Parteien einen Diskonto-Abzug vereinbart hätten, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Auch ein vertraglich vereinbarter Diskonto-Abzug kann nämlich an Bedingungen geknüpft werden (vgl. vorne E. 5.1.2). Vorliegend wurde offenkundig vereinbart, dass – unabhängig von der Vereinbarung eines Skonto- oder Diskonto-Abzugs sowie der Fälligkeit der Forderungen – die Beklagte zum Abzug nur berechtigt ist, wenn sie die von der Klägerin gestellten Rechnungen innert 30 Tagen bezahlt ("Zahlung innerhalb 30 Tage 2 % Skonto"). Diese Vereinbarung gälte somit auch dann, wenn sich die Parteien auf eine "Pay-When- Paid"-Klausel geeinigt hätten und die Fälligkeit der Forderungen erst nach den entsprechenden Rechnungsstellungen (mit der Bezahlung der Beklagten durch das L. _____) eingetreten wäre. Ein Diskonto-Abzug nach der in den Rechnungen aufgeführten 30-tägigen Zahlungsfrist wäre somit auch in diesem Fall unberechtigt. 5.5.3 Die Vorinstanz ging im Weiteren davon aus, dass die für den Abzug massgebende Zahlungsfrist mit der Zustellung bzw. dem Zugang der jeweiligen Rechnung bei der Beklagten zu laufen begann (vgl. act. 83 E. 4.4.7; so auch die Beklagte in act. 31 Rz 42). Dies lässt sich ohne Weiteres vertreten, zumal damit zugunsten der Beklagten nicht auf das (frühere) Rechnungsdatum, sondern auf den effektiven (späteren) Zugang der Rechnungen abgestellt wird (vgl. Bittel, a.a.O., N 346 i.V.m. N 278, der bei einer schriftlichen Rechnung jedoch auf das Rechnungsdatum abstellen will; Vetter/Buff, Verzugszinsen bei "zahlbar innert 30 Tagen", SJZ 2019, 150 ff., 152; Gauch, a.a.O., Nr. 1234 und 1239). Die Beklagte hat das Zustellungs- bzw. Zugangsdatum der jeweiligen Rechnungen – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – nicht bewiesen (und im Übrigen auch nicht behauptet) und damit auch den Beginn und die Wahrung der Zahlungsfrist (und mithin die Rechtmässigkeit der vorgenommenen Abzüge) nicht nachgewiesen. Da die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit trägt, ist zu ihren Ungunsten anzunehmen, dass sie zu den Skonto-Abzügen nicht berechtigt war und die abgezogenen Beträge weiterhin geschuldet sind (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 1237 und 1239). Anzumerken bleibt, dass sich die Beklagte in der Berufung nicht (mehr) zum Beginn des Fristenlaufs äussert, weshalb sich hierzu weitere Ausführungen erübrigen (vgl. vorne E. 2.1). 5.6 Die Beklagte bringt sodann weitere Gründe vor, die nach ihrer Auffassung einer Nachforderung der von ihr abgezogenen Beträge entgegenstehen.

Seite 20/46 5.6.1 Sie macht zusammengefasst geltend, die Klägerin habe die (angeblich) ungerechtfertigten Abzüge bezüglich 167 Rechnungen mehr als 28 Monate lang (vom 2. Dezember 2015 bis zum 8. April 2018) gebilligt und genehmigt. Ein Teil der Lehre werte einen ungerechtfertigten Skonto-Abzug als Angebot, "die Skontoklausel [recte: die Frist für den Skonto-Abzug] durch einen impliziten Vorschlag zu verlängern und die Skontovereinbarung formlos in einen Rabatt zu ändern [recte: den Skonto-Abzug als Rabatt aufzufassen]". Bestreite der Unternehmer den Skonto-Abzug nicht oder "liefere" er objektive Anhaltspunkte dafür, dass er dieses Angebot annehme, werde die Skontoklausel wirksam geändert und der Skonto-Abzug gerechtfertigt (vgl. act. 86 Rz 106 mit Verweis auf Pichonnaz, Rabais, escompte et compte pro rata, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen [BR] 2007 S. 100 ff., 103 [Ziff. 15]). Der Hinweis auf den Rechnungen "Skonto zahlbar innert 30 Tagen" stehe – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – einer nachträglichen Änderung der Skonto-Vereinbarung und nachträglichen Genehmigung nicht

entgegen. Vorliegend habe die Klägerin einen angeblich ungerechtfertigten Skonto-Abzug der Beklagten über zwei Jahre hinweg nicht gerügt, was sich einzig dadurch erklären lasse, dass das Vorgehen der Beklagten vereinbarungsgemäss erfolgt sei oder zumindest einer von den Parteien konsensual gelebten Praxis entsprochen habe. Mit dem "Schweigen auf 167 Rechnungen" habe die Klägerin "immer wieder aufs Neue" zum Ausdruck gebracht, dass sie die entsprechenden Abzüge von den Rechnungen genehmige (vgl. act. 86 Rz 105-114). Ausserdem habe die Klägerin auf die abgezogenen Beträge verzichtet. Die Beklagte habe der Klägerin einen Antrag "zu einem Forderungsverzicht durch Skonto-Abzug nach Ablauf der Zahlungsfrist" unterbreitet und die Klägerin habe diesen Antrag "stillschweigend durch Untätigbleiben" angenommen. Die Beklagte habe das Untätigbleiben der Klägerin nach Treu und Glauben als Annahme verstehen dürfen. Zwar werde bei einem Forderungsverzicht der Gläubigerin eine gewisse Zurückhaltung geübt, wenn die Annahme des Angebots der Schuldnerin aus dem Untätigbleiben der Gläubigerin abgeleitet werden solle. Das Bundesgericht habe jedoch richtigerweise festgehalten, dass ein passives Verhalten der Gläubigerin während längerer Zeit als Akzept qualifiziert werden könne, wenn besondere Umstände hinzuträten. In die gleiche Richtung gehe die kantonale Rechtsprechung, wonach in der widerspruchslosen Entgegennahme eines verminderten Mietzinses während 21 Monaten ein Grenzfall gesehen werden könne. Die Praxis, den Skonto-Abzug auch nach Ablauf der Zahlungsfrist zuzulassen, sei vorliegend ununterbrochen während 28 Monaten befolgt worden. Gestützt auf diese besonderen Umstände müsse das passive Verhalten der Klägerin als Forderungsverzicht aufgefasst werden (vgl. act. 86 Rz 115-119). Im Weiteren habe die Vorinstanz nicht geprüft, ob die Skontonachforderung der Klägerin gestützt auf Art. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu erachten sei. Innerhalb der Verjährungsfrist dürfe zwar die Verwirkung eines Rechts nur mit Zurückhaltung angenommen werden, weshalb – neben dem Zeitablauf – weitere Umstände hinzutreten müssten, die das Zuwarten der Rechtsausübung als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifizieren würden. Nachdem die Klägerin während mindestens 28 Monaten widerspruchslos 167 Zahlungen mit einem Skonto-Abzug entgegengenommen habe, habe die Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass sie zu den Skonto-Abzügen berechtigt gewesen sei. Angesichts des Stillschweigens der Klägerin habe die Beklagte ihre Zahlungspraxis nicht ändern müssen (vgl. act. 86 Rz 120-123). 5.6.2 Auch diese Ausführungen der Beklagten erweisen sich als unbegründet.

Seite 21/46 5.6.2.1 Wie die Klägerin zu Recht einwendet (act. 92 Rz 119), dürfen die in der Berufung hinsichtlich der Genehmigung nachsubstanziierten Behauptungen der Beklagten nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. vorne E. 2.3.1). Ausserdem beruht die gesamte Argumentation der Beklagten darauf, dass die Klägerin während 28 Monaten den Skonto-Abzug auch bei einer Bezahlung nach Ablauf der Zahlungsfrist zugelassen habe. Dies trifft indessen nicht zu. Die Beklagte übergeht, dass – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – die Klägerin bereits am 17. November 2016 auf die Bezahlung der Rechnungsbeträge ohne die Gewährung eines Skonto-Abzugs bestand (vgl. act. 19 Rz 61 [Positionen 22, 35-37 und 39-59] i.V.m. act. 19/31; Betrag jeweils ohne Skonto). Mit dieser zutreffenden Begründung der Vorinstanz setzt sich die Beklagte nicht argumentativ auseinander, weshalb in diesem Punkt auf die Berufung nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 2.1). 5.6.2.2 Selbst wenn aber darauf eingetreten werden könnte, wäre die Begründung der Vorinstanz ohne Weiteres zu bestätigen. Der Klägerin kann nämlich nicht vorgeworfen werden, mit der Geltendmachung der ungerechtfertigten Skonto-Abzüge zu lange zugewartet zu haben. Vielmehr zeigt die E-Mail vom 17. November 2016, dass sie

zeitnah auf die vollständige Be- gleichung der Rechnungsbeträge bestand und einen Skonto-Abzug nach abgelaufener Frist nicht akzeptierte. Die Beklagte durfte mithin nicht von einer "Genehmigung" der verspäteten Skonto-Abzüge ausgehen. Ebenso wenig kann auf einen Verzicht der abgezogenen Skonto- Beträge geschlossen werden, zumal die Beklagte solches im vorinstanzlichen Verfahren gar nicht behauptet hat (vgl. act. 92 Rz 122). Dass die Skonto-Abrede – gestützt auf die Lehr- meinung von Pichonnaz – stillschweigend abgeändert worden sei, macht die Beklagte in der Berufung sodann nicht mehr geltend. Für eine solche Abänderung finden sich denn auch keine Anhaltspunkte. Deshalb ist nicht näher darauf einzugehen. Schliesslich ist das Verhal- ten der Klägerin auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB, sind doch keine Umstände ersichtlich, die als treuwidriges Zuwarten hinsichtlich der Geltendmachung der Forderungen qualifiziert werden könnten. Infolge der E-Mail vom 17. November 2016 durfte die Beklagte aus dem übrigen Stillschweigen der Klägerin nicht auf einen entspre- chenden Verzicht der Forderungen schliessen. 6. Zum Verzugszins erwog die Vorinstanz, dass es sich beim in einer Rechnung aufgeführten Vermerk "Saldo netto zu bezahlen innert 30 Tagen" nach der herrschenden Lehre um eine (befristete) Mahnung handle. Die Zahlungsfrist beginne ab der Zustellung der Rechnung zu laufen. Zwar habe die Klägerin den Zustellungsnachweis der einzelnen Rechnungen nicht er- bracht. Aus der Bezahlung der einzelnen Rechnungen sei jedoch zu folgern, dass diese der Beklagten spätestens am Tag der Vergütung zugegangen seien. Daher sei vorliegend das Vergütungsdatum mit dem Zustelldatum gleichzusetzen, weshalb die Beklagte 30 Tage nach der Zahlung hinsichtlich des unberechtigterweise abgezogenen Skonto-Betrags in Verzug geraten sei. Die Forderung von CHF 277'432.00 sei daher mit 5 % seit dem 30. April 2018 (mittlerer Verfall) zu verzinsen (Art. 102 OR; act. 83 E. 4.5.1-4.5.3). 6.1 Die Beklagte hält dem entgegen, die in Rechnung gestellten Forderungen seien nicht fällig gewesen, weshalb kein Verzug habe eintreten können, setze doch der Verzug gemäss Art. 102 Abs. 1 OR die Fälligkeit der Verbindlichkeit voraus. Ohnehin habe die Vorinstanz die Vermerke "zahlbar innert 30 Tagen" auf den Rechnungen zu Unrecht als befristete Mah- nungen aufgefasst, würden sich doch Zusatzerklärungen zum Skonto nicht auf den Verzug auswirken. Ausserdem sei die Vorinstanz bezüglich der Zustellungen von einem weder be-

Seite 22/46 haupteten noch bewiesenen Sachverhalt ausgegangen, womit sie den Verhandlungsgrund- satz verletzt habe (vgl. act. 86 Rz 124-135). 6.2 Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner gemäss Art. 102 OR durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Abs. 1). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag ver- abredet, oder ergibt ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Abs. 2). Zusatzerklärungen des Rechnungsstellers, wonach dem Schuldner ein Skonto gewährt wird, wirken sich allerdings nicht auf den Schuldnerverzug aus, da der Skonto den Umfang der Forderung und nicht den Moment betrifft, bis zu dem der Schuldner leisten muss. Zwar ent- halten Skontoklauseln eine Zeitangabe (z.B. "2% Skonto bei Zahlung innert zehn Tagen"), doch legt der Gläubiger damit gerade nicht fest, bis wann er die Leistung begehrt, sondern offeriert dem Schuldner eine Ermässigung, falls ihn die Zahlung bis dann erreicht. Nach der überzeugenden Auffassung von Bittel kann nur dann eine befristete Mahnung vorliegen, wenn die Skontoklausel mit einer Zahlungsfrist oder einem Zahlungstermin kombiniert wird (z.B. "2% Skonto bei Zahlung innert zehn Tagen, rein netto innert 30 Tagen"; vgl. Bittel, a.a.O., N 350 f.). 6.3 Wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 86 Rz 128), betrifft der in den Rechnungen aufge- führte Vermerk "Zahlung

innerhalb 30 Tage 2 % Skonto" nur den möglichen Skonto-Abzug, weshalb dieser Vermerk auf den Rechnungen keinen Einfluss auf den Verzug haben kann (vgl. vorne E. 6.2). Als Mahnung gilt allerdings der Zugang eines Schlichtungsgesuchs oder einer Klage bei der Gegenpartei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_78/2023, 4A_80/2023 vom 12. Juli 2023 E. 3; 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5; Lüchinger/Wiegand, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 102 OR N 9). Der Zugang des Schlichtungsgesuchs bei der Beklagten ist nicht erstellt, doch ist gerichtsnotorisch, dass die Klage der Beklagten am 17. Februar 2021 zugegangen ist (act. 4 und 6; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_78/2023, 4A_80/2023 vom 12. Juli 2023 E. 3.1.4). Damit geriet die Beklagte in Verzug, weshalb sie seit diesem Tag einen Verzugszins schuldet (Urteil des Bundesgerichts 4C.426/2006 vom 18. Juni 2007 E. 2.7 m.w.H.; vgl. auch Weber/Emmenegger, Berner Kommentar, 2. A. 2020, unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5). Demnach ist die Berufung in diesem Punkt gutzuheissen und die Beklagte in Abänderung des angefochtenen Urteils zu verpflichten, auf dem Betrag von CHF 277'432.00 einen Verzugszins von 5 % seit dem 17. Februar 2021 [statt dem 30. April 2018] zu bezahlen (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR). 7. Nach wie vor strittig sind sodann drei Rechnungen der Klägerin für Werkarbeiten im Umfang von CHF 243'127.75 und eine weitere Rechnung für Material im Umfang von CHF 15'789.70.

E. 7

März 2018 E. 6, nicht publiziert in: BGE 144 III 88).

E. 7.1

In diesem Zusammenhang erwog die Vorinstanz zusammengefasst was folgt:

E. 7.1.1

Bezüglich der Vertragsqualifikation, der Vereinbarung separater "Teil-Werkverträge" sowie der Fälligkeit der Werklöhne könne auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. act. 83 E. 5.4 i.V.m. E. 4.1-4.3). Demnach seien die Vergütungen mit der Vollendung der jeweiligen "Teil-Werke" fällig geworden und deren Vollendung der Beklagten jeweils spätestens mit der entsprechenden Rechnungsstellung angezeigt worden (act. 83 E. 5.4).

Seite 23/46

E. 7.1.2

Die drei für Werkarbeiten gestellten Rechnungen vom 29. Januar, 6. März und 31. März 2020 mit Beträgen von CHF 160'777.35, CHF 51'596.50 und CHF 30'753.90 (= CHF 243'127.75; act. 19/646, 19/666 und 19/671) gäben darüber Aufschluss, wo die Klägerin gearbeitet habe und welchen Werklohn sie hierfür fordere (vgl. die Spalten "Position", "Bezeichnung", "Men- ge", "Einzelpreis" sowie "Netto"). Zudem fänden sich neben den jeweiligen Rechnungen die dazugehörigen Abnahmeprotokolle, worin die Beklagte jeweils bestätigt habe, das Ausmass der geleisteten Werkarbeiten an den bezeichneten Adressen kontrolliert zu haben. S. _____ habe in der Zeugenbefragung ausgeführt, mit dem Kürzel "Ausmass kontrolliert" habe er auf den Abnahmeprotokollen bestätigt, dass die Subunternehmer die Leistungen korrekt erbracht hätten und diese zur "Verrechnung" freigegeben worden seien. G. _____ habe ausgesagt, die Klägerin habe für jede Arbeit ein unterzeichnetes Ausmass von S. _____ erhalten, womit dieser bestätigt habe, dass alle Arbeiten kontrolliert worden seien und die Leistungen nun in Rechnung gestellt

werden könnten. Auch J._____ habe bestätigt, dass die Beklagte dem L._____ Rechnung habe stellen können, nachdem S._____ das Ausmass kontrolliert habe. Sowohl aus den Unterschriften der Beklagten auf den einzelnen Arbeitsprotokollen als auch aus den Zeugen- und Parteiaussagen sei somit darauf zu schliessen, dass die Werkarbeiten von der Klägerin spätestens vollendet worden seien, sobald das Kürzel "Ausmass kontrolliert" auf den Protokollen angebracht worden sei. Dieses Verständnis teile im Übrigen auch der Zeuge P._____, nach dessen Aussage die Kontrolle des Ausmasses die Fälligkeit des Werklohns ausgelöst habe. Aus diesem Grund habe die Klägerin grundsätzlich Anspruch auf die Vergütung der in Rechnung gestellten Werklöhne. Da allerdings zwei Positionen in den Rechnungen vom 29. Januar und 31. März 2020 nicht näher belegt seien, schulde die Beklagte der Klägerin lediglich Werklöhne im Betrag von insgesamt CHF 238'268.00 (vgl. act. 83 E. 5.5.1-5.5.5).

E. 7.1.3

Hinsichtlich der Rechnung vom 9. Juni 2020 für Material betreffend "Zelle 071" über einen Betrag von CHF 15'789.70 (inkl. 7,7 % MWST; act. 19/682) halte die Beklagte in der E-Mail vom 23. Juni 2020 fest, sie komme auf eine "Zwischensumme von CHF 14'960.00" (act. 19/683). Damit habe die Beklagte – im Sinne einer Schuldanerkennung [bzw. eines Schuldbekenntnisses] gemäss Art. 17 OR – anerkannt, der Klägerin den Betrag von CHF 14'960.00 zu schulden. Aus den eingereichten Urkunden gehe zudem hervor, dass die Klägerin an der "Zelle 071" gearbeitet und hierfür von der Beklagten am 8. August 2018 eine erste Zahlung für die erbrachten Werkarbeiten im Umfang von CHF 69'094.63 erhalten habe (act. 19/477-479). Die Schuldanerkennung "stehe im Einklang mit den dispositiven Bestimmungen des Werkvertragsrechts, dass der Besteller (d.h. die Beklagte) für den Werkstoff aufzukommen habe" (Art. 365 OR). Der Einwand der Beklagten, wonach sie die genannte Summe nicht anerkannt habe, weil der E-Mail die Bemerkung, "die unterschiedliche Verteilung bei 3 L._____-Schadensrechnungen werde ich bis Morgen prüfen", angefügt gewesen sei (act. 31 Rz 406; act. 51 Ziff. 144 f.), überzeuge nicht. Dieser Zusatz habe sich auf die zwischen den Parteien geführten Vergleichsgespräche betreffend Differenzen bei der Schadensberechnung (hinsichtlich "nicht erfolgreicher Inbetriebnahmen"; vgl. hinten E. 12) und nicht auf die Materialrechnung bezogen, was sich aus der vorgelagerten E-Mail vom 23. Juni 2020 ergebe (act. 19/683 [das dort erwähnte "Verschulden A._____ und Verschulden ausserhalb Gebäude" betrifft nicht die Materialrechnungen, sondern die "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen"; vgl. act. 32/2]). Da die Klägerin "lediglich" eine Zwischensumme von CHF 14'660.80 fordere, sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin diese Summe zuzüglich 7,7 % MWST im Gesamtbetrag von CHF 15'789.70 (= CHF 14'660.80 + 7,7 % [CHF 1'128.88]) zu bezahlen (vgl. act. 83 E. 5.5.6).

Seite 24/46

E. 7.1.4

Die Klägerin habe die Beklagte für die fälligen Forderungen mit Schreiben vom 11. August 2020 unter Ansetzung einer Zahlungsfrist bis zum 17. August 2020 gemahnt (act. 19/646a). Es sei anzunehmen, dass der Beklagten diese Mahnung am 12. August 2020 zugegangen und sie demnach nach Ablauf der Mahnfrist [bzw. Zahlungsfrist], d.h. am 18. August 2020, in Verzug geraten sei. Folglich schulde die Beklagte der Klägerin einen Verzugszins von 5 % auf den Forderungen von CHF 238'268.00 und CHF 15'789.70 seit dem 18. August 2020

(vgl. act. 83 E. 5.6).

E. 7.2

Hinsichtlich der drei Rechnungen für Werkarbeiten wendet die Beklagte erneut ein, es seien nicht "Teil-Werkverträge", sondern ein Werkvertrag über das gesamte L._____ -Projekt abgeschlossen worden. Das Stellen einer Rechnung über eine Teilleistung begründe demnach nicht die Fälligkeit der Teilvergütung, zumal diese ohnehin erst mit der Bezahlung durch das L._____ fällig werde ("Pay-When-Paid"-Klausel). Ausserdem folge aus der Bestätigung eines Ausmasses weder die Fälligkeit einer Forderung oder eine Beweislastumkehr noch stelle die Bestätigung eine Schuldanerkennung dar. Vielmehr handle es sich dabei um eine Wissensäusserung der Parteien über den Umfang der ausgeführten Leistungen, welche als Grundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung diene. Die Klägerin habe weder vorgebracht noch Beweise dazu offeriert, weshalb ein bestätigtes Ausmass eine Abnahme darstellen solle. Neben der unrichtigen Subsumtion der Vorinstanz, wonach ein bestätigtes Ausmass die Fälligkeit einer Forderung begründe, habe die Vorinstanz auch die Aussagen der einvernommenen Personen unzutreffend gewürdigt. Entgegen ihrer Auffassung hätten die Aussagen nicht die "Kontrolle eines Ausmasses" bestätigt, sondern gezeigt, dass die Forderungen eben gerade nicht fällig geworden seien. Der Vermerk "Ausmass kontrolliert" habe demnach nicht die Fälligkeit der Forderungen zur Folge gehabt, womit die Werklohnforderungen – mangels Fälligkeit – nicht geschuldet seien. Selbst wenn die Forderungen fällig und geschuldet wären, hätte die Vorinstanz richtigerweise den (Di-)Skonto von 2 % abziehen müssen, was sie jedoch nicht getan habe (vgl. act. 86 Rz 84 f. und 136-159).

E. 7.3

Diesen Einwendungen kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.

E. 7.3.1

Richtet sich die Werkausführung nach Einheitspreisen, wird im Werkvertrag ein Einheitspreis pro Masseinheit vereinbart. Die massgebliche Menge wird – je nach dem Inhalt des Vertrags – entweder nach dem tatsächlichen Ausmass (durch Messen, Wägen oder Zählen) oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (gemäss den in den Ausführungsplänen eingetragenen Massen [d.h. unabhängig von der tatsächlichen Leistungsmenge]) ermittelt. Die Beweislast für die Menge der zu einem Einheitspreis geleisteten Masseinheiten (von z.B. Metern, Kilos, Stückzahl usw.) liegt beim Unternehmer, der die nach dem vereinbarten Einheitspreis berechnete Vergütung verlangt. Kommt es – wie vorliegend – mangels anderer Abrede auf das tatsächliche Ausmass an, so sind die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt festzustellen. Unternehmer und Besteller (oder deren Vertreter) pflegen das betreffende Ausmass – entweder fortlaufend nach Arbeitsschritten oder am Ende – gemeinsam zu ermitteln und das jeweils gemeinsam ermittelte Ausmass in einer Urkunde gegenseitig anzuerkennen. Die gegenseitige Anerkennung des Ausmasses ist eine übereinstimmende Vorstellungserklärung (Wissenserklärung) der Parteien über den Umfang der tatsächlich ausgeführten Leistungen. Sie enthält insbesondere keine Schuldanerkennung des Bestellers, da sie nur das ermittelte Ausmass und damit eine Tatsachengrundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung – nicht aber die Vergütungsschuld selbst – zum Gegenstand hat. Auch

Seite 25/46 hat sie keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Vergütung. Von erheblicher Bedeutung ist die gegenseitige Anerkennung jedoch für den späteren Nachweis der tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten. Zwar hat sie keine Umkehr der Beweislast zur Folge, doch begründet sie eine tatsächliche (natürliche) Vermutung für die Richtigkeit des in der gemeinsamen Urkunde anerkannten Ausmasses (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 915-917, 920 f., 924-927 und 1159, je m.w.H.; Zindel/Schott, a.a.O., Art. 373 OR N 7 und 38; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150248 vom 26. Juni 2018 E. 4.1.2).

E. 7.3.2

Nach dem Gesagten ist der Beklagten zwar insoweit zuzustimmen, als die Kontrolle bzw. Anerkennung des Ausmasses als solche grundsätzlich keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Forderungen hat. Damit ist der Beklagten allerdings nicht geholfen. Sie verkennt nämlich, dass die Vorinstanz mit dem kontrollierten Ausmass nicht direkt auf die Fälligkeit der Forderungen schloss, sondern die Werkarbeiten dadurch als vollendet [und der Beklagten abgeliefert] betrachtete, was die Fälligkeit der Forderungen zur Folge hatte (vgl. vorne E. 3.1 f.). Dem kann ohne Weiteres zugestimmt werden. Ausserdem verkennt die Beklagte, dass die Vorinstanz einleitend auf ihre bereits gemachten Ausführungen, wonach die Fälligkeit der Werklöhne spätestens mit der Übermittlung der einzelnen Rechnungen eingetreten sei, verwiesen hat (vgl. vorne E. 7.1.1 i.V.m. E. 4.4; act. 83 E. 5.4 i.V.m. E. 4.3.3 a.E.). Damit setzt sich die Beklagte im vorliegenden Zusammenhang nicht auseinander, weshalb in diesem Punkt auf die Berufung nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 2.1). Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre die vorinstanzliche Begründung ohne Weiteres zu bestätigen (vgl. dazu vorne E. 4.3 f.).

E. 7.3.3

Ergänzend bleibt festzuhalten, dass die Werklohnforderungen auch fällig wären, wenn die Parteien eine "Pay-When-Paid"-Klausel vereinbart hätten. Ist nämlich erstellt, dass die Parteien Teillieferungen und -vergütungen abgemacht haben und damit nach Art. 372 Abs. 2 OR die Fälligkeit der jeweiligen Vergütung bei der entsprechenden Teilablieferung eintritt (vgl. vorne E. 4.3 f.), obliegt es demjenigen, der sich auf eine hiervon abweichende Fälligkeit beruft, diese anderweitige Fälligkeitsabrede zu behaupten und zu beweisen (vgl. vorne E. 3.3). Hierzu gehört bei einer "Pay-When-Paid"-Klausel auch die substantiierte Darlegung, dass die Erst-Bestellerin (d.h. das L. _____) die Hauptunternehmerin (d.h. die Beklagte) "bezogen auf genau die von der Klägerin erbrachten Leistungen" nicht bezahlt hat (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 1166; Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 1413 f.; Urteil des Oberlandesgerichts München 9 U 1953/10 vom 25. Januar 2011 E. III.1.c). Solches hat die Beklagte weder behauptet noch bewiesen, weshalb eine von Art. 372 Abs. 2 OR abweichende Fälligkeit nicht erstellt ist (vgl. zur diesbezüglich zutreffenden Erwägung der Vorinstanz vorne E. 5.3). Auch kann ein entsprechender "(Di-)Skonto-Abzug" nach Ablauf der Zahlungsfrist nicht mehr gewährt werden (vgl. vorne E. 5.3.1-5.3.3).

E. 7.4

Im Zusammenhang mit der Rechnung vom 9. Juni 2020 für Material wendet die Beklagte ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass Art. 365 OR eine dispositive Bestimmung enthalte, wonach der Besteller für den Werkstoff aufzukommen habe. Es bestehe auch keine Vermutung, dass der Besteller den Werkstoff zu liefern habe, wenn die Parteien diesbezüglich keine Vereinbarung getroffen hätten. Welche Partei den Werkstoff zu liefern habe, sei mittels Vertragsauslegung zu ermitteln, weshalb die Klägerin zu

beweisen habe, dass die Beklagte vereinbarungsgemäss für den Werkstoff aufzukommen habe. Sodann

Seite 26/46 habe die Beklagte – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht eine Zwischensumme von CHF 14'960.00 anerkannt. Die Vorinstanz habe gestützt auf dieselbe E-Mail-Korrespondenz die Äusserungen der Beklagten als Schuldanerkennung und die Äusserungen der Klägerin als unverbindliche Aussagen im Rahmen von Vergleichsgesprächen qualifiziert [vgl. hinten E. 12]. Die Äusserungen der Beklagten seien jedoch ebenfalls im Rahmen der Vergleichsgespräche erfolgt. Die Vorinstanz versuche die Verhandlungen der Parteien "überformalistisch" in zwei voneinander unabhängige "Stränge" aufzuteilen und die Aussagen der Beklagten "herauszulösen", um ihnen den Charakter einer Schuldanerkennung gemäss Art. 17 OR zuzuerkennen. Anstatt die Aussagen der Parteien in den Gesamtkontext der Vergleichsverhandlungen einzubetten, prüfe sie den Sachverhalt begriffsjuristisch unter Abstützung auf einzelne Wörter. Damit habe sie rechtserhebliche Tatsachen unzutreffend festgestellt und einseitig zu Lasten der Beklagten gewürdigt (vgl. act. 86 Rz 160-166).

E. 7.5

Auch diese Einwendungen vermögen nicht zu überzeugen.

E. 7.5.1

Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass gemäss herrschender Lehre der Besteller – mangels anderer Abreden bzw. Auslegungsregeln – zur Beschaffung und Bezahlung des Werkstoffs verpflichtet ist (vgl. act. 83 E. 5.2.1). Gemäss Art. 365 OR haftet der Unternehmer, soweit er die Lieferung des [Werk-]Stoffs übernommen hat, dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer (Abs. 1). Den vom Besteller gelieferten [Werk-]Stoff hat der Unternehmer mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben (Abs. 2). Nach Art. 364 Abs. 3 OR hat der Unternehmer in Ermangelung anderweitiger Verabredung oder Übung für die zur Ausführung des Werks nötigen Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften auf seine Kosten zu sorgen. Aus dem Vergleich der Formulierungen von Abs. 1 und 2 des Art. 365 OR (sowie e contrario aus Art. 364 Abs. 3 OR) kann ohne Weiteres auf die "Gesetzesregel" geschlossen werden, dass – vorbehältlich einer anderen Vereinbarung – der Besteller den Werkstoff zu liefern und zu bezahlen hat (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 74-76 und 606; Zindel/Schott, a.a.O., Art. 365 OR N 1-3 m.w.H.; Koller, Berner Kommentar, 1998, Art. 365 OR N 27 m.w.H.; Peer, Berner Kommentar, 2024, Art. 365 OR N 9). Die Vorinstanz hat mithin zu Recht auf diese "Gesetzesregel" abgestellt.

E. 7.5.2

Hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR behauptet die Beklagte zwar, dass ihre Äusserungen [zur "Materialrechnung"] ebenfalls im Rahmen der Vergleichsgespräche erfolgt seien. Sie versäumt es aber, sich mit der anders lautenden Begründung der Vorinstanz argumentativ auseinanderzusetzen. Sie bringt lediglich vor, die Vorinstanz habe die "Verhandlungen der Parteien in zwei voneinander unabhängige Stränge" aufgeteilt. Auf die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung zwischen der "Materialrechnung" und der "Schadensberechnung (hinsichtlich nicht erfolgreicher Inbetriebnahmen)" und der vorgelagerten E-Mail vom 23. Juni 2020 (vgl. vorne E. 7.1.3) geht sie hingegen nicht näher ein. Folglich ist in diesem

Punkt auf die Berufung mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten (vgl. vorne E. 2.1).

E. 7.5.3

Selbst wenn im Übrigen darauf einzutreten wäre, könnte ohne Weiteres auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. vorne E. 1; s. auch act. 86 Rz 187). Die Schuldanerkennung (bzw. das Schuldbekenntnis) gemäss Art. 17 OR bewirkt eine Umkehr der Beweislast. Nachdem die Beklagte den Nichtbestand der Forderung aus der "Material-Seite 27/46 rechnung" nicht zu beweisen vermochte, sprach die Vorinstanz der Klägerin den entspre- chenden Betrag zu Recht zu (vgl. BGE 131 III 268 E. 3.2 [= Pra 2006 Nr. 19]; Urteil des Bundesgerichts 4A_8/2020 vom 9. April 2020 E. 4.7.3; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110122 vom 12. Juli 2013 E. 4.1.3).

E. 7.6

Schliesslich macht die Beklagte geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Beklagte hinsichtlich der Forderungen gemahnt worden sei. Die Klägerin habe weder in der Klage noch in der Replik behauptet, dass die Mahnung der Beklagten am 12. August 2020 zugegangen und die Beklagte ab dem 18. August 2020 in Verzug geraten sei (act. 86 Rz 167-171). Dieser Einwand ist berechtigt. Die Klägerin führte in der Klage zwar aus, dass sie die Beklagte gemahnt habe (act. 1 Rz 21 i.V.m. act. 1/26). Nachdem die Beklagte in der Klageantwort den Erhalt der Mahnung bestritten hatte (act. 11 Rz 33 und 36), unterliess sie es jedoch, den Zu- gang der Mahnung bei der Beklagten in der Replik zu behaupten und beweisen (act. 19 Rz 352 und 416). Wie die Beklagte zutreffend anmerkt (act. 86 Rz 170), greift bei "gewöhnlicher A- und B-Post" keine Zugangsvermutung. Vielmehr bleibt bei einer Zustellung mit "gewöhnlicher Post" der Absender vollumfänglich beweispflichtig für die erfolgreiche Zustellung und das Datum des Zugangs beim Empfänger (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_627/2022 vom 1. November 2023 E. 4.4.3). Dasselbe hat für den Eingang einer E-Mail beim Empfänger zu gelten (vgl. BGE 145 V 90 E. 6.2.2 und 6.3 [= Pra 2019 Nr. 93]). Der Zugang der Mahnung bei der Beklagten ist mithin nicht belegt. Mangels Zugangsnach- weises kann daher der Klägerin auf den Forderungen kein Verzugszins ab dem 18. August 2020 zugesprochen werden. Hingegen ist gerichtsnotoisch, dass die Klage der Beklagten am 17. Februar 2021 der Beklagten zugegangen ist, weshalb sie seit diesem Tag einen Ver- zugszins von 5 % auf dem Betrag von CHF 254'057.70 schuldet. Demnach ist die Berufung auch in diesem Punkt gutzuheissen und der angefochtene Entscheid entsprechend zu än- dern (vgl. vorne E. 6.3). 8. Für den Fall, dass die Klage ganz oder teilweise gutgeheissen wird, will die Beklagte Forde- rungen von insgesamt CHF 212'081.70 zur Verrechnung bringen. Diese Forderungen würden sich aus Kosten für die Nachbesserung von mangelhaften Werkarbeiten der Klägerin und von dieser nicht beglichenen Materialrechnungen zusammensetzen. Davon habe die Klägerin Forderungen im Umfang von CHF 111'655.44 [oder CHF 111'625.44; recte: CHF 111'988.24; act. 31 Rz 414 und 459; act. 92 Rz 153; act. 31/2] mit der Forderungszusammenstellung vom 23. Juni 2020 anerkannt (act. 31/2; vgl. hinten E. 9.6). Die Klägerin bestreitet sowohl den Be- stand der Forderungen wie auch deren (teilweise) Anerkennung. Die Vorinstanz verwarf die Eventualverrechnungseinrede der Beklagten und hielt einleitend fest, die Beklagte habe zum Nachweis der Verrechnungsforderungen 23 an die Klägerin adressierte Rechnungen mit Datum zwischen dem 7. Juli [recte: Juni] 2018 und dem 16. April [recte: März] 2021 eingereicht (vgl. act. 11 Rz 45; act. 11/8-30). Jeder

dieser Rechnungen könne wiederum eine Rechnung zugeordnet werden, welche die Beklagte zuvor von der T._____ AG, der U._____ AG, der V._____ AG [sowie der W._____ AG] oder vom L._____ erhalten und bezahlt habe (vgl. act. 31 Rz 430 ff.; act. 31/8-34). Dabei sei zwischen den "nicht erfolgreichen [...] Inbetriebnahmen" (act. 31/18-21, 31/24 f., 31/27,

Seite 28/46 31/29, 31/31 f. und 31/34; vgl. hinten E. 9.), den unbeglichenen Materialrechnungen (act. 31/8-17, 31/22 f. und 31/26), dem verlorenen Material (act. 31/28), den zu viel verrechneten "M._____ -Installationen" (act. 31/30; vgl. hinten E. 10) und der "Mängelbehebung X._____" (act. 31/33; vgl. hinten E. 11) zu unterscheiden (vgl. act. 83 E. 6.5 f.).

E. 9

Hinsichtlich der "nicht erfolgreichen [...] Inbetriebnahmen" [act. 11/14-18, 11/20 f., 11/23, 11/25, 11/27 f. und 11/30; act. 31/18-21, 31/24 f., 31/27, 31/29, 31/31 f. und 31/34] ist zwischen den Parteien unbestritten, dass jeweils das L._____ der Beklagten festgestellte Mängel mit sog. Mängellisten (nachfolgend: L._____ -Mängelliste[n]) meldete. Daraufhin stellte die Beklagte die L._____ -Mängellisten den für sie tätigen Subunternehmern (d.h. auch der Klägerin) zu, die sich zu den aufgeführten Mängeln äussern und insbesondere erklären konnten, ob sie diese bestreiten oder als von ihnen verursacht anerkennen. Strittig ist hingegen, ob die Parteien eine vom (dispositiven) Nachbesserungsrecht gemäss Art. 368 Abs. 2 OR abweichende Vereinbarung getroffen haben: Während die Klägerin das gesetzliche Nachbesserungsrecht für anwendbar hält, behauptet die Beklagte, die Parteien hätten vereinbart, dass mit der Behebung der Mängel "spezialisierte Drittpartner" beauftragt würden und die hieraus entstandenen Kosten von der Verursacherin (d.h. unter anderem von der Klägerin) zu tragen seien (vgl. act. 83 E. 6.3.1 und 6.4.1). Hinsichtlich dieser Vereinbarung ist die Beklagte beweisbelastet (vgl. act. 83 E. 2.3 mit Verweis auf Zindel/Schott, a.a.O., Art. 368 OR N 82 und Lardelli/Vetter, a.a.O., Art. 8 ZGB N 35; s. auch Gauch, a.a.O., Nr. 2463, sowie Schwery, Berner Kommentar, 2024, Art. 368 OR N 590 und 594). Die Frage, ob die Parteien eine derartige Vereinbarung getroffen haben, kann vorliegend allerdings offenbleiben, und zwar aus folgenden Gründen:

E. 9.1

Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrag minder erheblich, so kann der Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 OR einen dem Minderwert des Werks entsprechenden Abzug am Lohn machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werks und bei Verschulden Schadenersatz verlangen. Bestünde im vorliegenden Fall das werkvertragliche Nachbesserungsrecht gemäss Art. 368 Abs. 2 OR, hätte die Beklagte – nebst dem möglichen (von ihr nicht geltend gemachten) Abzug vom Lohn – der Klägerin auf deren Kosten die Möglichkeit zur Nachbesserung geben können (und hätte sie nötigenfalls in Schuldnerverzug setzen oder für die Vornahme der Leistung auf Kosten der Klägerin eine richterliche Ermächtigung nach Art. 98 Abs. 1 OR einholen müssen; vgl. hierzu act. 83 E. 6.2 mit Verweis auf Zindel/Schott, a.a.O., Art. 368 OR N 59; s. auch Schwery, a.a.O., Art. 368 OR N 304, 371, 386 ff. und 445 ff.). Dies hat die Beklagte offensichtlich nicht getan, womit es an einer Grundlage für die Rückforderung der geltend gemachten Nachbesserungskosten von Drittunternehmen fehlt. Abgesehen davon ist auch nicht

nachgewiesen, dass die Mängel bereits im Zeitpunkt der Ablieferung bestanden hatten und von der Beklagten rechtzeitig und gehörig gerügt wurden (vgl. Art. 367 Abs. 1 OR; act. 76 Rz 125 ff. und 170 ff.).

E. 9.2

Im Weiteren kam die Vorinstanz zu folgenden Schlüssen:

E. 9.2.1

Weder aus den Rechnungen noch aus den L. _____-Mängellisten gehe hervor, ob die Klägerin die in den Rechnungen aufgeführten Beträge bzw. die Mängel tatsächlich anerkannt und/oder wer diese Mängel verursacht habe. Auch aus einem allfällig vereinbarten "Nachbesserungsverzicht" könne nicht darauf geschlossen werden, dass die Klägerin sämtliche ihr

Seite 29/46 in Rechnung gestellten Beträge verursacht und/oder konkret oder pauschal anerkannt habe. Aus den L. _____-Mängellisten gehe zwar hervor, welche Mängel an welcher Adresse entstanden seien. Jedoch habe letztlich das L. _____ alleine entschieden, ob und worüber es Rechnung stellen werde (act. 46 Ziff. 36). Dabei sei ohne weitere Ausführungen nicht nachvollziehbar, weshalb das L. _____ gewisse Bemerkungen [der Klägerin] zu den fraglichen Mängeln anerkannt und andere Mängelpositionen trotz eines Kommentars [der Klägerin] in Rechnung gestellt habe. So gehe aus der Spalte "Bemerkungen" hervor, dass die Klägerin verschiedene Mängel nicht anerkannt habe, indem sie bei diesen etwa "Messung vorhanden" oder "Fehler behoben" vermerkt und das L. _____ dann dennoch auf "Verrechnung" entschieden habe (vgl. als Beispiel die Liste "Juli und August 2018" in act. 64/1: In Zeile 3 der Spalte "Bemerkungen" habe die Klägerin festgehalten, dass bereits letztes Mal eine Störung bestanden habe und diese von ihr behoben worden sei, woraufhin das L. _____ [in der Spalte "Schlusskommentar"] entgegnet habe, dieser Folgefehler sei zu "verrechnen"; s. auch die Liste "September und Oktober 2018" in act. 64/1: In Zeile 10 der Spalte "Bemerkungen" habe die Klägerin festgehalten, dass die Muffe nicht von ihr gemacht worden sei, woraufhin das L. _____ dennoch auf "Verrechnung" entschieden habe). Daraus könne jedenfalls keine pauschale Anerkennung der Klägerin bezüglich der entstandenen Mängel hergeleitet werden. Zudem gehe aus den Mängellisten nicht hervor, welcher Subunternehmer für die einzelnen "Installationsangaben mit Störungsmeldungen" zuständig gewesen sei (vgl. die Aussage von O. _____ in act. 46 Ziff. 65). Hinzu komme, dass die einzelnen in Rechnung gestellten Beträge nicht überprüft werden könnten, weil die Mängellisten lediglich Gesamtbeträge aufführen würden (vgl. etwa als Beispiel die Liste "Juli und August 2018" in act. 64/1: Unter der Spalte "Status" sei einzig der Gesamtbetrag von CHF 4'041.70 festgehalten worden und es sei nicht zu erkennen, wie sich dieser Betrag zusammensetze; in diesem Sinne auch die Klägerin in act. 51 Ziff. 40 f.). Deshalb könne auch keine Berechnung hinsichtlich derjenigen Positionen vorgenommen werden, welche von der Klägerin in den Mängellisten nicht kommentiert worden seien (vgl. act. 83 E. 6.5.1).

E. 9.2.2

Den Befragungen lasse sich ferner entnehmen, dass die Beklagte der Klägerin auch Rechnungen für die Behebung von Mängeln zugesandt habe, die von anderen Subunternehmern verursacht worden seien (vgl. etwa act. 51 Ziff. 40 f., 45, 137 und 141; act. 31 Rz 427). Die Beklagte habe die zu hohen Rechnungen denn auch nachträglich in einer Liste angepasst.

Sie habe jedoch nicht mehr wiedergeben können, welcher Forderungsbetrag ihr nach Bereinigung der Korrekturen tatsächlich zustehen würde (act. 51 Ziff. 138 und 142). Die genannte, von der Beklagten angepasste Liste liege nicht im Recht (act. 51 Ziff. 134). Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Zeuge P. _____ ebenfalls die Auffassung vertreten habe, dass der Klägerin Rechnungen für Nachbesserungen [von Mängeln] zugestellt worden seien, die wohl nicht von ihr verursacht worden seien (act. 48 Ziff. 76 ff.). Folglich könne nicht auf die Schadensberechnung der Beklagten im Zusammenhang mit den "nicht erfolgreichen [...] In- betriebnahmen" abgestellt werden. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nicht von den von der Klägerin in der Vergangenheit anerkannten Mängeln pauschal auf die Anerkennung sämtlicher weiterer, in der Zukunft liegender Mängel schliessen könne (act. 31 Rz 414; act. 31/3 ff.; vgl. act. 83 E. 6.5.2 f.).

E. 9.3

Dem hält die Beklagte in der Berufung Folgendes entgegen:

Seite 30/46

E. 9.3.1

Bezüglich der von der Klägerin verursachten Mängel habe zwischen den Parteien eine "kon- sensual gelebte Praxis" bestanden. Wenn das L. _____ Mängel festgestellt habe, seien diese in den L. _____-Mängellisten festgehalten worden. Die Beklagte habe diese Listen an die Klägerin weitergeleitet, die sich hinsichtlich der Mängel habe "rechtfertigen" können. Aus den L. _____-Mängellisten sei ersichtlich, welcher Mangel festgestellt worden sei, wie sich die Klägerin dazu geäußert habe und ob bzw. weshalb der Mangel vom L. _____ "verrechnet" worden sei oder nicht. Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte die Edition der L. _____-Mängellisten beantragt (act. 31 Rz 413; vgl. act. 86 Rz 191).

E. 9.3.2

Die Vorinstanz habe der Beklagten die Beweislast für das Vorliegen von Werkmängeln auferlegt. Die Tatsache, dass überhaupt Werkmängel bestanden hätten, habe die Klägerin – abgesehen vom "Spezialfall X. _____" – nicht bestritten (act. 19 Rz 424). Folglich sei der Sachverhalt diesbezüglich erstellt. Im Weiteren habe die Vorinstanz der Beklagten die Beweislast für die Vereinbarung der Parteien, wonach auf das Nachbesserungsrecht "verzichtet" [bzw. das gesetzliche Nachbesserungsrecht abgeändert] worden sei, auferlegt, obwohl sie diesbezüglich in der unvollständigen Beweisverfügung unberechtigterweise keiner der Parteien die Beweislast auferlegt habe. Das vorinstanzliche Beweisverfahren sei deshalb zu wiederholen. Falls das Berufungsgericht dieser Auffassung nicht folgen sollte, sei festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Wie die Beklagte hinreichend dargelegt habe, hätten sich die Parteien in Bezug auf Mängel der von der Klägerin ausgeführten Arbeiten darauf geeinigt, dass das Nachbesserungsrecht durch spezialisierte Drittunternehmen wahrgenommen werde. Dies habe einem von den Parteien jahrelang gelebten Konsens entsprochen, der sowohl zwischen den Parteien als auch gegenüber dem L. _____ bestanden habe (vgl. act. 11 Rz 41 f.; act. 31 Rz 413). Die Klägerin habe diesbezüglich lediglich vorgebracht, dass der von der Beklagten geschilderte "Ablauf" nicht korrekt sei (vgl. act. 19 Rz 422 ff.). Zudem habe sie einzig behauptet, dass sie nicht "pauschal" auf ihr Nachbesserungsrecht "verzichtet" (act. 19 Rz 425) und die Rechnungen nicht bezahlt habe, weil sie keine Möglichkeit zur Ersatzvornahme erhalten habe und die Rechnung eine Pauschalrechnung gewesen sei, die

auch Arbeiten, die ursprünglich von anderen Subunternehmern installiert worden seien, enthalten habe (act. 19 Rz 436; vgl. act. 86 Rz 196-199).

E. 9.3.3

Die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, dass (i) keine pauschale Anerkennung der Klägerin für die entstandenen Mängel hergeleitet werden könne, (ii) die einzelnen Rechnungen nicht überprüft werden könnten, weil die Mängellisten lediglich Gesamtbeträge aufführen würden und (iii) deshalb auch keine Berechnung über diejenigen Positionen vorgenommen werden könne, die von der Klägerin in den Mängellisten nicht kommentiert worden seien. Diese Punkte habe die Klägerin nicht vorgebracht, weshalb sich die Vorinstanz nicht darauf hätte stützen dürfen. Entgegen ihrer Auffassung habe die Beklagte keine pauschale Anerkennung für die entstandenen Mängel "hergeleitet", sondern die Anerkennung für die einzelnen Forderungen substantiiert dargelegt und bewiesen (act. 31 Rz 436 ff.).

G._____ habe in der Forderungszusammenstellung vom 4. Juni 2020 [recte: 23. Juni 2020] bei jeder einzelnen Forderung der Beklagten mit einem "Häkchen" bestätigt, welche Forderungen er für berechtigt erachte bzw. bei welchen er nicht vollumfänglich einverstanden sei (act. 31/2). In der Parteibefragung habe er explizit bestätigt, dass er die Rechnungen handschriftlich ergänzt und jeweils mit einem "Häkchen" versehen habe (act. 19/683). Ferner habe er lediglich geltend gemacht, dass er die Rechnungen hinsichtlich der Beträge nicht genau überprüft habe, sondern nur darauf geprüft habe, ob die Mängel ausserhalb oder innerhalb des Gebäu-

Seite 31/46 des entstanden seien (act. 51 Ziff. 114). Es gehe nicht an, dass die Klägerin Forderungen bestätige und sich nachträglich in der Parteibefragung darauf berufe, mit dieser Bestätigung etwas anderes gemeint zu haben. Dies [recte: dieser Meinungswechsel] sei weder von der Klägerin im Schriftenwechsel vorgebracht noch von der Vorinstanz geprüft worden. Selbst wenn das Berufungsgericht davon ausgehen sollte, dass die Parteien keine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung über das Nachbesserungsrecht getroffen hätten, gehe es nicht an, die nachträgliche Parteiaussage von G._____ stärker zu gewichten als die ins Recht gelegte Urkunde, in der er seinerzeit mit einem "Häkchen" bestätigt habe, welche der Forderungen der Beklagten er vollumfänglich anerkenne (act. 19/683; vgl. act. 86 Rz 200-204 und 212).

E. 9.3.4

Zu prüfen seien somit nur noch "drei Auflistungen" [bzw. vier L._____ -Mängellisten] von "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen", welche G._____ nicht mit einem "Häkchen" versehen habe (vgl. act. 31/2; Mängellisten vom "November und Dezember 2018", vom "März und April 2019", vom "Mai und Juni 2019" und vom "Juli und August 2019"). Die in der Forderungszusammenstellung für die "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen" erwähnten Beträge entsprächen den jeweiligen Beträgen auf der entsprechenden L._____ -Mängelliste zuzüglich Mehrwertsteuer. Sodann zeige sich, dass die Subsumtion der Vorinstanz, wonach aus den L._____ -Mängellisten nicht hervorgehe, weshalb das L._____ trotz gewissen Bemerkungen wie "Messung vorhanden" oder "Fehler behoben" dennoch auf "Verrechnung" entschieden habe, auf die in Frage stehenden L._____ -Mängellisten nicht zutrefe (vgl. die konkreten Ausführungen der Beklagten zu den entsprechenden Mängellisten in act. 86 Rz 206-210). Ausserdem habe die Vorinstanz lediglich auf zwei Beispiele aus den Mängellisten "Juli und August 2018" sowie "September und Oktober 2018" abgestellt. Selbst diese Beispiele vermöchten die

Behauptungen der Klägerin aber nicht zu stützen, habe doch das L. _____ im Schlusskommentar ganz klar erläutert, weshalb ein Schaden trotz eines Kommentars der Klä- gerin "verrechnet" worden sei (vgl. die konkreten Ausführungen der Beklagten zu den entspre- chenden Mängellisten in act. 86 Rz 211). Demnach hätten die einzelnen Positionen – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – überprüft und die Gesamtbeträge [der Mängellisten] der Klä- gerin zugerechnet werden können, weshalb auch keine "Berechnung" über nicht kommentierte Positionen hätte erfolgen müssen (vgl. act. 86 Rz 192-195 und 205-212).

E. 9.3.5

Die Vorinstanz habe weiter ausgeführt, den Partei- und Zeugenbefragungen lasse sich entnehmen, dass die Beklagte der Klägerin auch Rechnungen hinsichtlich Nachbesserungen für von anderen Subunternehmern verursachte Mängel gestellt habe. Dies sei so nicht korrekt und widerspiegeln nicht die Aussagen der Zeugen und Parteien. So beziehe sich die Vorinstanz auf die Aussagen von G. _____, wonach es diverse Män- gel habe geben können und man auf den Mängellisten den spezifischen Mangel, der bestan- den habe, erkannt habe. G. _____ habe an dieser Liste aber lediglich bemängelt, dass die Kosten für die spezifischen Mängelbehebungen nicht ersichtlich gewesen seien und es nur einen Gesamtpreis für alle Mängel gegeben habe. Insbesondere habe er auch bestätigt, dass die Klägerin sich habe "rechtfertigen" können, wenn einige der aufgelisteten Mängel nicht durch ihre Arbeiten verursacht worden seien. Daraufhin habe die Klägerin einige Mona- te später eine Rechnung mit den tatsächlich in Rechnung gestellten Kosten für die Mängel- behebung erhalten. An dieser Rechnung habe G. _____ wiederum nur bemängelt, dass ein Gesamtpreis für alle Mängel aufgelistet gewesen sei (act. 51 Ziff. 40 f.). Er habe mithin Seite 32/46 nicht bestätigt, dass der Klägerin Nachbesserungsarbeiten von anderen Subunternehmern in Rechnung gestellt worden seien, wie dies die Vorinstanz fälschlicherweise aus seinen Aus- sagen abgeleitet habe. Zudem habe G. _____ auch implizit anerkannt, dass der Klägerin keine Kosten für Mängelbehebungen anderer Subunternehmer in Rechnung gestellt worden seien, indem er ausgesagt habe, dass die Beklagte "zu Beginn" den kompletten Betrag der Mängelbehebung in Rechnung gestellt habe (act. 51 Ziff. 45). Mit der Zustellung der Mängel- liste habe die Klägerin gerade die Möglichkeit gehabt, sich dazu zu äussern, welche Mängel nicht von ihr verursacht worden seien, was wiederum "in der Forderung gegenüber der Klä- gerin" berücksichtigt worden sei. Zudem handle es sich bei den Aussagen von G. _____ um Parteiaussagen, welche mit den Parteiaussagen von J. _____ widerlegt worden seien. J. _____ habe ausgesagt, dass der Betrag für die spezifische Mängelbehebung der Klä- gerin "verrechnet" worden sei (act. 51 Ziff. 42). Die detaillierte Auflistung der Kostenvertei- lung für die Mängelbehebung sowie die ganze Berechnung (d.h. für welchen Betrag die Klä- gerin habe aufzukommen müssen), sei in einer Liste festgehalten worden (act. 51 Ziff. 44). Diese Liste sei G. _____ gemäss seinen eigenen Aussagen bekannt gewesen (act. 51 Ziff. 46). J. _____ habe zwar bestätigt, dass er der Klägerin auch Rechnungen für die Be- hebung von Schäden geschickt habe, die nicht aufgrund der von ihr geleisteten Arbeit ent- standen seien, was die Vorinstanz als "Eingeständnis" berücksichtigt habe. Demgegenüber habe sie die direkt darauffolgende Aussage von J. _____, wonach auf der Liste auch er- sichtlich gewesen sei, dass die Beklagte einen Abzug für nicht von der Klägerin verursachte Schäden gemacht habe (act. 51 Ziff. 137), ohne jeden Grund nicht berücksichtigt. Die Vor- instanz habe somit lediglich auf die Aussagen von G. _____ abgestellt bzw. sich die Aus- sagen

von J. _____ so zurechtgelegt, dass sie mit denjenigen von G. _____ übereinstimmen würden. Das gehe nicht an und stelle eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie unrichtige Beweiswürdigung dar. Auch bei der von G. _____ in act. 51 Ziff. 141 gemachten Aussage habe die Vorinstanz lediglich berücksichtigt, dass auf einer bestimmten Rechnung die Position "[...] ausgetauscht" nicht zum Arbeitsbereich der Klägerin gehört habe. Jedoch habe sie die relevante Folgefrage komplett unberücksichtigt gelassen. Zu dieser habe J. _____ erklärt, dass die Kosten für die nicht von der Klägerin verursachten Schäden (d.h. die defekten "[...]") von den Rechnungen abgezogen worden seien. Genau für den Fall, dass in den Rechnungen nicht von der Klägerin verursachte Schäden aufgelistet worden seien, sei die "Liste mit den Rechnungen" erstellt worden. So hätten die fälschlicherweise aufgeführten "Schadensverrechnungen" vom gesamten, von der Klägerin geschuldeten Betrag abgezogen werden können (act. 51 Ziff. 142). Zudem berufe sich die Vorinstanz auf act. 31 Rz 427, um gestützt darauf zu subsumieren, dass die Beklagte der Klägerin auch Nachbesserungsarbeiten anderer Subunternehmer in Rechnung gestellt habe. In dieser Randziffer werde aber eben gerade erklärt, dass die Weiterleitung der L. _____-Mängelliste, auf welcher auch nicht von der Klägerin verursachte Mängel aufgelistet gewesen seien, bezweckt habe, dass die Klägerin sich dazu auseinern können, welche Mängel sie anerkenne und welche nicht. Aufgrund dieser Rückmeldung der Klägerin habe gerade vermieden werden können, dass von anderen Subunternehmern verursachte Mängelbehebungskosten der Klägerin "verrechnet" würden. Dass J. _____ in der Parteibefragung nicht mehr wiedergeben können, welcher Forderungsbetrag der Beklagten nach Bereinigung der Korrekturen tatsächlich zustehe, lasse keinen eindeutigen Schluss zu. J. _____ habe lediglich ausgesagt, dass er das nicht auswendig wisse (act. 51 Ziff. 150 [recte: act. 51 Ziff. 138]). Nur weil er in der Parteibefragung einen exakten

Seite 33/46 Forderungsbetrag nicht mehr wiedergeben können, könne nicht darauf geschlossen werden, dass auf der "Liste" die Korrekturen der Klägerin nicht berücksichtigt worden seien. Der Zeuge P. _____ habe sodann lediglich bestätigt, dass er die "Mängelliste" bereits einmal gesehen habe, und ausgeführt, welche Arbeiten von welchem Subunternehmen ausgeführt worden seien (act. 54 Ziff. 76 ff.). Er habe aber – entgegen den Behauptungen der Vorinstanz – keine Aussagen dazu gemacht, ob der Klägerin nicht von ihr verursachte Mängel [bzw. die damit zusammenhängenden Nachbesserungskosten] in Rechnung gestellt worden seien. Zusammenfassend lasse sich somit feststellen, dass aus keiner der Befragungen die Schlussfolgerung der Vorinstanz abgeleitet werden könne, dass der Klägerin ungerechtfertigterweise Nachbesserungsarbeiten von [anderen] Subunternehmern in Rechnung gestellt worden seien (vgl. act. 86 Rz 213-222).

E. 9.4

Inwieweit die Beklagte mit diesen Ausführungen bereits vor Kantonsgericht vorgetragene Behauptungen in unzulässiger Weise nachträglich substantiiert (vgl. vorne E. 2.3.1 f.; act. 92 Rz 164 ff.), kann offenbleiben, weil dem von ihr vertretenen Standpunkt ohnehin nicht gefolgt werden kann.

E. 9.4.1

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin sowohl den Bestand der geltend gemachten Verrechnungsforderungen (und damit die vorgebrachten Werkmängel) wie auch die angebliche Abänderung des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts hinreichend bestritten (act. 92 Rz 169 f.; act. 19 Rz 421 ff., 430). Folglich hat sie die von der Beklagten be-

haupteten Werkmängel und den behaupteten "jahrelang gelebten Konsens" hinsichtlich des Nachbesserungsrechts nicht anerkannt. Im Weiteren besteht kein Anlass, das Beweisverfahren zu wiederholen, musste die Beklagte doch wissen, dass sie – im Rahmen der von ihr nachzuweisenden Verrechnungsforderungen (vgl. act. 12 S. 3) – die Abänderung des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts zu beweisen hat (vgl. act. 92 Rz 169; vorne E. 2.5.2). Sodann verkennt die Beklagte, dass ihr der Hauptbeweis hinsichtlich der Verrechnungsforderungen mit den angerufenen Beweismitteln nicht gelungen ist, wozu es – entgegen ihrer Ansicht (vgl. vorne E. 9.3.3) – insbesondere keiner Behauptungen der Klägerin im Rahmen des Gegenbeweises bedurfte. Auch stellt ein von G. _____ gesetztes "Häkchen" in der Forderungszusammenstellung keine Anerkennung der entsprechenden Forderung dar, wenn dies – wie vorliegend – im Rahmen von Vergleichsverhandlungen geschah (vgl. hinten E. 12). Ferner mag es zwar zutreffen, dass die in den L. _____-Mängellisten aufgeführten Beträge mit denjenigen der Forderungszusammenstellung korrelieren und die "verrechneten" Positionen in den erwähnten L. _____-Mängellisten allenfalls begründet waren. Damit ist der Beklagten allerdings nicht geholfen, ist doch erstellt, dass sie der Klägerin die Nachbesserungskosten sämtlicher "zu verrechnender Mängel" gemäss den L. _____-Mängellisten in Rechnung stellte, obwohl die Klägerin nicht alle Mängel verursacht hat. Die Beklagte führte in act. 31 Rz 427 selbst aus, dass in den L. _____-Mängellisten naturgemäss auch Mängel aufgelistet gewesen seien, die von anderen Subunternehmern verursacht worden seien. Zwar fügte sie an, dass der Klägerin die Nachbesserungskosten hinsichtlich nicht von ihr verursachter Mängel nicht "verrechnet" worden seien. Damit setzt sie sich jedoch in Widerspruch zur Tatsache, dass die der Klägerin "verrechneten" Beträge (act. 11/14-18, 11/20 f., 11/23, 11/25, 11/27 f. und 11/30) genau den in den L. _____-Mängellisten (ohne MWST)

Seite 34/46 aufgeführten und den von der Beklagten für die Nachbesserungskosten an die Dritttunternehmen bezahlten Beträgen entsprachen (act. 31/18-21, 31/24 f., 31/27, 31/29, 31/31 f. und 31/34; act. 64/1: Mängellisten "Juli und August 2018", "September und Oktober 2018", "November und Dezember 2018", "Januar und Februar 2019", "März und April 2019", "Mai und Juni 2019", "Juli und August 2019", "September und Oktober 2019", "November und Dezember 2019", "Januar und Februar 2020", "März und April 2020", "Mai bis August 2020" sowie "September bis November 2020"; act. 19 Rz 440 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ergibt sich dies auch aus den von ihr (korrekt) gewürdigten Aussagen von G. _____ und J. _____. Entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 86 Rz 213-222) kann den Aussagen von G. _____ (indirekt) entnommen werden, dass der Klägerin Nachbesserungskosten für nicht von ihr verursachte Mängel in Rechnung gestellt wurden. Wenn dieser erklärte, dass den Mängellisten zwar die spezifischen Mängel hätten entnommen werden können, in den Listen jedoch nur ein Gesamtpreis für verschiedene (von unterschiedlichen Subunternehmern verursachte) Mängel (ohne Angaben der jeweiligen Kosten für die einzelnen spezifischen Mängel) aufgeführt gewesen und der Klägerin danach dieser Gesamtpreis in Rechnung gestellt worden sei (act. 51 Ziff. 40 f. und 141), kann dies nur heissen, dass der Klägerin auch Nachbesserungskosten für nicht von ihr verursachte Mängel in Rechnung gestellt wurden. Dass dies (lediglich) "zu Beginn" der Fall gewesen sein soll (act. 51 Ziff. 45), trifft offensichtlich nicht zu (vgl. act. 19 Rz 440 f. i.V.m. act. 19/688 f. [= act. 64/1: Mängelliste "März und April 2019"; act. 11/18 [= Rechnung vom

E. 9.4.2

Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich gestützt auf die vorhandenen Beweismittel nicht eruieren lässt, welcher Betrag die Klägerin für die Nachbesserung der von ihr verursachten Mängel schuldet. Auf die in den Rechnungen der Beklagten aufgeführten Beträge (act. 11/14-18, 11/20 f., 11/23, 11/25, 11/27 f. und 11/30) kann nicht abgestellt werden, da darin auch Nachbesserungskosten für nicht von der Klägerin verursachte Mängel enthalten sind. Zudem sind in den L. _____-Mängellisten nur Gesamtbeträge für die Behebung sämtlicher Mängel aufgeführt, weshalb auch daraus nicht auf den der Klägerin zuzu-

Seite 35/46 rechnenden Schadensbetrag geschlossen werden kann (vgl. act. 83 E. 6.5.1; vorne E. 9.2). Der konkrete Schaden wurde mithin nicht substantiiert bzw. schlüssig behauptet und blieb unbewiesen. Die von der Beklagten geltend gemachte Verrechnungsforderung ist demzufolge nicht ausgewiesen. Dies gälte im Übrigen selbst dann, wenn die Parteien eine Vereinbarung über die Nachbesserung durch Drittunternehmen abgeschlossen hätten. 10. Im Weiteren sind die von der Beklagten geltend gemachten Materialrechnungen [act. 11/8-13, 11/19 und 11/22; act. 31/8-17, 31/22 f. und 31/26] zu prüfen. 10.1 Dazu hielt die Vorinstanz zusammengefasst Folgendes fest: 10.1.1 Nach dispositivem Recht habe die Beklagte die Auslagen für den Werkstoff zu übernehmen [vgl. hierzu vorne E. 7.5]. Sie habe nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass die Klägerin sich verpflichtet habe, den Werkstoff auf eigene Kosten zu liefern (act. 31 Rz 430 ff.). Dies gehe auch nicht aus den Offerten der Klägerin hervor. Darin habe die Klägerin konstant dieselben Preise für ihre Arbeiten verlangt und im Jahr 2018 nicht nach oben hin angepasst, um der Beklagten den vermeintlichen zusätzlichen Aufwand für die Beschaffung des Werkstoffs in Rechnung zu stellen (vgl. act. 51 Ziff. 140; act. 19/46, 19/223, 19/357, 19/428 und 19/589). Auch der Zeuge P. _____ habe festgehalten, dass der Werkstoff den Subunternehmern geliefert worden sei und sie diesen nicht eigens hätten kaufen müssen (act. 48 Ziff. 51 f. und 69). Im Weiteren werde von der Beklagten zwar behauptet, dass die Klägerin fünf Materialrechnungen bezahlt habe, womit sich diese bereit erklärt habe, für sämtliche weiteren Materialkosten aufzukommen (act. 39 Rz 6). Dieser Ansicht könne jedoch nicht gefolgt werden. Zunächst gehe aus den eingereichten Kontogutschriften nicht eindeutig hervor, wer diese Zahlungen vorgenommen habe (act. 39/3, 39/9, 39/14, 39/20 und 39/24). Sodann könne aus der Begleichung von fünf Materialrechnungen ohnehin nicht allgemein abgeleitet werden, dass sich die Klägerin verpflichtet habe, dauerhaft sämtlichen Werkstoff für alle einzelnen Werkverträge zu liefern. Dies gelte umso weniger, als die Klägerin der Beklagten ebenfalls Materialrechnungen zugestellt habe, welche die Beklagte "für in Ordnung" befunden habe (act. 19/682 f.). Hinzu komme, dass – wenn eine solche, von der Beklagten behauptete Vereinbarung tatsächlich zustande gekommen wäre – bei einem gesamten Projektaufwand von mehr als CHF 15 Mio. weit mehr als fünf von der Klägerin bezahlte Rechnungen für den aufgewendeten Werkstoff vorliegen müssten. Die Beklagte vermöge demnach nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass eine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung bezüglich Kostentragung des Werkstoffs zustande gekommen sei (vgl. act. 83 E. 6.5.4 f.). 10.1.2 Ferner habe die beweisbelastete Beklagte auch nicht nachgewiesen, dass die Klägerin das in Rechnung gestellte Material (act. 11/24 und 31/28) tatsächlich entgegengenommen und danach verloren bzw. nicht zurückgegeben habe (act. 31 Rz 446). Keiner der angerufenen Zeugen habe bestätigen können, dass die Klägerin das fragliche Material verloren habe (act. 49 Ziff.

61; act. 46 Ziff. 50). Gleich verhalte es sich in Bezug auf die Rechnung für zu viel verrechnete "M._____ -Installationen" (act. 11/26 und 31/30). Die Beklagte lege nicht schlüssig dar, wer die [in der Rechnung erwähnte] überzählige "[...]-M._____ -Installation" verbaut habe oder woraus eine Anerkennung der Klägerin hervorgehe (act. 11 Rz 45; act. 31 Rz 448). Zudem habe keiner der befragten Zeugen die von der Beklagten aufgestellte Behauptung bestätigt (act. 46 und 49; vgl. act. 83 E. 6.5.6).

Seite 36/46 10.2 In der Berufung stellt sich die Beklagte demgegenüber auf den Standpunkt, dass aus dem Gesetz keine dispositive Regelung betreffend die Kostentragung des Werkstoffs [zulasten der Beklagten] hervorgehe, weshalb nicht die Beklagte eine von der angeblich dispositiven Regelung abweichende Vereinbarung zu beweisen habe. Vielmehr habe die Klägerin zu beweisen, dass die Parteien eine Vereinbarung getroffen hätten, wonach die Beklagte für die Materialkosten aufkomme. Ausserdem habe die Vorinstanz zu Unrecht auf die von der Klägerin in act. 37 vorgebrachten Behauptungen abgestellt, wonach die Beklagte für die Materialrechnungen aufzukommen habe [vgl. act. 83 E. 6.4.3], sei doch diese Eingabe aus dem Recht gewiesen worden. Selbst wenn das Berufungsgericht jedoch davon ausgehen sollte, dass diese Eingabe der Klägerin nicht aus dem Recht gewiesen worden sei, gelte es festzuhalten, dass die Beklagte in act. 39 sehr wohl nachgewiesen habe, dass die Klägerin Materialrechnungen in den meisten Fällen anstandslos beglichen habe. Die Materialkosten seien jeweils der Beklagten "verrechnet" worden, die sie dann an die Subunternehmer "weiterverrechnet" habe (act. 39/1 [ff.]). Die Beklagte habe sodann im Bestreitungsfall auch offeriert, sämtliche von der Klägerin bezahlten Materialrechnungen seit Beginn der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten zu edieren (vgl. act. 39 Rz 7). Eine solche Edition habe die Vorinstanz nicht verlangt. Es gehe nicht an, auf eine solche Edition zu verzichten und dann die Tatsache, dass nicht alle auf diese Art und Weise beglichene Rechnungen eingereicht worden seien, für die Schlussfolgerung zu verwenden, dass eine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung betreffend die Kostentragung des Werkstoffs nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden können. Zudem habe die Vorinstanz ihrem Entscheid Aussagen des Zeugen P._____ zugrunde gelegt. Es sei korrekt, dass der Zeuge bestätigt habe, der Werkstoff sei von der Beklagten geliefert worden und habe nicht selber eingekauft werden müssen. Er habe jedoch auch ausgesagt, dass in den festgelegten Pauschalen das Installationsmaterial mitberücksichtigt gewesen sei und seine Unternehmung eine "Pro-forma-Rechnung" erhalten habe. Dies decke sich wiederum mit der Parteiaussage von J._____, wonach die "Pro-forma-Rechnungen" über eine Verrechnung mit Gegenforderungen abgerechnet worden seien. Daher sei die entsprechende Rechnung auch als "Pro-forma-Rechnung" bezeichnet worden (act. 86 Rz 224-230).

10.2.1 Die Rügen der Beklagten sind unbegründet. Entgegen ihren Ausführungen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem von der Klägerin in act. 37 vertretenen Auffassung folgte und zum Schluss gelangte, dass nicht die Klägerin, sondern die Beklagte bzw. das L._____ für die Materialkosten aufkommen musste. Den Bestand der Forderungen bestritt die Klägerin sodann bereits in der Replik (vgl. act. 19 Rz 421 f.). Dies veranlasste die Beklagte, die Forderungen in der Duplik ausführlicher zu begründen, wobei sie erstmals die Materialrechnungen erwähnte, worauf die Klägerin in act. 37 zu Recht auf die Gesetzesvermutung (bzw. "Gesetzesregel") von Art. 365 Abs. 2 OR hinwies (vgl. act. 37 Rz 31 ff.). Dabei handelte es sich um rechtliche Argumente, die unbeschränkt zulässig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_532/2020 vom 26. November 2020 E. 5.2.1).

10.2.2 Ferner muss – wie bereits dargelegt – nicht die Klägerin eine Vereinbarung

bezüglich der Kostentragung beweisen; vielmehr hat die Beklagte nachzuweisen, dass die gesetzliche Vermutung, wonach der Besteller den Werkstoff zu liefern und zu bezahlen hat, nicht gilt (vgl. vorne E. 2.5.2 und 7.5.1). Die Verweise der Beklagten auf die von der Klägerin bezahlten Materialrechnungen sowie die dazugehörige Beweisofferten in act. 39 können indessen nicht mehr berücksichtigt werden, nachdem nicht ersichtlich ist – und von der Beklagten auch nicht

Seite 37/46 dargelegt wird –, weshalb sie diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits in der Duplik vorbringen konnte (vgl. vorne E. 2.3.2 und E. 2.2.3 f.). Die Vorinstanz kam demnach zu Recht zum Schluss, dass die Beklagte eine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung bezüglich der Kostentragung des Werkstoffs nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachweisen konnte. Daran vermögen auch die nicht hinreichend substantiierten bzw. nicht nachvollziehbaren Ausführungen der Beklagten zu den "Pro-forma-Rechnungen" nichts zu ändern, zumal hierzu jegliche (substantiierten) Behauptungen im vorinstanzlichen Verfahren fehlen und somit die Aussagen von P._____ und J._____ (act. 48 Rz 69 f.; act. 51 Rz 119-122) nicht im Rahmen dessen liegen, was behauptet wurde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2023 vom 11. Juni 2024 E. 3.4.5; 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.2; Lorenz, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, 2019, N 384-386). Hinsichtlich der Forderung betreffend das verlorene Material bringt die Beklagten in der Berufung vor, dass die Vorinstanz [in der Beweisverfügung] lediglich ausgeführt habe, die Beklagte habe die Verrechnungsforderung nachzuweisen (act. 12 S. 3). Sie habe jedoch nicht festgelegt, welche Partei den Haupt- und welche Partei den Gegenbeweis zu erbringen habe. Die Beweisverfügung sei diesbezüglich lückenhaft, weshalb es der Beklagten nur unzureichend möglich gewesen sei, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Die Vorinstanz sei sodann zum Schluss gelangt, die Beklagte habe nicht nachzuweisen vermocht, dass die Klägerin das Material entgegengenommen habe und dieses danach verloren gegangen sei. In Bezug auf die Rechnung, die sie der Klägerin in der Höhe von CHF 6'520.00 "weiterverrechnet" habe (act. 19/683 [recte: act. 11/24]), habe die Beklagte jedoch diverse Beweise offeriert. Zum verlorenen Material seien aber lediglich die Zeugen O._____ und S._____ befragt worden. Der Zeuge O._____ habe bestätigt, dass für den Rollout Ausweise und Kleider zur Verfügung gestellt worden seien und Materialverluste hätten beglichen werden müssen, wozu es – so glaube er – Rechnungen gegeben habe (act. 46 Ziff. 50). Der Zeuge S._____ wiederum habe bestätigt, dass das L._____ Kleider zur Verfügung gestellt habe, die zusammen mit den Ausweisen wieder hätten zurückgegeben werden müssen, was dokumentiert worden sei (act. 49 Ziff. 61). Die Vorinstanz habe die offerierten Beweise nur ungenügend gewürdigt bzw. erhoben. Insbesondere sei der Zeuge P._____, dessen Befragung die Beklagten offeriert habe (act. 31 Rz 446), nicht zu diesem Sachverhalt befragt worden. Aus der Rechnung des L._____ gehe hervor, dass die Beklagte genau unterteilt habe, welcher Subunternehmer welches Material verloren habe. Ausserdem sei nicht der gesamte Betrag [von CHF 6'720.00] "verrechnet" worden, da ein Teil des gegenüber dem L._____ geschuldeten Betrags der R._____ AG zugerechnet worden sei (act. 31/28; vgl. act. 86 Rz 231-234). Mit diesen Ausführungen vermag die Beklagte die von der Vorinstanz gezogenen Schlüsse nicht zu entkräften. In der Beweisverfügung wurde der Beklagten der (Haupt-)Beweis für die Verrechnungsforderung und der Klägerin der entsprechende Gegenbeweis auferlegt (vgl. act. 12 S. 3 und 4). Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte ihren Standpunkt nicht wirksam hätte zur Geltung bringen können (vgl. vorne E. 2.5.2). Den von

ihr zum Beweis offerierten und in der Folge befragten Personen hätte sie ohne Weiteres Ergänzungsfragen zum verlorenen Material stellen können, was sie jedoch unterliess. Dieses Versäumnis kann im Berufungsverfahren nicht mehr korrigiert werden, weshalb die Beklagte die diesbezüglichen Nachteile zu tragen hat. Schliesslich vermögen auch die von ihr auf der Rechnung vorgenommenen Bezeichnungen, wer das Material angeblich verloren haben soll, den Beweis der Ent-

Seite 38/46 gegennahme und des Verlusts des entsprechenden Materials nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erbringen. 10.4 Zur Abweisung des Anspruchs hinsichtlich zu viel verrechneter "M. _____-Installationen" äussert sich die Beklagte in der Berufung nicht, weshalb sich diesbezüglich weitere Erörterungen erübrigen (vgl. vorne E. 2.2). 11. Zur "Mängelbehebung X. _____" (act. 11/29 und 31/33) erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte das Ausmass und folglich auch das fertiggestellte Werk am 26. Oktober 2018 kontrolliert habe (act. 19/685 f.). Der Zeuge S. _____ habe sogar davon gesprochen, er habe das Werk abgenommen [recte: genehmigt; vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 99 f.] (act. 49 Ziff. 47 f. und 51 f.). Rund ein Jahr nach der Ausmasskontrolle habe die Beklagte die Klägerin in einer E-Mail [vom 10. Dezember 2019] aufgefordert, innert 16 Stunden mitzuteilen, ob sie die (nachträglich) gefundenen Mängel auf ihre Kosten behebe (act. 11/3). Dieser Aufforderung sei die Klägerin zwar nachgekommen [und habe die Mängelbehebung "auf unsere Kosten" bestätigt] (act. 11/3); ihre Zusage, den Mangel auf ihre Kosten zu erledigen, habe sie im Nachhinein jedoch schriftlich zurückgezogen (act. 19/687). Die [ursprüngliche] Erklärung, die Kosten für die Mängelbeseitigung zu übernehmen, sei zwar beweisrechtlich von Bedeutung. Sie führe aber nicht zu einer Beweislastumkehr, sondern gelte hinsichtlich einer materiell-rechtlichen Verpflichtung nur als Indiz. Im Weiteren sei zu beachten, dass die Klägerin keine konkret bezifferte Schuld anerkannt und zum Zeitpunkt des Eingeständnisses keine Möglichkeit gehabt habe, den Mangel näher zu prüfen, nachdem sie die Beklagte "kurz nach dem Schadensfall" um Mitteilung ersucht habe, ob sie die Kosten übernehme (act. 11/3). Zudem habe die Klägerin nachvollziehbar ausgeführt, weshalb sie ihre zunächst in guten Treuen gemachte Aussage später widerrufen habe: Sie sei der Meinung gewesen, die fraglichen Mängel nicht verursacht zu haben; diese hätten im Wesentlichen einen Kabelschaden betroffen, womit sie nichts zu tun gehabt habe (act. 19 Rz 427 ff.). Im Übrigen habe es die Beklagte gänzlich unterlassen, in ihren Rechtsschriften aufzuzeigen, worin der verursachte Mangel bestanden und wer diesen verursacht habe (act. 11 Rz 43 f.; act. 31 Rz 418 f.; vgl. zudem die Aussagen der Zeugen S. _____ und O. _____, die ebenfalls nicht gewusst hätten, wer für den Mangel verantwortlich gewesen sei [act. 49 Ziff. 49 f.; act. 46 Ziff. 43]). Die Beklagte habe sich einzig auf das [widerrufene] Schuldeingeständnis der Klägerin sowie auf zwei Rechnungen gestützt (act. 11/29 und 31/33) und damit – trotz Indiz – nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dargetan [bzw. bewiesen], dass die Klägerin den Mangel verursacht habe. Im Übrigen hätten die von der Klägerin offerierten Zeugen keine Aussagen dazu machen können, wer den fraglichen Mangel herbeigeführt habe (act. 46 Ziff. 43 f.; act. 48 Ziff. 53; act. 49 Ziff. 49 f.). Damit sei die Verrechnungsforderung für das "Projekt X. _____" abzuweisen (vgl. act. 83 E. 6.5.7). 11.1 Diesbezüglich moniert die Beklagte, es habe – entgegen den Ausführungen der Klägerin – nie eine Abnahme stattgefunden. Bei den Beilagen, auf die sich die Vorinstanz gestützt habe, handle es sich weder – wie von der Klägerin irreführenderweise bezeichnet – um Abnahmeprotokolle noch würden sie "Aussagen zu Abnahmetätigkeiten" der Beklagten enthalten (act. 19/685 f.). Selbst wenn das Berufungsgericht jedoch davon

ausgehen sollte, dass eine Abnahme stattgefunden habe, habe die Klägerin mit ihrer E-Mail vom 11. Dezember 2019 bestätigt, dass sie den entsprechenden Mangel auf ihre Kosten "erledigen" werde (act. 11/3). Trotz dieser Bestätigung und zahlreicher Mahnungen (act. 11/4-7) habe sie den Mangel nicht

Seite 39/46 behoben. Die Beklagte habe daher den Mangel auf Kosten der Klägerin beseitigen lassen, wofür sie die Kosten in gerechtfertigter Weise auf die Klägerin übertragen habe (act. 11/29). Die Klägerin habe sich als unfähig erwiesen, den von ihr anerkannten Mangel zu beseitigen, weshalb die Beklagte befugt gewesen sei, die Nachbesserung von einem Dritten vornehmen zu lassen und die entsprechenden Aufwendungen als Ersatz von der Klägerin zu fordern. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, die Kosten der Mängelbehebung durch einen Dritten bereits vorab mitzuteilen. Vielmehr sei sie befugt gewesen, einen Fachmann ihres Vertrauens (und nicht den billigsten Drittunternehmer) mit der Mängelbehebung zu beauftragen, wobei sie die Nachbesserungsarbeit nicht habe ausschreiben müssen. Selbst wenn im Übrigen davon ausgegangen würde, dass die Klägerin die Höhe der Mängelbehebungskosten nicht gekannt habe, könnte daraus nicht geschlossen werden, dass sie berechtigt gewesen sei, das Eingeständnis, den Mangel verursacht zu haben, zu widerrufen. Die Vorinstanz habe sich auf ein nicht datiertes und nicht unterzeichnetes Schreiben gestützt, in welchem die Klägerin angeblich behauptete, sie gehe davon aus, die Mängel nicht verursacht zu haben (act. 19/687). Dieses Schreiben sei der Beklagten jedoch nicht zugegangen. Die Klägerin habe denn auch keinen entsprechenden Nachweis dafür erbracht. Ihr gelinge somit nicht, rechtsgenügend darzulegen, dass sie ihr Schuldeingeständnis [gegenüber der Beklagten] zurückgenommen habe. Ausserdem habe die Klägerin beim Widerruf der Zusage lediglich geltend gemacht, keine Einsicht in die Unterlagen des mit der Mängelbehebung beauftragten Drittunternehmens erhalten zu haben. Es könne indes nicht der Beklagten angelastet werden, dass ein Drittunternehmen der Klägerin keine Einsicht in gewisse Unterlagen gewährt habe (act. 31 Rz 419; vgl. act. 86 Rz 235-243). 11.2 Diese Ausführungen können nicht gehört werden. Die Beklagte versäumt es, sich mit der Begründung der Vorinstanz, wonach die Beklagte in ihren Rechtsschriften nicht behauptet habe, worin der Mangel bestanden und wer für den Mangel verantwortlich gewesen sei, argumentativ auseinanderzusetzen. Ohne solche Behauptungen wissen die Parteien nicht, über welchen Mangel sie streiten. Diese selbsttragende Begründung hat die Beklagte nicht angefochten, weshalb auf die Berufung in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 2.1; act. 92 Rz 190 f.). 11.3 Abgesehen davon trifft die vorinstanzliche Begründung offenkundig zu: 11.3.1 Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Dieses Erfordernisses bezweckt, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss. Vor diesem Hintergrund verlangt die Bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass der Behauptungs- und Substanziierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen ist. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in der Regel nicht. Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammenzusuchen und danach zu forschen, ob sich aus den Beilagen etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt. Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substanziierungsobliegenheiten durch

Verweis auf eine Beilage nachzukommen, namentlich

Seite 40/46 etwa für Abrechnungen oder Kontoaufstellungen. Das Bundesgericht hat in seiner gefestigten Rechtsprechung klargestellt, dass ein solcher Verweis unter gewissen Bedingungen ausnahmsweise genügen kann: Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_822/2023 vom 14. März 2023 E. 6.3.2.2; 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1 f. m.w.H.). 11.3.2 Diese Anforderungen erfüllt der Verweis in act. 11 Rz 43 nicht, geht doch daraus nicht in selbsterklärender Weise hervor, welcher Mangel die Klägerin anerkannt haben soll. Es besteht erheblicher Interpretationsspielraum, zumal auch eine Kostenaufteilung zur Diskussion stand und die Frage der Verantwortlichkeit im Grundsatz ungeklärt blieb (vgl. act. 11/3 S. 3). Die Beklagte wäre mithin gehalten gewesen, den Inhalt der E-Mail vom 11. Dezember 2019 hinsichtlich Mangel und Verantwortlichkeit in den Rechtsschriften hinreichend zu konkretisieren und zu erläutern. Nachdem sie dies versäumt hat, liegen keine genügend substantiierten Behauptungen vor. Selbst wenn somit auf die Berufung eingetreten werden könnte, wäre der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch abzuweisen. Damit erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Einwendungen der Beklagten.

E. 12

Zur Behauptung der Beklagten, wonach die Klägerin ihre Forderungen (teilweise) anerkannt habe, hielt die Vorinstanz fest, aus der zwischen den Parteien vom 9. bis zum 23. Juni 2020 geführten E-Mail-Korrespondenz gehe hervor, dass die Klägerin der Beklagten einen Vorschlag zugestellt habe, wonach ihr nach Verrechnung der gegenseitigen offenen Positionen noch ein Betrag von CHF 166'250.34 auszubezahlen sei. In der E-Mail vom 9. Juni 2020 (act. 19/683 bzw. act. 31/2) habe die Klägerin Folgendes ausgeführt: "dies wäre mein Vorschlag (...)". Daraufhin hätten sich die Parteien je eine Forderungszusammenstellung zugesandt [bzw. habe die Beklagte der Klägerin am 19. Juni 2020 die Forderungszusammenstellung zugeschickt, woraufhin die Klägerin diese am 23. Juni 2020 in einer korrigierten Fassung an die Beklagte zurückgesandt habe] (vgl. act. 31/2). Aus dem Verhalten der Parteien sei darauf zu schliessen, dass es sich bei der E-Mail-Korrespondenz vom Juni 2020 in Bezug auf die "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen" um den Austausch von Vergleichsvorschlägen gehandelt habe. Dabei sei

die Klägerin der Beklagten zwar durchaus entgegengekommen, doch habe sie letztlich auf der Bezahlung von CHF 166'250.34 bzw. CHF 146'639.51 bestanden [vgl. act. 31/2 in der von der Klägerin korrigierten Fassung]. Nach dem Gesagten dringe die Beklagte mit der Behauptung, die Klägerin habe die Forderungspositionen der Beklag-

Seite 41/46 ten im Umfang von CHF 111'625.44 [oder CHF 111'655.44; recte: CHF 111'988.24; act. 31 Rz 414 und 459; act. 92 Rz 153; act. 31/2] anerkannt, nicht durch. Die vorgeschlagene Reduktion der klägerischen Forderung sei nämlich stets an die Bedingung geknüpft gewesen, eine Vergütung zu erhalten. Aus diesem Grund sei der E-Mail-Austausch vom Juni 2020 in Bezug auf die "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen" als Vergleichsofferte und nicht als Schuldanerkennung zu qualifizieren (vgl. act. 83 E. 6.5.8).

E. 12.1

Dem hält die Beklagte in der Berufung Folgendes entgegen:

E. 12.1.1

Die Vorinstanz habe sich im Zusammenhang mit der als Vergleichsverhandlungen qualifizierten E-Mail-Korrespondenz vom 9. bis zum 23. Juni 2020 auf Aussagen der Klägerin in act. 37 gestützt, worin diese geäußert haben solle, dass es sich bei dieser E-Mail-Korrespondenz um den vertraulichen Inhalt von Vergleichsgesprächen gehandelt habe (vgl. act. 83 E. 6.4.4). Allerdings habe die Vorinstanz die Eingaben der Parteien nach Aktenschluss aus dem Recht gewiesen bzw. ausgeführt, dass die unaufgeforderten Eingaben nach Aktenschluss unbeachtlich zu bleiben hätten (vgl. act. 83 E. 2.4). Auf die klägerischen Aussagen in act. 37 könne demnach nicht abgestellt werden. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz eine E-Mail-Korrespondenz in tatsächlicher Hinsicht als Vergleichsgespräche behandle, obwohl dies weder behauptet noch bewiesen worden sei. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Stellungnahme zur Duplik nicht aus dem Recht gewiesen worden sei, zeige sich, dass die Klägerin selbst nicht wisse, ob sie sich auf den Standpunkt stellen solle, dass keine Mängel bestanden hätten (act. 19 Rz 430), oder die Auffassung vertrete solle, dass die Parteien in der E-Mail-Korrespondenz vom 9. bis zum 23. Juni 2020 lediglich Vergleichsgespräche geführt hätten (act. 37 Rz 5).

E. 12.1.2

Ein Vergleich könne nur dann zustande kommen, wenn beide Parteien gegenseitige Zugeständnisse machen würden. Gegenseitige Zugeständnisse würden den Vergleich somit von der Schuldanerkennung abgrenzen, bei der jeweils nur eine Partei ein Zugeständnis mache. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz sei insoweit korrekt, als die Parteien E-Mails ausgetauscht hätten, in denen es um gegenseitige Forderungen gegangen sei. Die Klägerin habe die E-Mail-Korrespondenz in Gang gesetzt und der Beklagten am 9. Juni 2020 eine Zusammenstellung für die "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen" unterbreitet [vgl. act. 19/683 bzw. act. 31/2: "Vorschlag Zusammenstellung für die nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen"]. Dabei habe die Beklagte zwischen Mängeln unterschieden, die infolge eines Verschuldens der Klägerin innerhalb und ausserhalb des Gebäudes (73 Stück à je CHF 365.00 und 3 Stück à je CHF 977.52) entstanden seien. Diese Forderung habe die Klägerin mit einer eigenen Forderung gegenüber der Beklagten verrechnen wollen. Somit sei fraglich, ob es sich dabei überhaupt um ein klägerisches Zugeständnis handle, habe doch die Klägerin anerkannt, für gewisse "nicht erfolgreiche Inbetriebnahmen" verantwortlich zu sein und eine Verrechnung dieser Forderung mit einer Gegenforderung der Beklagten

vorgeschlagen. Dabei handle es sich entweder um das Bemühen der Klägerin, ihren Verpflichtungen aus den durch sie verursachten, "nicht erfolgreichen Inbetriebnahmen" nachzukommen oder um die grundsätzliche "Betätigung ihres Zahlungswillens" oder eventualiter um einen Vorschlag der Klägerin, in Vergleichsverhandlungen zu treten. In der Folge habe die Beklagte der Klägerin am 19. Juni 2020 auf deren E-Mail geantwortet und ihr eine Forderungszusammenstellung zukommen lassen (act. 19/683). In den nachfolgenden E-Mails der Parteien sei es sodann bis zum 23. Juni 2020 lediglich um Terminfindungen gegangen. Am 23. Juni 2020 habe die Klägerin

Seite 42/46 der Beklagten die von ihr handschriftlich bearbeitete Liste zurückgeschickt (act. 31/2). Aus dieser Liste gehe hervor, dass sich G. _____ mit Setzen des "Häkchens" in der Spalte "Verschulden A. _____ GmbH" mit der Zurechnung der Kosten aus der Mängelbehebung grundsätzlich einverstanden erklärt und lediglich bei drei Forderungen Anpassungen vorgenommen und dadurch die Verrechnungsforderung von CHF 124'091.44 auf CHF 111'988.24 korrigiert habe. Insbesondere zeige sich, dass die E-Mail der Klägerin vom 9. Juni 2020 mit dieser Forderungszusammenstellung nicht in Verbindung gebracht werden könne. Die Klägerin habe sich nämlich in der E-Mail vom 9. Juni 2020 auf "nicht erfolgreiche Inbetriebnahmen" gestützt, welche pro Stück je CHF 365.00 bzw. CHF 977.52 gekostet hätten. Solche Beträge seien jedoch in der Forderungszusammenstellung, die G. _____ handschriftlich bearbeitet habe, nicht zu finden (act. 19/683; act. 31/2; act. 51 Ziff. 114). Daraufhin habe die Beklagte der Klägerin gleichentags [d.h. am 23. Juni 2020] geantwortet, dass sie die unterschiedliche Verteilung bei "3 L. _____-Schadensrechnungen" prüfen werde. Dies sei kein Zugeständnis der Beklagten, sondern lediglich eine Information an die Klägerin gewesen. Die Beklagte habe demnach keinerlei Zugeständnisse gemacht und auf keine Ansprüche mit greifbaren Erfolgsaussichten verzichtet, sodass die für einen Vergleich erforderlichen gegenseitigen Konzessionen fehlen würden. Es handle sich lediglich um den Vorschlag der Klägerin an die Beklagte, gewisse Zugeständnisse zu machen und auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten. Die Beklagte habe zu diesem Vorschlag jedoch nie "ja" gesagt und folglich keine Zugeständnisse gemacht. Ebenso wenig sei sie auf Vergleichsgespräche eingetreten. Die Annahme der Vorinstanz, dass es sich bei der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem 9. und dem 23. Juni 2020 um Vergleichsgespräche gehandelt habe, sei folglich nicht korrekt, da eine wesentliche Voraussetzung von Vergleichsverhandlungen – nämlich die gegenseitigen Zugeständnisse – nicht erfüllt sei. Ausserdem habe die Klägerin mit keinem Wort erwähnt, dass es sich bei den Vergleichsverhandlungen um vertrauliche Gespräche gehandelt habe (act. 37 Rz 5), was die Vorinstanz aber unzutreffend als Sachverhaltselement in ihre Entscheidung miteinbezogen habe. Es bleibe somit lediglich das von der Klägerin – mindestens hinsichtlich eines Teils der Verrechnungsforderungen – abgegebene Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 17 OR. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass bereits das Aufführen einer klägerischen Forderung durch die Beklagte in der Forderungszusammenstellung ein Zugeständnis sein sollte, sei festzuhalten, dass dies "in keiner Weise ersichtlich sei". Überdies sei ein solcher Sachverhalt von den Parteien, insbesondere von der Klägerin, nicht vorgebracht worden. Aus den Parteivorträgen gehe klar hervor, dass es sich bei der Forderungszusammenstellung um ein reines Abrechnungsverhältnis gehandelt habe (vgl. act. 86 Rz 178-190 und 224).

E. 12.2

Auch diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass die Beklagte in der Berufung teilweise unzulässig nachsubstanziert (vgl. vorne E. 2.3.1; act. 92 Rz 157 und 160), verkennt sie, dass nicht darüber zu entscheiden ist, ob die Parteien einen Vergleich abgeschlossen haben. Das Zustandekommen eines Vergleichs wurde von keiner Partei geltend gemacht, weshalb auch die diesbezüglichen Voraussetzungen nicht näher zu prüfen sind. Es geht einzig um die Frage, ob die Parteien über ihre gegenseitigen Forderungen Vergleichsgespräche geführt haben. Dies ist – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – zu bejahen, zumal die Beklagte selbst eingeräumt hat, dass sie hinsichtlich ihrer gegenseitigen Forderungen Vergleichsgespräche geführt hätten (vgl. vorne E. 2.3.4 und act. 39 Rz 2; vorne E. 8.3 und act. 86 Rz 166; s. auch act. 51 Ziff. 118, wo J. _____ von "Verhandlungsbasis" spricht; s. auch act. 92 Rz 161). Vorliegend ist ausserdem nicht entscheidend, ob die Ver-

Seite 43/46 gleichsgespräche vertraulich geführt wurden. Entscheidend ist vielmehr, dass Äusserungen in Vergleichsgesprächen grundsätzlich unpräjudiziell sind, was sich ohne Weiteres aus der Natur der Vergleichsverhandlungen ergibt und nicht separat behauptet werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_77/2023 vom 27. September 2023 E. 3.2.4 und 3.4.2). Demnach hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Klägerin im Rahmen dieser Vergleichsgespräche keine Forderungen der Beklagten anerkannt hat (vgl. hierzu auch act. 83 E. 5.2.2 m.w.H.). Folglich kann die Beklagte solche Forderungen auch nicht zur Verrechnung bringen.

E. 13

Abschliessend beantragt die Beklagte die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, da der Sachverhalt gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO in wesentlichen Teilen zu vervollständigen sei. Aufgrund der falschen "Akturierung", der unvollständigen Beweisverfügung sowie der Verletzung der Verhandlungsmaxime und dem Überschreiten des Ermessens bei der freien Beweiswürdigung sei der Sachverhalt in wesentlichen Teilen lückenhaft bzw. falsch ermittelt worden (act. 86 Rz 27 f. und 245 ff.).

E. 13.1

Zur Begründung bringt die Beklagte zusammengefasst Folgendes vor:

E. 13.1.1

Die falsch vorgenommene "Akturierung" habe dazu geführt, dass es weder den Parteien noch dem Berufungsgericht möglich (gewesen) sei, nachzuvollziehen, auf welchen Sachverhalt sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid genau gestützt habe. Zudem habe die Vorinstanz eine unvollständige Beweisverfügung erlassen, was dazu geführt habe, dass es den Parteien nicht möglich gewesen sei, anhand der Beweisverfügung zu eruieren, welche Partei für welche Tatsachenbehauptungen die Beweislast treffe bzw. bei welchen Tatsachenbehauptungen der Gegenbeweis von welcher Partei zu erbringen sei (vgl. act. 86 Rz 246 f.).

E. 13.1.2

Überdies habe die Vorinstanz ihr Ermessen bei der freien Beweiswürdigung überschritten, indem sie gewisse von der Beklagten offerierten Beweise gar nicht oder nur unvollständig abgenommen habe. So habe die Beklagte bereits in der Klageantwort beantragt, dass die Vertragsgrundlagen betreffend das L. _____-Projekt bei der Klägerin zu edieren seien (act. 11 Rz 17). Einen entsprechenden Antrag habe die Beklagte in der Hauptverhandlung

vom 12. September 2023 gestellt (vgl. act. 79 Rz 4 und 17 f.). Die Vorinstanz habe diesem Beweisantrag unbegründet nicht stattgegeben, obwohl sie sich eine Edition der Vertragsgrundlagen in der Beweisverfügung noch explizit vorbehalten habe (vgl. act. 12 S. 4). Im Weiteren seien nur zwei der drei offerierten Zeugen bezüglich des verlorenen Materials befragt worden (act. 31 Rz 446). Obwohl die beiden befragten Zeugen [O._____ und S._____] zu dieser Frage keine abschliessende Antwort hätten geben können (act. 46 und 49), seien weder der zusätzlich offerierte Zeuge (P._____) noch die Parteien [bzw. J._____; vgl. act. 31 Rz 446] dazu befragt worden. Es sei der Beklagten somit nicht möglich gewesen, diesbezüglich den Beweis zu erbringen, was massgeblich daran gelegen habe, dass die Vorinstanz die Zeugen dazu ungerechtfertigterweise nicht befragt habe. Zudem habe die Vorinstanz die abgenommenen Beweise sehr selektiv "genutzt", um ihren Entscheid zu begründen. So habe sie bei zahlreichen "infrage stehenden Positionen" lediglich einzelne Aussagen isoliert betrachtet und derart für die Begründung "genutzt", dass es ein – wie es auf den ersten Blick erscheinen möge – stimmiges Resultat ergebe. Diese selektive Auswahl sei jedoch nicht mehr vom Prinzip der freien Beweiswürdigung gedeckt, weshalb die erneute Erstellung des Sachverhalts zwingend sei (vgl. act. 86 Rz 28 f. und 248-257).

Seite 44/46

E. 13.2

Was die Beklagte vorbringt, vermag eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO) nicht zu rechtfertigen.

E. 13.2.1

Die Einwände der Beklagten hinsichtlich der fehlerhaften "Akturierung", der mangelhaften Beweisverfügung, der verletzten Verhandlungsmaxime und der unvollständigen Befragungen betreffend das verlorene Material wurden bereits behandelt. Sie sind – wie dargelegt – unbegründet, weshalb eine Rückweisung von vorneherein ausser Betracht fällt (vgl. vorne E. 2.4, 2.5, 4.3 und 10.3).

E. 13.2.2

Der Vorwurf der Beklagten, wonach die Vorinstanz die Vertragsgrundlagen betreffend das L._____-Projekt bei der Klägerin zu Unrecht nicht ediert habe, kann ebenfalls nicht gehört werden. Wird die Berufung nämlich damit begründet, dass die Vorinstanz einem erstinstanzlichen Beweisantrag zu Unrecht nicht entsprochen hat, so ist der entsprechende Beweisantrag vor dem Berufungsgericht erneut zu stellen. Ausserdem ist in der Berufung näher darzulegen, zu welchem abweichenden Ergebnis die Abnahme des verweigerten Beweises geführt hätte (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A_917/2018 vom 20. Juni 2019 E. 3.3.1; Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 311 ZPO N 7). Diesen Anforderungen kommt die Beklagte nicht nach: In der Berufung erneuert sie weder den Beweisantrag noch macht sie substanziierte Ausführungen zu einem allenfalls abweichenden Beweisergebnis. Demzufolge ist auf die Berufung diesbezüglich nicht einzutreten (vgl. vorne E. 2.1). Im Übrigen stellte sie den Beweisantrag nur zum Beweis des Gerichtsstands Zürich (act. 11 Rz 17), der aber im obergerichtlichen Verfahren – mangels Anfechtung der entsprechenden Begründung der Vorinstanz – gar kein Thema mehr ist.

E. 13.2.3

Ebenso wenig hat die Vorinstanz den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt. Dass sie gewissen Aussagen der befragten Personen mehr Gewicht beimass als anderen, ist vorliegend nicht als willkürlich zu betrachten. Die Beklage zeigt insbesondere nicht auf, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar sein, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen soll (vgl. Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 157 ZPO N 5 m.w.H.). Im Übrigen bleiben – wie dargelegt – auch mit der Vereinbarung einer "Pay-When-Paid"-Klausel die geltend gemachten Forderungen fällig (vgl. vorne E. 4.3 m.w.H.; act. 86 Rz 28 bzw. 251 ff. i.V.m. Rz 56 ff., 66 ff., 75 ff. und 142-154). Die von G. _____ in der Forderungszusammenstellung gesetzten "Häkchen" (vgl. act. 86 Rz 28 i.V.m. Rz 202 ff.) sind sodann nicht wegen seiner (nachträglichen) Aussagen, sondern aufgrund der Tatsache, dass Vergleichsgespräche geführt wurden, nicht als Anerkennung berücksichtigt worden (vgl. vorne E. 9.4 i.V.m. E. 12). Schliesslich hat die Vorinstanz die relevanten Aussagen im Zusammenhang mit der "Verrechnung von Mängelbehebungskosten anderer Subunternehmer" – entgegen den Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 86 Rz 28 bzw. 254 i.V.m. 213 ff.) – einlässlich und zutreffend gewürdigt (vgl. vorne E. 9.4).

E. 13.3

Nach dem Gesagten besteht kein Anlass, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 14

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung hinsichtlich der Verzugszinse teilweise gutzuheissen ist (vgl. vorne E. 6.3 und 7.6), was dazu führt, dass Dispositiv-Ziff. 1.1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und entsprechend anzupassen ist. Im Übrigen ist die Seite 45/46 Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

E. 15

Aufgrund der teilweisen Guttheissung der Berufung wären grundsätzlich auch die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu verteilen (Art. 106 und Art. 318 Abs. 3 ZPO). Damit darüber neu befunden werden kann, bedarf es jedoch eines reformatorischen und bezifferten Begehrens bzw. Antrags (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_872/2022 vom 6. Juni 2023 E. 3.3; Urteil des Obergerichts Zug Z1 2023 4 vom 26. Januar 2024 E. 12 m.w.H.). Die Beklagte stellte im Rechtsmittelbegehren keinen Antrag auf Neuverlegung der erstinstanzlichen Prozesskosten. Einzig in der Begründung findet sich ganz am Schluss der Hinweis, dass "die Rechtsmittelinstanz auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens [entscheidet], wenn sie einen neuen Entscheid trifft. Wie beantragt hat das Berufungsgericht die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) deshalb zu Lasten der Berufungsbeklagten zu verteilen" (act. 86 Rz 265). Ob dieser Hinweis einem hinreichend bezifferten Begehren bzw. Antrag gleichzusetzen ist, kann vorliegend offengelassen werden. Selbst ein hinreichender Antrag der Beklagten hätte nämlich nicht zu anderen Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Entscheid geführt. Die Gerichtskosten und Parteientschädigungen wären – beim weiterhin fast vollständigen Unterliegen der Beklagten im Hauptpunkt (eingeklagte Grundforderung von CHF 541'596.49; zugesprochene Grundforderung von CHF 531'489.70) – auch bei einem Obsiegen der Beklagten bei den (für den Streitwert an sich irrelevanten) Verzugszinsen im

Umfang von CHF 45'285.05 (Verzugszins zu 5 % auf CHF 277'432.00 vom 30. April 2018 bis 17. Februar 2021 [= CHF 38'916.50] und Verzugszins zu 5 % auf CHF 254'057.70 vom 18. August 2020 bis 17. Februar 2021 [= CHF 6'368.55]) weiterhin vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen gewesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_171/2021 vom 27. April 2021 E. 5.2 f. m.w.H.). Demnach sind die Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des erstinstanzlichen Entscheids nicht abzuändern.

E. 16

Abschliessend ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden.

E. 16.1

Der für die Festsetzung der Gerichtskosten massgebende Streitwert beläuft sich vorliegend auf CHF 541'596.49 (act. 83 E. 7.1; § 15 Abs. 1 KoV OG). Bei diesem Streitwert beträgt die ordentliche Entscheidgebühr rund CHF 18'956.00 (§ 11 Abs. 1 KoV OG). Angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit des vorliegenden Falls sowie des Verfahrens betreffend Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung (vgl. act. 103) rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr auf CHF 20'000.00 zu erhöhen (§ 4 Abs. 1 KoV OG). Da die Beklagte weitestgehend unterliegt (vgl. vorne E. 15), hat sie die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich zu tragen.

E. 16.2

Hinsichtlich der Festsetzung der Parteientschädigung ist der im Berufungsverfahren noch in Betracht kommende Streitwert massgebend (§ 8 Abs. 1 AnwT). Dieser beträgt vorliegend CHF 531'489.70, sodass sich das Grundhonorar der Rechtsanwälte auf CHF 24'029.80 beläuft (§ 3 Abs. 1 AnwT). Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ist das Grundhonorar auf zwei Drittel (= CHF 16'019.85) zu reduzieren (§ 8 Abs. 1 AnwT). Für Zuschläge besteht kein Anlass. Hinzuzurechnen sind eine Auslagenpauschale von 3 % (= CHF 480.60; § 25 Abs. 2 AnwT) und die MWST (§ 25a Abs. 1 AnwT). Da der Aufwand des Rechtsvertreters der Klägerin fast ausschliesslich im Jahr 2024 angefallen ist, findet der Steuersatz von 8,1 % Anwen-

Seite 46/46 dung (= CHF 1'336.55). Insgesamt ergibt sich eine Parteientschädigung von gerundet CHF 17'835.00, welche die Beklagte der Klägerin zu bezahlen hat. Urteilsspruch

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