

# ZH\_HANDELSGERICHT HG140210 vom 31. März 2017

Zh Handelsgericht, 2017-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG140210](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140210)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG140210 du 31 mars 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG140210 del 31 marzo 2017

## Erwägungen

### E. 4

Formelles

#### E. 4.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Ziff. 10.2 des TU-Werkvertrages, wo- nach die Parteien als Gerichtsstand Zürich vereinbart haben. Dies blieb auch un- bestritten.

- 7 - Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich sodann aus Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG.

#### E. 4.2

Klageänderung Replicando ergänzte die Klägerin das Rechtsbegehren insofern, als sie der Be- klagten gestützt auf Art. 82 OR gegen Bezahlung der Forderung die Aushändi- gung Zug-um-Zug der Gewährleistungsgarantie gemäss Art. 8.1 des TU- Werkvertrages vom 12. Juni 2013 anbietet (act. 50 S. 2). Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Der sachliche Zusammenhang ist vorliegend klar gegeben. Sowohl die Werklohn- forderung wie auch die Aushändigung der Gewährleistungsgarantie basieren auf dem TU-Werkvertrag vom 14. Juni 2013. Die Klageänderung erfolgte mit Einrei- chung der zweiten Rechtsschrift im Sinne von Art. 225 ZPO. Die erhöhten Anfor- derungen an eine Klageänderung im Sinne von Art. 230 ZPO, wie diese von der Beklagten vorgebracht werden (act. 54 S. 3 f.), greifen vorliegend nicht. Die Kla- geänderung ist somit zulässig.

#### E. 4.3

Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts Die Klägerin hat beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des hiesigen Ge- richts mit Gesuch vom 28. Juli 2014 um vorläufige Eintragung eines Bauhandwer- kerpfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten über den Forderungsbetrag von CHF 1'669'057.30 ersucht (Geschäft Nr. HE140257). Mit Urteil vom 27. Au- gust 2014 bestätigte das Einzelgericht des Handelsgerichts die am 29. Juli 2014 angeordnete einstweilige Anweisung des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ zur vorläufi- gen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts. Darin wurde der Klägerin Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts angesetzt, welche mit der Einreichung der Klagebegründung gewahrt wurde (vgl. act. 8 aus Geschäft Nr. HE140257).

#### **E. 4.4**

Übrige Prozessvoraussetzungen Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZPO sind erfüllt.

#### **E. 5**

Materielles

##### **E. 5.1**

Klägerische Forderung auf Werklohn Wie bereits erwähnt, fordert die Klägerin die Bezahlung der nach ihren Berechnungen noch ausstehenden Werklohnforderung. Die Beklagte macht hiergegen zusammengefasst geltend, dass die eingeklagte Forderung mangels rechtsgültiger Abnahme des Werks einerseits nicht fällig sei (act. 22 S. 9). Andererseits bestreitet sie die Forderung auch inhaltlich (act. 22 S. 8). Entsprechend ist zunächst auf die Fälligkeit einzugehen.

##### **E. 5.1.1**

Fälligkeit

###### **E. 5.1.1.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, dass mangels rechtsgültiger Abnahme des Werks die in der Schlussrechnung aufgeführte Forderung nicht fällig sei (act. 22 S. 9). Sie stützt sich hierbei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche besage, dass die Ablieferung eines unvollständigen Werkes nicht zur Fälligkeit des Werklohns führe (act. 22 S. 9). Eine Forderung könne erst dann geltend gemacht und eingeklagt werden, wenn Bestand, Höhe und Fälligkeit ausgewiesen seien. Vorliegend sei die Fälligkeit nicht gegeben. Der Werklohn sei solange nicht geschuldet, bis eine ordentliche Abnahme und Genehmigung durch die Beklagte erfolgt sei (act. 22 S. 10). Die klägerische Behauptung, dass am 28. April 2014 das Werk abgenommen worden sei, weist die Beklagte zurück. Es habe vielmehr an jenem Tag eine Besichtigung stattgefunden, die jedoch nicht eine Abnahme im Rechtssinne gewesen sei (act. 22 S. 5). Dies ergebe sich schon daraus, dass das Amt für Baubewilligungen mit Schreiben vom 19. Januar 2015 die Klägerin zur ordentlichen Bauabnahme aufgefordert habe (act. 22 S. 5).

- 9 - Die Klägerin hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass am 28. April 2014 die Werkabnahme stattgefunden habe (act. 50 Rz 18). Es sei ein Abnahmeprotokoll gemäss Art. 157 ff. SIA-Norm 118 erstellt worden (act. 50 Rz 19). Dieses sei sowohl von der Klägerin als Totalunternehmerin wie auch von der Beklagten als Bauherrin unterzeichnet worden, wobei eine Mängelbehebung bis zum 30. April 2014 vereinbart worden sei (act. 50 Rz 20). Die Abnahme sei auch auf Anweisung der Beklagten erfolgt, da ein Grossteil der Mieter per 1. Mai 2014 in die Mietwohnungen eingezogen sei (act. 50 Rz 21). In Bezug auf die öffentliche Bauabnahme bringt die Klägerin vor, dass diese am 24. April 2014 stattgefunden habe. Entsprechend datiere die rechtskräftige Bauabnahmeverfügung vom 25. April 2014. Mit Schreiben vom 19. Januar 2015 habe das Amt für Baubewilligungen die Stadt Zürich lediglich dazu aufgefordert, gewisse Auflagen zu erfüllen (act. 50 Rz 22). Die Fälligkeit der Werklohnforderung hänge sodann nicht von der Werkabnahme ab. Gemäss Ziff. 31.1 der Allgemeinen Bedingungen hätten bei Vorliegen eines vertraglichen Zahlungsplans die Zahlungen auf die darin festgelegten Fälligkeitstermine erfolgen müssen. Einen solchen Plan hätten die Parteien in Beilage 5 des TU-Werkvertrages am 17. Mai 2013 vereinbart. Danach sei die 7. Akontozahlung in der Höhe von CHF 500'000.– am

15. März 2014 und die 8. Akontozahlung in der Höhe von weiteren CHF 500'000.– am 15. April 2014 fällig gewesen (act. 50 Rz 85). Gemäss werkvertraglich vereinbartem Zahlungsplan wäre nach klägerischer Darstellung die Schlussrechnung am 30. Mai 2014 fällig gewesen, welche die Klägerin der Beklagten am 24. Juli 2014 zugestellt habe. Nach Art. 155 Abs. 1 der SIA-Norm 118 werde die Schlussrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung fällig und sei innert 30 Tagen zu bezahlen. Werde die Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 derselben Norm nicht eingehalten, so könne der Unternehmer eine monatige Nachfrist ansetzen, mit deren Ablauf seine Forderung auch ohne Bescheid der Bauleitung fällig werde. Dies sei vorliegend geschehen. Die Beklagte habe sich nicht an die Prüfungsfrist gehalten, so dass die Forderung nach Art. 154 Abs. 2 der SIA-Norm 118 fällig geworden sei (act. 50 Rz 86). Duplicando hält die Beklagte an ihrer Darstellung eines nicht vollendeten und nicht abgenommenen Werkes fest. Sie bestreitet die Anwendbarkeit der Fälligkeitsklausel nach den AVB mit der Begründung, dass die Beklagte hinsichtlich der

- 10 - Innendämmung getäuscht oder zumindest falsch informiert worden sei und unzählige Baumängel vorgelegen hätten, die die Klägerin zu verantworten und zu beheben gehabt hätte (act. 54 S. 22). Die Beklagte sei vorliegend wegen vorgängigen Vertragsverletzungen dazu berechtigt, die Werkpreiszahlung zurückzubehalten; die Fälligkeitsklausel nach den AVB finde dann keine Anwendung (act. 54 S. 22). Vorliegend sei die Fälligkeit nicht gegeben und die Höhe der Forderung aufgrund der Vertragsverletzungen der Klägerin bestritten. Hinsichtlich der nach dem 28. April 2014 noch ausstehenden Arbeiten bringt die Beklagte vor, dass noch die Terrasse ausgebaut, Fenster montiert, im Erdgeschoss Elektro- und Gipsarbeiten ausgeführt und Fensterbrüstungen aufgemauert hätten werden müssen. Diverse Arbeiten am Estrich seien bis heute nicht abgeschlossen, so dass man jedenfalls nicht von einem vollständigen Werk sprechen könne. Es handle sich jedenfalls nicht um die Behebung von unwesentlichen Mängeln (act. 54 S. 21). Vielmehr gehe es um Falschberatungen der Klägerin, die zu enormen Mindereinnahmen von Mietzinsen für die Beklagte geführt hätten bzw. führten und um Baumängel, die extreme Folgekosten für die Beklagte generieren würden (act. 54 S. 22). Schliesslich beruft sich die Beklagte auf die Ungewöhnlichkeitsklausel und leitet daraus die Nichtanwendung der entsprechenden AVB-Bestimmung ab (act. 54 S. 22).

#### **E. 5.1.1.2**

Rechtliches und Würdigung Art. 372 OR hält den Grundsatz fest, wonach der Werkbesteller den Werklohn bei Ablieferung des Werkes zu bezahlen hat, wobei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Mangelhaftigkeit des Werkes den Eintritt der Fälligkeit grundsätzlich nicht verhindert (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Rz 1155; BGE 128 III 738 = Pra 93 (2004) Nr. 147). Diesem Grundsatz werden Abreden über die Fälligkeit vorbehalten. Ziffer 31.1 der zum TU-Werkvertrag vereinbarten AVB bestimmt sodann, dass – sollte ein vertraglicher Zahlungsplan vereinbart worden sein – die Zahlungen auf die darin festgelegten Fälligkeitstermine zu erfolgen haben, wobei jede Revision des Bauprogramms eine entsprechende Anpassung des Zahlungsplans bedingt. Ohne anderweitige Vereinbarung sind die nicht im Zahlungsplan enthaltenen Leis-

- 11 - tungen und Mehrkosten innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zur Zahlung fällig (Ziff. 31.2 der AVB). Nach Ziff. 31.3 AVB ist der Bauherr bei geringfügigen Rückständen auf das Bauprogramm oder bei Mängeln bei der Bauabnahme, die den vorgesehenen Gebrauch des Bauwerks nicht wesentlich beeinträchtigen, nicht berechtigt, Zahlungen zurückzubehalten. Mit Beilage 5 zum TU-Werkvertrag wurde ein solcher Zahlungsplan

zumindest vorgeschlagen. Dieser besagt, dass die Teilrechnung 7 am 15. März 2014 fällig war, sofern die allgemeinen Tischlerarbeiten, Bodenbeläge und der Küchenbau fertig waren. Die Teilrechnung 8 war in der Folge am 15. April 2014 fällig, sofern die Fassadenarbeiten/Sonnenschutz abgeschlossen waren. Die Schlussrechnung wurde schliesslich am 30. Mai 2014 fällig, falls die Fertigstellung und Übergabe erfolgt war (act. 3/2). Etwaig geschuldete Nachträge und Mehrkosten waren demzufolge innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zur Zahlung fällig (Ziff. 31.2 AVB). Hinsichtlich der Bauabnahme stellt sich die Klägerin wie erwähnt auf den Standpunkt, dass diese am 28. April 2014 erfolgt sei, wobei eine Mängelbehebung bis zum 30. April 2014 vereinbart worden sei. Die Beklagte hingegen verneint eine Werkabnahme bzw. -übergabe, die die Fälligkeit der Schlussrechnung begründen würde. Die Klägerin stützt sich hierzu einerseits auf die Bauabnahmeverfügung des Amtes für Baubewilligungen der Stadt Zürich vom 24. April 2014, wonach die Bauabnahme formell verfügt wurde. Mit dieser Verfügung wurde der Bezug des Wohnhauses grundsätzlich bewilligt (act. 51/38). Dies betrifft jedoch lediglich die öffentliche-rechtliche Bauabnahme und nicht die privatrechtliche, welche zwischen Unternehmer und Bauherr im Sinne des TU-Werkvertrages die Fälligkeit der Werklohnforderungen auslöst. Andererseits und hauptsächlich stützt sich die Klägerin auf das Abnahmeprotokoll, welches vom 28. April 2014 datiert und insbesondere von der Bauherrin, also der Beklagten unterzeichnet wurde. Darin wurde explizit auf die Bestimmungen in Art. 157 ff. der SIA-Norm 118 verwiesen, welche unbestrittenermassen anwendbar sind, was sich auch klar aus Ziff. 2.2.1 des TU-Werkvertrages ergibt ("Gemäss SIA 118 Art. 157 ff.", vgl. act. 3/6 S. 1). Auf dem Deckblatt hielten die Parteien fest, dass es sich um die Abnahme eines "vollendeten" Werkes mit "unwesentlichen" Mängeln handelte. Hinsichtlich der Wesentlichkeit bzw. Unwesentlichkeit der zu behebbenden Mängel legte die Be-

- 12 - klagte auch nicht weiter dar, inwiefern die von ihr vorgebrachten Mängel hätten wesentlich sein sollen bzw. inwiefern diese den Gebrauch des Werkes wesentlich hätten beeinträchtigen sollen. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass eine Abnahme im Sinne des Zahlungsplans erfolgt und die Fälligkeit der Schlussabrechnung somit grundsätzlich eingetreten ist. Eine andere Frage ist die des Zustandekommens der Innendämmung. In diesem Zusammenhang macht die Beklagte geltend, dass sie von der Klägerin getäuscht oder zumindest falsch informiert worden sei. Abgesehen davon, dass diese Behauptungen in diesem Zusammenhang sehr rudimentär ausfielen und wohl näher hätten substantiiert werden müssen, ist zu bemerken, dass, selbst bei Bejahung einer Täuschung oder falschen Information bzw. Aufklärung, eine solche die Fälligkeit der Werklohnforderung nicht beschlagen würde. Vielmehr wäre dies im Zusammenhang mit der Berechnung der Forderung zu berücksichtigen. Festzuhalten ist somit, dass die von der Klägerin geltend gemachte Werklohnforderung grundsätzlich fällig und somit durchsetzbar ist.

### **E. 5.1.2**

Höhe der klägerischen Forderung Die Klägerin macht Mehrkosten einerseits aus Projektänderungen und andererseits betreffend Budgetpositionen geltend, worauf nachfolgend einzeln einzugehen ist.

#### **E. 5.1.2.1**

Ausstehende Werklohnforderung Die Parteien sind sich einig, dass vom ursprünglich vereinbarten Werkpreis von CHF 4'250'000.– (exkl. MwSt.) bzw. CHF 4'590'000.– (inkl. MwSt.) die Summe von CHF 3'343'931.70 bezahlt worden ist. Somit ist der Betrag von CHF 1'246'068.30 (inkl. MwSt.) vom ursprünglich vereinbarten Werkpreis noch ausstehend, grundsätzlich unbestritten und folglich von der Beklagten geschuldet.

- 13 -

#### **E. 5.1.2.2**

Projektänderungen/Nachträge Zusammengefasst bringt die Klägerin vor, dass zur hauptvertraglichen Werkvertragsleistung insgesamt 23 Projektänderungen hinzugekommen seien, von welchen sie schliesslich drei nicht ausgeführt habe (Projektänderung Nr. 11, 12 und 15), da diese von der Beklagten nicht mehr gewünscht worden seien. Drei weitere Projektänderungen hätten Budgetpositionen betroffen und seien separat im Rahmen der Budgetpositionen abgerechnet worden (Projektänderung Nr. 18, 19 und 21) (act. 1 Rz 18). Insgesamt seien Nachträge in der Höhe von total CHF 334'565.70 exkl. MwSt. ausgeführt und teilweise von der Beklagten auch bezahlt worden (act. 1 Rz 19). Die Beklagte bestreitet die klägerische Forderung mit der Begründung, dass die Nachtragsarbeiten Nr. 1, 2, 7, 10, 16 und 22 bereits im TU-Werkvertrag enthalten seien. Bei den Nachträgen Nr. 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13 und 20 würden entweder die Aufträge oder die Rechnungen fehlen, weshalb die Forderung nicht ausgewiesen sei (act. 22 S. 8). Replicando substantiierte die Klägerin nach, so dass nachfolgend auf die einzelnen Nachträge gesondert einzugehen ist. Diesbezüglich begnügte sich die Beklagte mit einer grundsätzlichen Bestreitung und bestritt im Einzelnen nur gewisse von der Klägerin geltend gemachte Projektänderungen explizit. Hierzu ist zu bemerken, dass die Klägerin in ihrer zweiten Rechtschrift detaillierte Ausführungen zu ihren behaupteten Nachtragsarbeiten macht, die Beklagte in ihren Bestreitungen jedoch einen vergleichbaren Detaillierungsgrad vermissen lässt. Es ist von Bundesrechts wegen zulässig, von der beklagten Partei zu verlangen, dass sie, wenn die klagende Partei detaillierte Behauptungen aufgestellt hat, im Detail an gibt, was sie bestreitet und was sie allenfalls anerkennt (vgl. BGE 117 II 113 m.w.H. sowie BGer 4A\_178/2015 vom 11. September 2015, E. 2.6). Fehlen solche substantiierte Bestreitungen, so ist von einer Anerkennung der betreffenden Tatsache auszugehen. Nachtrag 1: Die Klägerin stützt sich in Bezug auf die nachträglichen Abbrucharbeiten, welche zusätzliche Kosten in der Höhe von CHF 3'355.– verursacht ha-

- 14 - ben sollen, auf act. 51/74 (act. 50 Rz 50). Die Beklagte bringt hierzu lediglich vor, dass diese bereits im TU-Werkvertrag enthalten seien, ohne diesen jedoch genau zu zitieren (act. 22 S. 8). Aus act. 51/74 ergibt sich sodann klarerweise, dass die Rechnung für die zusätzlichen Abbrucharbeiten als Nachtrag 1 am 28. August 2013 von der Beklagten im Umfang von CHF 3'623.40 (inkl. MwSt.) unterschrieben freigegeben wurde. Eine weitergehende Bestreitung seitens der Beklagten unterblieb, weshalb die Klage in diesem Umfang gutzuheissen ist. Nachtrag 2: Unter dem Titel "Abluft Küche" macht die Klägerin Nachtragsarbeiten im Umfang von CHF 19'250.– geltend (act. 1 Rz 18) und führt replicando aus, dass für die Küchen Umluftdunstabzüge geplant gewesen seien, aufgrund einer nachträglichen Auflage der Baubehörde jedoch eine Abluftanlage eingebaut werden müssen. Dies habe zur Folge gehabt, dass andere Dunstabzüge sowie Kippmotoren für die Küchenfenster notwendig geworden seien. Schliesslich bemerkt die Klägerin, dass die Abluftverrohrungen mit Dachhauben bereits in BKP 244 enthalten seien (act. 50 Rz 59). Die Beklagte stellt sich hierzu auf den Standpunkt, dass diese Kosten aufgrund einer

Fehlkonstruktion nicht bewilligt und damit nicht unterzeichnet worden seien (act. 54 S. 20). Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB liegt es an der Klägerin, die Einwilligung und somit den Konsens zwischen den Parteien im Hinblick auf die Nachtragsarbeiten "andere Dunstabzüge sowie Kippmotoren für die Küchenfenster" zu beweisen. Um jedoch zum Beweis zugelassen zu werden, hat die Klägerin die Tatsachen, aufgrund welcher auf einen Konsens erkannt werden kann, rechtsgenügend zu behaupten. Wie erwähnt stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die geltend gemachten Mehrkosten aufgrund einer Fehlkonstruktion nicht bewilligt und daher auch nicht unterzeichnet worden seien. Dass sich die Parteien – angeblich – darüber verständigt und geeinigt hätten, hätte die Klägerin substantiiert darlegen müssen. Namentlich hätte sie darlegen müssen, zwischen wem dieser Konsens wann, wie und wo zustande gekommen sein soll. Die Klägerin begnügt sich damit, eine Erklärung für die Mehrkosten zu liefern, ohne jedoch darzulegen, inwiefern diese Nachtragsarbeiten im Einverständnis mit der Beklagten erbracht worden sein sollen. Dies wäre jedoch ihre Obliegenheit gewesen, um

- 15 - überhaupt zum Beweis zugelassen zu werden. Insofern ist die Klage mangels einer hinreichend substantiierten Behauptung abzuweisen. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass eine hinreichende Behauptung diesbezüglich vorläge, wäre die Klage abzuweisen: Die Klägerin stützt ihre Behauptungen hauptsächlich auf die Nachtragsabrechnung vom 20. November 2013 (act. 51/75). Hierzu ist zu bemerken, dass diese Abrechnung nicht unterzeichnet wurde und damit auch keine Freigabe erteilt worden ist. Ferner reicht die Klägerin eine E-Mail von E.\_\_\_\_\_ der F.\_\_\_\_\_ AG ins Recht, woraus ersichtlich ist, dass die Mehrkosten für den Dampfabzug total CHF 7'500.– betragen (act. 51/75.1). Auch daraus ginge jedoch keine Genehmigung der Gegenseite hervor, weshalb aus dieser Urkunde nichts weiter abgeleitet werden könnte. Schliesslich bezieht sich die Klägerin auf den Auszug aus NPK 371 "Fenster und Fenstertüren" vom 13. September 2013, woraus zwar ersichtlich wäre, dass die Mehrkosten für die Fensterkonstruktion CHF 10'000.– betragen; eine Einwilligung bzw. Genehmigung der beklagten Seite ergäbe sich daraus jedoch ebenfalls nicht. Damit würden die von der Klägerin angerufenen Zeugen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ verbleiben. Zu diesen Zeugen ist zu bemerken, dass G.\_\_\_\_\_ für die Klägerin im Handelsregister als Kollektivzeichnungsberechtigter fungiert. Bei H.\_\_\_\_\_ handelt es sich gemäss den Rechtsschriften um den Bauleiter. Der Beweisführungsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 ZGB bzw. Art. 152 ZPO verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis bzw. Gegenbeweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind (vgl. BGE 133 III 295, E. 7.1 mit Hinweisen; BGer 4A\_36/2016 vom 14. April 2016, E. 5.1.2). Das Recht auf Beweis schliesst indessen die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Das Gericht darf auf die Abnahme beantragter Beweise verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine

- 16 - Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 136 I 229, E. 5.3; BGE 134 I 140, E. 5.3; BGE 131 I 153, E. 3). Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist (BGE 136 I 229, E. 5.3; BGE 134 I 140, E. 5.3; BGE 131 I 153, E. 3). Aufgrund des beschriebenen Näheverhältnisses des Zeugen G.\_\_\_\_\_ zur Klägerin wäre davon auszugehen, dass er wohl nichts zulasten der Klägerin ausgesagt hätte, so dass in

Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis und in antizipierter Beweiswürdigung auf eine Abnahme dieses Zeugen hätte verzichtet werden können (vgl. BGer 4A\_480/2007 vom 27. Mai 2008, E. 2.4, sowie BGer 4P.288/2006 vom 9. Mai 2007, E. 4.4). Beim Zeugen H.\_\_\_\_\_ als Bauleiter der Klägerin stehen klar Eigeninteressen im Raum, so dass auch hier eine antizipierte Beweiswürdigung angezeigt erscheint und auf die Abnahme des Zeugen H.\_\_\_\_\_ hätte verzichtet werden können (vgl. BGer 4A\_10/2007 vom 18. April 2007, E. 2.9, und BGer 5A\_257/2008 vom 15. April 2009, E. 4.2.2), zumal von ihm keine Aussage zu erwarten gewesen wäre, die gegen die Darstellung der Klägerin gesprochen hätte, um nicht selber Gefahr zu laufen, in Anspruch genommen zu werden. Auch aus diesem Grund wäre die Klage somit in diesem Punkt abzuweisen. Nachtrag 3: Unter Nachtrag 3 macht die Klägerin Mehrkosten im Umfang von CHF 33'022.80 geltend und führt aus, dass es um zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit dem Billardcenter und um ein neues Lager gegangen sei. Dabei habe die Klägerin auf Verlangen des Mieters den provisorischen WC-Container in die Fassade integrieren müssen, damit die Gäste das WC hätten aufsuchen können, ohne das Gebäude verlassen zu müssen, und ohne dass Parkfläche verloren ginge. Entsprechend habe die Beklagte die Mehrkosten im Umfang von CHF 19'328.10 (exkl. MwSt.) unterschriftlich genehmigt und anerkannt (act. 50 Rz 52). Die tatsächlichen Kosten für diese Zusatzarbeiten hätten jedoch CHF 33'022.80 betragen. Dabei listet die Klägerin im Detail auf, wie sich diese Summe zusammensetzt, und führt im Detail aus, weshalb diese Kosten angefallen seien (act. 50 Rz 52 f.).

- 17 - Die Beklagte anerkennt duplicando die Mehrkosten im Umfang von CHF 20'874.35 (inkl. MwSt.). Sie bestreitet die Zusatzkosten im darüber hinausgehenden Umfang zwar explizit, aber auch nur pauschal (act. 54 S. 20), und lässt eine substantiierte Bestreitung der darüber hinausgehenden, von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten vermissen, obwohl in act. 51/76.1 die einzelnen Positionen samt dazugehöriger Rapporte vorgelegen hätten. Folglich haben auch die Mehrkosten im Umfang von insgesamt CHF 12'148.45 als anerkannt zu gelten. Im Übrigen ist zu bemerken, dass gemäss act. 51/76, worauf sich die Klägerin hauptsächlich stützt, eine Abrechnung nach effektivem Aufwand seitens der Beklagten unterschriftlich vereinbart wurde. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 35'664.62 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 4: Bei Nachtrag 4 handelt es sich um eine Vergütung im Zusammenhang mit den Bodenbelägen in der Höhe von CHF 11'867.15 (inkl. MwSt.), welche seitens der Beklagten mangels anderslautender Bestreitung als anerkannt zu gelten hat (act. 50 Rz 50; act. 51/77; act. 54 S. 20). Im Übrigen wurde diese Vergütung in act. 51/77 durch die Beklagte unterschriftlich bestätigt. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 11'867.15 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 5: Auch bei Nachtrag 5 handelt es sich um eine Vergütung im Zusammenhang mit der Innendämmung bzw. dem Entfallen der Dämmfassade in der Höhe von CHF 67'601.61 (inkl. MwSt.), welche seitens der Beklagten mangels anderslautender Bestreitung als anerkannt zu gelten hat. Im Übrigen wurde diese Vergütung in act. 51/78 durch die Beklagte unterschriftlich bestätigt. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 67'601.61 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 6: Unter Nachtrag 6 macht die Klägerin Mehrkosten im Umfang von CHF 53'644.98 (exkl. MwSt.) für das Erstellen einer Treppe mit Durchbruch ins Untergeschoss geltend (act. 50 Rz 50). Die Beklagte bestreitet diese Mehrkosten

- 18 - und macht geltend, dass diese Auflage des Bauamtes der Beklagten nicht vorgelegt worden und nicht notwendig sei (act. 54 S. 20). Die Klägerin stützt ihre Forderung

hauptsächlich auf die Kostenaufstellung vom 22. September 2013 (act. 51/79). Daraus geht hervor, dass die Kosten für die Erstellung der Treppe mit Durchbruch ins Untergeschoss gemäss der zugehörigen Leistungszusammenstellung in der Höhe von CHF 53'644.98 (exkl. MwSt.) mit Unterschrift vom 13. Oktober 2013 freigegeben und somit von der Beklagten akzeptiert wurden. Inwiefern diese Kosten nicht notwendig gewesen sein sollen, führt die Beklagte jedoch nicht weiter aus. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 57'936.58 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 7: Unter Nachtrag 7 macht die Klägerin Mehrkosten für eine Holzverstärkung im Dachgeschoss im Umfang von CHF 1'870.– (exkl. MwSt.) geltend und verweist dabei auf act. 51/80 (act. 50 Rz 50). Die Beklagte begnügte sich diesbezüglich mit einer pauschalen Bestreitung, die den Bestreitungsanforderungen nicht genügt, so dass die Klage in diesem Punkt als anerkannt zu gelten hat. Im Übrigen wurden die geltend gemachten Nachtragsarbeiten seitens der Beklagten am 24. September 2013 unterschriftlich freigegeben (act. 51/80). Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 2'019.60 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 8: Unter Nachtrag 8 macht die Klägerin Mehrleistungen im Zusammenhang mit Asbestarbeiten im Umfang von CHF 935.– (exkl. MwSt.) geltend (act. 50 Rz 50). Auch diesbezüglich begnügt sich die Beklagte mit einer pauschalen Bestreitung (act. 54 S. 20). Entsprechend ist von einer Anerkennung in diesem Klagepunkt auszugehen. Im Übrigen deckt sich die klägerische Darstellung mit act. 51/81, wonach das Abtragen der asbesthaltigen Verkleidung bei allen Elektroverteilern im 1. bis 3. Obergeschoss mit Unterschrift vom 23. Oktober 2013 freigegeben wurde.

- 19 - Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 1'009.80 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 9: Hinsichtlich des von der Klägerin geltend gemachten Nachtrages 9 führt die Klägerin aus, dass es sich dabei um zusätzliche Statikmassnahmen vom 3. Obergeschoss bis ins Untergeschoss gehandelt habe. Die Beklagte habe die Kosten in der Höhe von CHF 143'325.04 (exkl. MwSt.) unterschriftlich genehmigt, jedoch hätten die tatsächlichen Kosten für diese Zusatzarbeiten CHF 171'474.90 betragen. Sie listet dabei die einzelnen Arbeiten in diesem Zusammenhang auf und verweist auf diverse Unterlagen (act. 50 Rz 56). Zu diesen Nachtragsarbeiten bringt die Beklagte vor, dass entweder der Auftrag oder die Rechnung fehle (act. 22 S. 8). Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den klägerischen Vorbringen lässt die Beklagte jedoch auch in diesem Punkt vermissen. Von einer hinreichend substantiierten Bestreitung kann vorliegend nicht die Rede sein, so dass auch in diesem Punkt von einer Anerkennung seitens der Beklagten auszugehen ist. Im Übrigen decken sich die klägerischen Vorbringen mit den von ihr ins Recht gereichten Akten. So wurden mit Unterschrift vom 4. Dezember 2013 die Nachtragsarbeiten im Umfang von CHF 143'325.04 (exkl. MwSt.) seitens der Beklagten freigegeben. Zu bemerken ist jedoch, dass dabei die Abrechnung nach effektivem Aufwand vereinbart wurde. Entsprechend korrigierte die Klägerin die Mehrkosten im Anschluss auf CHF 171'474.92 (exkl. MwSt.). Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 185'192.91 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 10: Unter Nachtrag 10 macht die Klägerin Arbeiten für eine Entrauchungsanlage in der Tiefgarage geltend, die gestützt auf eine nachträgliche Auflage der Brandschutzbehörde ausgeführt werden müssen (act. 50 Rz 62). In diesem Zusammenhang sei die Klägerin von der Beklagten nur angewiesen worden, die Ausführungsplanung vorzubereiten und bei den Behörden einzureichen sowie die Freigabe der Gebäudeversicherung zu erwirken. Die Sanierung der Tiefgarage sei nicht Bestandteil des TU-Werkvertrages gewesen; entsprechend

- 20 - habe die Klägerin keine Kenntnis darüber, wer die Entrauchungsanlage schlussendlich ausgeführt habe (act. 50 Rz 62). Die Klägerin fügt schliesslich an, dass es sich bei diesen Nachtragsarbeiten um notwendige Änderungen im Sinne von Ziff. 20.1 der Allgemeinen Bedingungen zum TU-Werkvertrag vom 12. Juni 2013 handle, die an die Klägerin zu vergüten seien (act. 50 Rz 63). Insgesamt macht die Klägerin in diesem Zusammenhang Kosten in der Höhe von CHF 14'157.– (exkl. MwSt.) geltend. Demgegenüber bestreitet die Beklagte diese Nachtragsarbeiten. Sie macht geltend, dass dieser Auftrag nicht unterzeichnet und somit auch nicht bewilligt worden sei (act. 54 S. 20). Die Klägerin stützt ihre Behauptungen zunächst auf die Kostenzusammenstellung der Nachtragsarbeiten im Zusammenhang mit den Brandschutzmassnahmen in der Tiefgarage vom 10. Juli 2014 (act. 51/83). Daraus geht zwar das Total der Kosten hervor, jedoch wurde diese Zusammenstellung von der Gegenseite nie unterzeichnet. Von einer Freigabe und Genehmigung kann somit aufgrund dieses Dokuments keine Rede sein. Aus dem Schreiben der Gebäudeversicherung des Kantons Zürich, welches die Klägerin als weiteres Beweismittel angerufen hat, ergibt sich indessen, dass am 13. Dezember 2013 das Gesuch für die Rauch- und Wärmeabzugsanlage in der Einstellhalle samt der zugehörigen Pläne eingereicht wurde. Daraufhin hat die Gebäudeversicherung die Überarbeitung verschiedener Punkte angeordnet. Mit der Klägerin ist sodann festzuhalten, dass gemäss Ziff. 20.1 der Allgemeinen Bedingungen zum TU-Werkvertrag vom 12. Juni 2013 eine behördliche Anordnung von verschiedenen Änderungen als eine "notwendige Änderung" zu bezeichnen ist. Sodann sieht Ziff. 20.2 derselben Bestimmungen vor, dass der Generalunternehmer verpflichtet ist, die notwendigen Änderungen zu veranlassen und den Bauherrn unverzüglich darüber zu orientieren. Schliesslich sehen die Bestimmungen vor, dass die durch notwendige Änderungen verursachte Mehr- oder Minderkosten ausserhalb des vertraglichen Werkpreises offen abgerechnet werden, einschliesslich der entsprechenden Honorare und der Risikoentschädi-

- 21 - gung des Generalunternehmers (vgl. Ziff. 20.3 von act. 3/2). Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es sich vorliegend um eine behördliche und damit notwendige Änderung gehandelt hat, welche offen abzurechnen war. Hinsichtlich der Höhe macht die Klägerin geltend, dass ihr Aufwendungen von insgesamt CHF 14'157.– (exkl. MwSt.) durch die Änderungen entstanden seien. Zur konkret geltend gemachten Höhe liess sich die Beklagte im vorliegenden Punkt nicht vernehmen. Entsprechend hat diese als anerkannt zu gelten. Auf eine Abnahme der beiden auch in diesem Zusammenhang offerierten Zeugen G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ kann somit verzichtet werden. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 15'289.56 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 13: Unter Nachtrag 13 macht die Klägerin Mehrarbeiten im Zusammenhang mit dem Ausbau der Terrasse im 2. Obergeschoss geltend. Diese hätten sich auf CHF 28'976.90 (exkl. MwSt.) belaufen und seien von der Beklagten am 21. Januar 2014 freigegeben worden (act. 50 Rz 50). Die Beklagte entgegnet dieser Behauptung, dass zu diesen Arbeiten entweder der Auftrag oder aber die Rechnung fehlen würden. Die Klägerin beruft sich diesbezüglich auf act. 50/84, woraus hervor geht, dass die Kosten für den Ausbau der Terrasse der 3.5-Zimmer Wohnung samt Leistungsverzeichnis in der Höhe von CHF 28'976.91 (exkl. MwSt.) mit Unterschrift vom 4. Dezember 2013 von der Beklagten freigegeben und somit genehmigt wurden. Die Klage ist somit in diesem Punkt im Umfang von CHF 31'295.06 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 14: Unter Nachtrag 14 macht die Klägerin zusätzliche Malerarbeiten im Billardcenter geltend. Die Kosten hätten sich insgesamt auf CHF 8'980.07 (exkl. MwSt.) belaufen. Diese Arbeiten hätte die

Klägerin auf Anordnung der Beklagten hin ausgeführt (act. 50 Rz 71 f.). Hierzu macht die Beklagte wiederum geltend, dass der entsprechend Auftrag nicht unterzeichnet und somit auch nicht bewilligt worden sei (act. 54 S. 20).

- 22 - Unter Verweis auf die Ausführungen zu den Nachtragsarbeiten 2 liegt es auch hier an der Klägerin, den behaupteten Konsens substantiiert darzutun, um überhaupt zum Beweis zugelassen zu werden. Demnach oblag es der Klägerin, darzulegen, wer, wann, wie die zusätzlichen Malerarbeiten angeordnet bzw. genehmigt haben soll. Das Anbieten von Urkunden und Zeugen vermag dieser Obliegenheit nicht gerecht zu werden. Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, in den von der Klägerin eingereichten Unterlagen diejenigen Tatsachen heraus zu suchen, welche von der Klägerin hätten behauptet werden müssen. Insofern ist die Klage in diesem Punkt wegen ungenügender Behauptung abzuweisen. Selbst wenn die klägerische Behauptung als hinreichend zu betrachten wäre, wäre Folgendes festzuhalten: Die Klägerin stützt ihre Behauptungen primär auf die Kostenzusammenstellung für die Nachtragsarbeiten im Zusammenhang mit den Malerarbeiten im Billardcenter (act. 51/85). Daraus geht zwar hervor, dass sich die Mehrkosten auf CHF 9'698.48 (inkl. MwSt.) belaufen, jedoch fehlt die Unterschrift eines Mitarbeiters der Beklagten. Eine Freigabe könnte aus dieser Urkunde somit nicht abgeleitet werden. Bei act. 51/85.1 und 51/85.2 handelt es sich um die Offerte bzw. die Rechnung der I. \_\_\_\_\_ AG, welche die Malerarbeiten ausgeführt hat. Auf der Offerte ist zwar ein handschriftlicher Vermerk erkennbar, dass das "OK" erteilt worden sei. Aufgrund der Adressierung dieser Offerte zu Händen der Klägerin wäre jedoch davon auszugehen, dass das OK nicht von der Beklagten direkt erteilt wurde. Gleiches gälte für die Rechnung. Jedenfalls könnte aus den Unterlagen keine Freigabe der Beklagten für die streitgegenständlichen Malerarbeiten abgeleitet werden. Zu den von der Klägerin angerufenen Zeugen wäre auf das oben Gesagte zu verweisen. Insgesamt wäre die Klage in diesem Punkt auch aus diesem Grund abzuweisen. Nachtrag 16: Unter Nachtrag 16 macht die Klägerin Mehrarbeiten für ein zusätzliches Lager im Untergeschoss geltend, welches durch die Klägerin auf nachträgliche Anordnung der Beklagten ausgeführt worden sei. Die Arbeiten im Umfang von CHF 8'003.38 (exkl. MwSt.) seien fachmännisch erbracht und von der

- 23 - Beklagten auch abgenommen worden (act. 50 Rz 66). Diesbezüglich macht die Beklagte geltend, dass der Auftrag nicht unterzeichnet und somit nicht bewilligt worden sei (act. 54 S. 20). Im Übrigen sei diese Forderung bereits im Totalunternehmervertrag enthalten (act. 22 S. 8). Grundsätzlich gilt auch hier das oben Gesagte zur Substantiierungslast der Klägerin, damit sie zum entsprechenden Beweis zugelassen wird. Vorliegend wird von der Beklagten wiederum eine Einwilligung und damit der Konsens bestritten. Entsprechend hätte die Klägerin substantiiert darlegen müssen, wer seitens der Beklagten, wann und wo die Nachtragsarbeiten genehmigt haben soll. Diesbezüglich macht die Klägerin jedoch keine Ausführungen, vielmehr sollen die entsprechenden Tatsachen aus den eingereichten Unterlagen hervorgehen. Wie bereits erwähnt ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die Tatsachen, welche im Behauptungsstadium von der Klägerin hätten dargelegt werden müssen, aus den eingereichten Unterlagen heraus zu suchen. Vielmehr hätte die Klägerin diese substantiiert darlegen müssen, um schliesslich zum entsprechenden Beweis zugelassen zu werden. Somit ist die Klage in diesem Punkt mangels einer hinreichend substantiierten Behauptung abzuweisen. Auch hier ist – sollte man eine hinreichende Substantiierung bejahen – in Bezug auf die eingereichten Unterlagen

Folgendes festzuhalten: Primär stützt sich die Klägerin wiederum auf die Zusammenstellung der Nach- tragskosten für das zusätzliche Lager (act. 51/86). Daraus gehen zwar die einzel- nen Positionen und die entsprechenden Kosten hervor, jedoch unterblieb eine un- terschriftliche Freigabe seitens der Beklagten, so dass daraus kaum etwas zu Gunsten der Klägerin abgeleitet werden könnte. Als act. 51/86.1 reicht die Kläge- rin ein Protokoll der Bauherrensitzung vom 16. Januar 2014 ein, anlässlich wel- cher seitens der Beklagten J.\_\_\_\_\_ zugegen gewesen ist. Das Protokoll wurde von K.\_\_\_\_\_ der Klägerin verfasst. Auf Seite 2 des Protokolls findet sich sodann der Passus, dass das Protokoll als genehmigt gelte, sofern nicht innert 3 Tagen eine Rückmeldung der Sitzungsteilnehmer erfolge (act. 51/86.1 S. 2). Eine solche ist offensichtlich unterblieben, jedenfalls wurde seitens der Beklagten nichts Der- gleichen vorgebracht. Entsprechend könnte von einer Genehmigung des Proto-

- 24 - kolls ausgegangen werden, so dass es zugunsten und zulasten beider Parteien uneingeschränkt gewürdigt werden könnte. Aus dem Protokoll geht hervor, dass der Nachtrag für eine separate Garage the- matisiert wurde. Jedenfalls wurde festgehalten "TU erstellt Nachtrag für separate Garage bei der Einfahrt TG zusammen". Als Termin hierfür wurde der 30. Januar 2014 festgehalten, also rund zwei Wochen nach der besagten Sitzung. Der Wort- laut lässt dabei relativ klar darauf schliessen, dass anlässlich der Bauherrensit- zung vereinbart wurde, dass der TU den entsprechenden Nachtrag zur Freigabe zusammenstellt, so wie dies für andere Nachträge (insbesondere NA 11-15) gleich oberhalb der relevanten Passage festgehalten wurde. Eine Freigabe der von der Klägerin behaupteten Nachtragsarbeiten könnte daraus jedoch nicht ab- geleitet werden. Als act. 51/86.2 reicht die Klägerin eine Offerte der L.\_\_\_\_\_ GmbH ins Recht, wo- raus jedoch nichts anderes als die zu erwartenden Kosten für den Abbruch her- vorgehen, was daher nicht weiter relevant wäre. Gleiches gälte für die von der Klägerin eingereichten act. 51/86.3 und 51/86.4. Daraus gingen zwar die notwendigen und – gemäss klägerischer Darstellung – ausgeführten Arbeiten hervor, eine Genehmigung der Nachtragsarbeiten seitens der Beklagten könnte daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Auch in diesem Punkt beantragte die Klägerin die Befragung der Zeugen H.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_. Hierzu gilt das bereits Gesagte. Insgesamt wäre die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen. Nachtrag 17: Unter Nachtrag 17 behauptet die Klägerin Minderkosten für den Handlauf eines Treppengeländers im Umfang von CHF 13'608.– (inkl. MwSt.) (act. 50 Rz 73). In Übereinstimmung mit den klägerischen Darstellungen werden diese Minderkosten seitens der Beklagten nicht bestritten, weshalb sie entspre- chend zu berücksichtigen und in Abzug zu bringen sind.

- 25 - Nachtrag 20: Unter Nachtrag 20 macht die Klägerin Arbeiten für eine Türe La- ger ... im Umfang von CHF 3'872.– (exkl. MwSt.) geltend (act. 1 Rz 18; act. 50 Rz 50). Diese Behauptung blieb von der Beklagten unbestritten, weshalb sie als anerkannt zu geltend hat. Entsprechend ist die Klage in diesem Punkt im Umfang von CHF 4'181.76 (inkl. MwSt.) gutzuheissen. Nachtrag 22: Unter Nachtrag 22 macht die Klägerin wiederum eine notwenige Änderung geltend, welche Mehrkosten im Umfang von CHF 71'275.35 (exkl. MwSt.) verursacht habe. Konkret handle es sich um zahlreiche kleinere Leistun- gen, welche teilweise auf Wunsch der Beklagten und teilweise gestützt auf be- hördliche Anordnungen von der Klägerin ausgeführt worden seien (act. 50 Rz 68). Nachdem sich die Beklagte in der Klageantwort auf die Aussage beschränkte, dass die als Nachtragsarbeiten 22 deklarierten Forderungen bereits im Totalun- ternehmervertrag enthalten seien (act. 22 S. 8), fügte die Beklagte duplicando an, dass der "Auftrag" nicht unterzeichnet und somit

nicht bewilligt worden sei (act. 54 S. 21). Die Beklagte verkennt dabei, dass sie die Bestreitungslast trägt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf – wie eingangs bereits erwähnt – von der beklagten Person verlangt werden, dass sie – wenn die klagende Partei detaillierte Behauptungen aufgestellt hat – im Detail angibt, was sie bestreitet und was sie allenfalls anerkennt. Die Klägerin listet in ihrer Replik über drei Seiten auf, aus welchen Arbeiten und Preisen sich die Nachtragsarbeiten 22 im Detail zusammensetzen. Die Beklagte hingegen unterliess es, sich mit diesen Aufstellungen im Detail auseinanderzusetzen. Vielmehr spricht sie von einem "Auftrag", obwohl es sich nach klägerischer Darstellung um mehrere kleinere Positionen handelte. Eine solche pauschale Bestreitung genügt den bundesgerichtlichen Anforderungen an die Bestreitungslast nicht, so dass die Klage in diesem Punkt als anerkannt zu gelten hat, zumal die Beklagte auch nicht substantiiert dargetan hat, inwiefern welche Leistungen im TU-Vertrag enthalten sein sollen. Folglich ist die Klage in diesem Punkt im Umfang von CHF 76'977.38 (inkl. MwSt.) gutzuheissen.

- 26 - Nachtrag 23: Unter Nachtrag 23 macht die Klägerin Asphaltarbeiten im Umfang von CHF 3'023.35 (exkl. MwSt.) geltend, welche durch die Beklagte freigegeben worden seien (act. 50 Rz 50). Hiergegen opponierte die Beklagte nicht (act. 22 S. 8; act. 54 S. 20 f.). Entsprechend ist die Klage in diesem Punkt im Umfang von CHF 3'265.22 (inkl. MwSt.) gutzuheissen.

### **E. 5.1.2.3**

Mehrkosten der Budgetpositionen Hinsichtlich der Budgetpositionen macht die Klägerin geltend, dass ein pauschaler Werkpreis in der Höhe von CHF 4'590'000.– (inkl. MwSt. von 8%) vereinbart worden sei, wobei folgende Budgetbeträge der Offerte zugrunde gelegen hätten (act. 1 Rz 16): BKP 159 Hausanschlussleitungen CHF 20'000.– BKP 230 Elektroanlagen CHF 288'000.– BKP 240 Heizungsanlagen CHF 355'960.– BKP 244 Lüftungsanlagen CHF 49'300.– BKP 250 Sanitärinstallationen CHF 447'000.– Sie führt hierzu aus, dass die Parteien vereinbart hätten, dass nach der Projektierung und dem Vorliegen der Subunternehmerofferten die Rechnungsstellung nach tatsächlich ausverhandelten Preisen erfolge, dies unter Verweis auf Ziff. 4.3 des TU-Vertrages (act. 1 Rz 17). Nach Vergabe an die Subunternehmer hätten sodann folgende Mehr- bzw. Minderleistungen resultiert: BKP 159 Hausanschlussleitungen CHF 14'897.00 BKP 230 Elektroanlagen CHF 307'096.70 BKP 240 Heizungsanlagen CHF 430'911.00 BKP 244 Lüftungsanlagen CHF 69'143.51 BKP 250 Sanitärinstallationen CHF 375'555.35 Daraus – so die Klägerin weiter – hätten Mehrkosten von insgesamt CHF 51'901.16 resultiert, worauf gemäss Werkvertrag ein TU-Zuschlag von 10% geschuldet sei (act. 1 Rz 22). Die Beklagte entgegnet dieser Behauptung, dass die Positionen in der Schlussrechnung nicht hinreichend substantiiert und für die Beklagte nicht nachvollziehbar seien (act. 22 S. 8).

- 27 - Replicando substantiiert die Klägerin ihre Forderungen nach und führt zu den einzelnen Budgetpositionen im Detail aus, welche Kosten jeweils budgetiert und wie hoch die tatsächlichen Kosten schliesslich gewesen seien. Sie listet hierzu tabellarisch sämtliche Positionen samt Beschreibung der Arbeiten und den entsprechenden Kosten auf und errechnet so die geltend gemachten Minder- bzw. Mehrkosten, wie oben aufgeführt (act. 50 Rz 35 ff.). Nachdem die Beklagte in ihrer Klageantwort der Klägerin mangelnde Substantiierung vorgeworfen hat, lässt sie in ihrer Duplik jedoch eine Bestreitung missen (act. 54 S. 20 f.). Wiederum ist die Beklagte auf die ihr obliegende Bestreitungslast hinzuweisen. Eine pauschale, unsubstantiierte Bestreitung vermag dieser Last nicht gerecht

zu werden. Entsprechend ist von einer Anerkennung der Klage in diesem Punkt auszugehen. Der Anspruch der Klägerin auf den geltend gemachten Zuschlag von 10% auf die Mehrkosten wird von der Beklagten nicht bestritten. Vielmehr führt diese selber in der Klageantwort aus, dass die Parteien unter besonderen Vereinbarungen festgehalten hätten, dass für allfällige Zusatzleistungen bzw. Projektänderungen der Totalunternehmer einen Zuschlag von 7% für Risiko und Gewinn, sowie 3% für die Bau- und Projektleitung erhalten, dies unter Verweis auf Ziff. 9 des TU-Vertrages vom 12. Juni 2013 (act. 22 S. 9), so dass die klägerische Behauptung in diesem Punkt als anerkannt zu gelten hat. Entsprechend ist auf die Mehrkosten der Budgetpositionen ein Zuschlag von insgesamt 10% zu gewähren. Die Klage ist in diesem Punkt folglich im Umfang von CHF 56'053.25 (inkl. MwSt.) gutzuheissen.

### **E. 5.1.3**

Zins Die Klägerin macht Verzugszins zu 5% ab jeweiliger Inverzugsetzung geltend (act. 1 Rz 43). Die Beklagte bestreitet den Anspruch auf einen Verzugszins mit der Begründung, dass die Schlussrechnung nicht fällig sei (act. 22 S. 15). Mit Verweis auf das bereits Gesagte zur Fälligkeit ist festzuhalten, dass der Klägerin in Anwendung von Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszins zuzusprechen ist.

- 28 - Mit Schreiben vom 14. April 2014 wurde die Beklagte gemahnt, die 7. Akonto-rechnung mit einem Fälligkeitsdatum vom 15. März 2014 nicht bezahlt zu haben (act. 3/31). Sie verlangt hierauf berechtigterweise Zins seit dem 16. März 2014. Mit einer weiteren Mahnung vom 13. Oktober 2014 wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass auch die 8. Akontozahlung mit Fälligkeitsdatum vom 15. April 2014 noch ausstehend sei (act. 3/33). Entsprechend verlangt sie Zins hierauf seit dem 16. April 2014. Die von der Klägerin weiter geltend gemachten Kosten wurden der Beklagten mit Schlussrechnung vom 24. Juli 2014 in Rechnung gestellt. Die Zahlungsfrist verstrich am 25. August 2014 unbenutzt. Die Klägerin verlangt sodann Verzugszins hierauf seit dem 25. August 2014. Hierzu ist zu bemerken, dass die Beklagte erst mit Ablauf der Zahlungsfrist in Verzug fällt, so dass der Zins seit dem 26. August 2014 geschuldet ist. Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin 5% Zins auf CHF 500'000.– seit dem 16. März 2014, 5% Zins auf CHF 500'000.– seit dem 16. April 2014 sowie 5% Zins auf CHF 625'500.60 seit dem 26. August 2014 zu bezahlen.

### **E. 5.1.4**

Zwischenfazit Der Klägerin sind zusammengefasst aus ausstehendem Werklohn CHF 1'246'068.30 (inkl. MwSt.), aus den Mehrkosten betreffend Budgetpositionen CHF 56'053.25 (inkl. MwSt.) sowie für die Nachtragsarbeiten CHF 323'379.13 (inkl. MwSt.), insgesamt somit CHF 1'625'500.60 zuzüglich entsprechendem Verzugszins gemäss Ziffer 5.1.3 – und gegen Aushändigung der Gewährleistungsgarantie gemäss Ziff. 8.1 des TU-Werkvertrages vom 12. Juni 2013 (Zug-um-Zug), wie dies von der Klägerin beantragt wird – zuzusprechen.

- 29 -

## **E. 5.2**

Gegenforderungen der Beklagten

### **E. 5.2.1**

Mietzinsausfälle

### E. 5.2.1.1

Parteistandpunkte Die Beklagte ihrerseits macht eine Minderung der Werklohnforderung zufolge der von ihr gerügten Mängel von CHF 1'481'545.20 geltend, eventualiter stellt sie diesen Betrag zur Verrechnung (act. 22 S. 2 Rechtsbegehren). Die von der Beklagten behauptete Gegenforderung beinhalte – so die Beklagte – Mietzinsausfälle im Umfang von CHF 640'000.– (act. 22 S. 15). Diese habe sie erlitten bzw. erleide sie aufgrund eines Flächenverlustes, der aufgrund einer von der Klägerin eigenmächtig installierten Innenwärmedämmung statt der vertraglich vereinbarten Aussenisolation entstanden sei (act. 22 S. 10 f.). So sei aktenkundig, dass die Klägerin in ihrer Offerte vom 23. Januar 2013 sowie in ihrem Grundrisskonzept vom 16. Januar 2013 der Beklagten im Rahmen einer Grundrissoptimierung insgesamt 17 x 2.5 Zimmer-Wohnungen und 8 x 3.5 Zimmer-Wohnungen zugesichert und ihr damit einen höheren Mietertrag in Aussicht gestellt habe. Die Klägerin habe aber vertragswidrig eine Innenwärmedämmung installiert, so dass nur noch 8 x 1.5 Zimmer-Wohnungen, 10 x 2.5 Zimmer-Wohnungen, 2 x 2.5 Zimmer-Wohnungen mit Reduit, 3 x 3.5 Zimmer-Wohnungen sowie 2 x 3.5 Zimmer-Wohnungen verblieben seien, die aufgrund ihrer Grösse nicht als solche hätten qualifiziert und vermietet werden können (act. 22 S. 10). Dies habe schliesslich zur behaupteten Wertminderung geführt (act. 22 S. 11). Die Klägerin hingegen antizipierte bereits in ihrer Klageschrift die beklagtische Gegenforderung der behaupteten Mietzinsausfälle und qualifizierte die damals im Raum stehende Forderung von CHF 1.53 Mio als nicht nachvollziehbar. Zwar sei ihr das Parteigutachten der Firma M.\_\_\_\_\_ AG vorgelegt worden; dabei seien aber die Grundlagen, auf welchen die Mietzinsausfälle bestimmt worden seien, nicht zur Verfügung gestellt worden (act. 1 Rz 41). Mit der Replik führt die Klägerin weiter aus, es treffe zu, dass mit TU-Werkvertrag vom 12. Juni 2013 eine Aussenwärmedämmung geplant und offeriert worden sei (act. 50 Rz 13). Auf Anregung und Wunsch der Denkmalpflege der Stadt Zürich habe die Klägerin aber –

- 30 - nachdem sie den Wunsch der Denkmalpflege mit der Beklagten anlässlich von zwei Bauherrensitzungen besprochen habe und nachdem die Beklagte die Änderung unterschriftlich genehmigt habe – anstelle einer Aussenwärmedämmung eine Innenwärmedämmung ausgeführt (act. 50 Rz 14). Sie wisse auch gar nicht, welche Mietpreise die Beklagte ursprünglich budgetiert habe, und von einer Zusage irgendwelcher Mietzinspreise ihrerseits könne schon gar keine Rede sein (act. 50 Rz 17). Sie wirft der Beklagten vor, dass sie bislang nicht ausgeführt habe, inwiefern sich die Mietzinse aufgrund der veränderten Grundrisse vermindert haben sollen (act. 50 Rz 26). Hinsichtlich der von der Beklagten eingereichten Parteigutachten hält die Klägerin fest, dass diese ihrerseits als bestritten zu gelten hätten, und bringt vor, dass es sich bei der Firma N.\_\_\_\_\_ (nachfolgend N.\_\_\_\_\_) um einen von der Beklagten bezahlten Bekannten von Prof. O.\_\_\_\_\_, Chef Rechtsdienst der Beklagten, handle, so dass die Unabhängigkeit und Objektivität bestritten werde. So handle es sich um einen Gefälligkeitsbericht, der noch nicht einmal auf einer vollständigen Dokumentation erstellt worden sei (act. 50 Rz 98 und 105). Insgesamt qualifiziert die Klägerin die Beurteilungen im beklagtischen Parteigutachten als falsch und bestreitet die von der N.\_\_\_\_\_ geschätzten Marktbewertungen. Diese entbehrten jeglicher Grundlage bzw. handle es sich lediglich um Schätzungen. Es seien dabei Grundrisse bewertet worden, welche so gar nicht existierten (act. 50 Rz 104). Der behauptete Wertverlust von CHF 640'000.– sei – so die Klägerin weiter – in keinsten Weise nachvollziehbar und werde bestritten (act. 50 Rz 110). Auch sei der Bericht der N.\_\_\_\_\_ nicht nachvollziehbar. Die Marktbewertungen seien unverständlich

und es sei nicht ersichtlich, gestützt auf welche Unterlagen die Flächen berechnet worden seien (act. 50 Rz 120). Duplicando hält die Beklagte an ihrer Gegenforderung und deren Höhe fest. Während sie über mehrere Seiten ausführt, dass die Klägerin die Innenwärmedämmung eigenmächtig installiert habe und dies nicht im Interesse der Beklagten gewesen sei, verweist sie hinsichtlich der Rüge der Klägerin, dass die Mietzinsausfälle in keiner Weise nachvollziehbar dargelegt worden seien, auf das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten der N.\_\_\_\_\_ (act. 54 S. 16). Die N.\_\_\_\_\_ sei beauftragt worden, den Werteinfluss infolge des Flächenverlustes bei der Variante mit Innenwärmedämmung anhand von zwei unterschiedlichen Marktwertbewertungen

- 31 - zu quantifizieren. Einerseits sei ein Marktwert der Liegenschaft mit Innenwärmedämmung und andererseits ein Marktwert mit Aussenwärmedämmung geschätzt worden. Die N.\_\_\_\_\_ habe sodann bestätigt, dass die Bewertungen im Rahmen der national und international gebräuchlichen Standards und Richtlinien durchgeführt worden sei (act. 54 S. 24). Hinsichtlich der Bewertung führt sie aus, dass die N.\_\_\_\_\_ die Liegenschaft mit der Discounted-Cashflow Methode bewertet habe. Dabei werde das Ertragspotenzial einer Liegenschaft auf der Basis künftiger Einnahmen und Ausgaben ermittelt. Die resultierenden Zahlungsströme würden den aktuellen sowie prognostizierten Netto-Cashflows nach Abzug aller nicht auf den Mieter umlagefähigen Kosten entsprechen. Die jährlichen Zahlungsströme würden auf den Bewertungsstichtag diskontiert. Der dazu verwendete Zinssatz orientiere sich an der Verzinsung langfristiger, risikofreier Anlagen, wie beispielsweise einer 10-jährigen Bundesobligation und einem spezifischen Risikozuschlag. Dieser berücksichtige Marktrisiken und die damit verbundene höhere Illiquidität einer Immobilie gegenüber einer Bundesobligation (act. 54 S. 25). Die N.\_\_\_\_\_ habe die P.\_\_\_\_\_ AG beauftragt, die Flächen der 25 Wohnungen auszumessen. Dabei habe es sich gezeigt, dass der Flächenverlust bei der Variante mit Innenwärmedämmung pro Wohnung zwischen 0.9 m<sup>2</sup> und 4.76 m<sup>2</sup> betrage. Insgesamt seien bei der Variante mit Innenwärmedämmung somit 58.36 m<sup>2</sup> weniger Wohnfläche realisiert worden (act. 54 S. 25). Aufgrund des Flächenverlustes bei der Variante Innenwärmedämmung gehe die N.\_\_\_\_\_ von einem Wertverlust von CHF 640'000.–, die Firma Q.\_\_\_\_\_ AG gar von CHF 1.53 Mio aus (act. 54 S. 26).

#### **E. 5.2.1.2**

Würdigung Wie bereits erwähnt, macht die Beklagte aufgrund des Flächenverlustes durch eine – angeblich vertragswidrige – Installation einer Innenwärmedämmung statt einer Aussenwärmedämmung Mietzinsausfälle im Umfang von CHF 640'000.– geltend, ohne die behauptete Vertragswidrigkeit genauer auszuführen. Sie verweist insbesondere in Bezug auf die Berechnungen und Bemessungen auf das Gutachten, welches die Beklagte bei der N.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben hat (vgl. act. 23/5). Diese Forderung wurde von der Klägerin insbesondere in der Höhe bestritten. Sie

- 32 - erachtet die Bewertungen als nicht nachvollziehbar und falsch. Mit anderen Worten moniert sie eine unzureichende Substantiierung. Vorliegend trifft die Beklagte grundsätzlich die Behauptungslast für ihre Gegenforderungen. Es liegt an ihr, den Prozessstoff zu beschaffen. Die von ihr aufgestellten Behauptungen wurden von der Klägerin allesamt bestritten, so dass die Beklagte mit ihren Tatsachenbehauptungen den Anforderungen der Substantiierungslast gerecht werden muss. Demnach können die Tatsachen nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen im Einzelnen substantiiert werden. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in

Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365). Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesrechtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind (BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht (BGer 5A\_61/2015 vom 20. Mai 2015, E. 4.2.1.3). Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisbeschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantiierungshinweisen seitens des Gerichts oder der Gegenseite. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden.

- 33 - Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 55, N 3 zu § 113 ZPO/ZH, N 3 zu § 130; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, S. 206; SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 25 ff.; ZR 102 (2003) Nr. 15; BGE 127 III 365, E. 2.b). Nachdem die bundesgerichtliche Rechtsprechung festgehalten hat, dass die Pflicht der richterlichen Fragepflicht selbst im Prozess, der von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, nur gilt, wenn die Partei nicht anwaltlich vertreten ist, haben diese Regeln erst recht in Prozessen zu gelten, die der Verhandlungsmaxime unterstehen (BGer 4C.395/2005 vom 1. März 2006 und BGer 4C.392/1999 vom 11. Februar 2000). Somit stellt sich vorliegend die Frage, inwieweit das Tatbestandsmerkmal "Schaden" bzw. vorliegend konkret die behaupteten Mietzinsausfälle dargelegt werden müssen. Das Bundesgericht hält hierzu fest, dass den Anforderungen an die Substantiierung genügt, wenn die Tatsachen in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen behauptet werden (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 3.4). Zwar erwähnt die Beklagte in ihrer Duplik, dass insgesamt eine Mietfläche von 58.36 m<sup>2</sup> durch die Erstellung einer Innenwärmedämmung verloren gegangen sei und dass ein Wertverlust von CHF 640'000.– resultiere, jedoch geht aus den Rechtschriften der Beklagten mit keinem Wort hervor, wie sie diese Summe berechnet. Sie legt nicht dar, inwiefern der Wert welcher Wohnung jeweils wodurch und um wieviel gemindert wurde im Vergleich zwischen der Planung bei Vertragsabschluss und

der effektiven Aus- führung, und wie diese geltend gemachte Minderung zu bewerten ist. Vielmehr hält die Beklagte allgemein und theoretisch fest, nach welcher Bewertungsmetho-

- 34 - de die N.\_\_\_\_\_, welche das Gutachten angefertigt hat, vorgegangen sei (act. 54 S. 25). Dabei verweist sie mehrfach auf das genannte Gutachten. Ein blosser Verweis auf das Gutachten reicht jedoch – wie ausgeführt – nach bundesgerichtli- cher Rechtsprechung nicht, um den geforderten Substantiierungsanforderungen hinreichend nachzukommen. Selbst wenn man zum Schluss kommen würde, dass vorliegend durch Verweis auf das Gutachten der N.\_\_\_\_\_, die zu substantiierenden Tatsachen in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise behauptet worden wären, so würde sich die Frage der Nachvollziehbarkeit des Gutachtens stellen. Aus dem Bewertungsreport ergeben sich zwar die in den Rechtsschriften fehlenden Auf- stellungen betreffend die Wohnflächenverminderungen. Eine konkrete und nach- vollziehbare Berechnung der von der Beklagten geforderten Summe lässt sich dem Report aber nicht entnehmen. Konkretere Zahlen gehen zwar aus den bei- den Anhängen hervor, wobei jedoch zu bemerken ist, dass es weder der Klägerin noch dem Gericht zumutbar ist, diese Aufstellungen, Grafiken und Statistiken oh- ne entsprechende Erläuterungen nachzuvollziehen. Es wäre jedoch die Aufgabe der Beklagten gewesen, diese Berechnungen in einer Weise darzulegen, dass sie das Gericht und vor allem die Klägerin hätten nachvollziehen können, so dass Letztere auch die Möglichkeit gehabt hätte, sich dagegen zu verteidigen. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Darlegung des Schadens in Bezug auf die behaupteten Mietzinsausfälle den Substantiierungsanforderungen nicht genügend nachgekommen ist, so dass die Prüfung der übrigen Voraussetzungen der beklagtischen Forderung unterbleiben kann. Es sei bloss erwähnt, dass im Übrigen fraglich ist, ob die Klägerin für einen allfälligen Schaden der Beklagten überhaupt haften würde, zumal wohl eine Ver- tragsverletzung verneint werden müsste, nachdem die Beklagte gemäss Protokoll vom 10. September 2013 die Innendämmung offenbar freigegeben hatte (vgl. act. 3/22). Die beklagtische Gegenforderung im Zusammenhang mit den behaup- teten Mietzinsausfällen ist somit abzuweisen.

- 35 -

## **E. 5.2.2**

### **Mängel**

#### **E. 5.2.2.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, dass mit Schreiben vom 6. Januar 2014 und 25. April 2014 diverse weitere Mängel gerügt worden seien, die teils bis zum Verfahrenszeitpunkt nicht behoben worden seien (act. 22 S. 5). Namentlich würden Radiato- ren im Estrich sowie die Wäschehängen fehlen. Weiter fehle eine Dachboden- dämmung, und die Fenster im Estrich seien nicht ersetzt worden. Statt Vorhang- schienen in Holz sollten diese in Metall gefertigt sein. Schliesslich würden die Brossematten in Nadelfilz auch nicht den feuerpolizeilichen Vorschriften entspre- chen (act. 22 S. 7). Neben den CHF 640'000.– für entgangenen Mietzins macht die Beklagte so eine weitere Minderung im Umfang von CHF 334'435.20 für die Schadensberechnung R.\_\_\_\_\_, CHF 500'000.– für den Schaden infolge Mängel sowie CHF 7'110.– für entgangene Förderbeträge geltend (act. 22 S. 16 und 19). Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten behaupteten Mängel im Detail. Sie stellt die beklagtischen Behauptungen wiederholt in Frage und wirft der Beklagten mehrfach vor, deren Vorwürfe und Behauptungen schlicht nicht zu verstehen (act. 50 Rz 31-33). Mit ihrer

zweiten Rechtsschrift stellt die Beklagte weitere neue Behauptungen auf. So habe sich herausgestellt, dass neben dem Verlust der Wohnfläche durch eine Innenwärmedämmung der Fassaden im Vergleich zu einer Aussenwärmedämmung die gewählte Konstruktion auch energetisch nicht gleichwertig sei. Des Weiteren hätten sich noch diverse Unregelmässigkeiten und Schäden gezeigt, die im Rahmen einer Begutachtung aufgezeigt worden seien (act. 54 S. 16). Entsprechend listet die Beklagte die behaupteten Mängel auf und macht je einen Schadensbetrag geltend (Wiederherstellung des Anfahrerschutzes im Bereich der Kun- denparkplätze: CHF 15'500.–, Aufklaffen der Gebäudefuge zwischen Hauptge- bäude und Nebengebäude: geschätzt CHF 50'000.–, Putzabplatzung an der süd- westlichen Gebäudekante unterhalb des Dachüberstandes bei der bestehenden Liftüberfahrt: CHF 5'000.–, Risse und Verformung in den neuen Trockenbauwän-

- 36 - den zwischen den Wohnungen und Korridoren: CHF 5'900.–, Dämmung der obersten Geschossdecke zum Estrich fehlt: CHF 75'000.–, Heizraum nicht gestri- chen: CHF 1'550.–, Kellerböden nicht gestrichen: CHF 3'200.–, Minderungssum- me für herabgesetzte technische Lebensdauer aufgrund von Undichtigkeiten in der Dampfbremse: CHF 90'500.–, zusätzliche Heizkosten durch Wärmebrücken auf 25 Jahre: CHF 166'550.–) (act. 54 S. 16-19). Die Beklagte erwähnt gross- mehrheitlich, was sie bei den jeweiligen Positionen bemängelt und nennt die von ihr diesbezüglich geforderten Schadenssummen. Zusammengefasst macht die Beklagte duplicando neben der Forderung aus den behaupteten Mietzinsausfällen folgende Positionen im Sinne einer Werklohnminderung eventualiter Verrechnung geltend: Schadensberechnung R.\_\_\_\_\_: CHF 334'435.20, Gutachten Bauexperte S.\_\_\_\_\_: CHF 363'200.–, nicht bewilligte Rechnungen der Klägerin: CHF 211'645.96 sowie entgangene Förderbeträge: CHF 7'110.– (act. 54 S. 29). Mit ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten bestreitet die Klägerin die von der Beklagten neu aufgestellten Forderungen allesamt und rügt erneut eine mangel- hafte Substantiierung (act. 58 Rz 9).

#### **E. 5.2.2.2**

Würdigung Vorab ist festzuhalten, dass die beiden Positionen "Minderungssumme für herab- gesetzte technische Lebensdauer aufgrund von Undichtigkeiten in der Dampf- bremse (CHF 90'500.–)" und "Zusätzliche Heizkosten durch Wärmebrücken auf 25 Jahre (CHF 166'550.–)" in der Duplik erstmals vorgebracht, jedoch in keiner Weise begründet wurden. Entsprechend sind die Behauptungen als nicht genü- gend aufgestellt zu betrachten. Zu den übrigen von der Beklagten behaupteten Mängeln ist festzuhalten, dass die Beklagte zwar knapp auflistet, was bei der jeweiligen Position aus ihrer Sicht mangelhaft erstellt worden ist bzw. wo schliesslich das Problem lag, sie führt aber – entgegen der sie treffenden Obliegenheit – nicht aus, welche Arbeiten zur Be- hebung hätten erledigt werden müssen, so dass ein Rückschluss auf die von der Beklagten behaupteten Schadenspositionen zumindest ansatzweise möglich ge- wesen wäre. Vielmehr verweist die Beklagte auch in diesem Punkt vollumfänglich

- 37 - auf das von ihr eingeholte Gutachten bzw. beantragt – sollte das Gericht das Gut- achten nicht anerkennen – ein gerichtliches Gutachten. Wie bereits oben erwähnt, reicht ein solcher pauschaler Verweis nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht, um den Substantiierungsanforderungen zu genügen. Fehlen substantiierte Behauptungen, so kann dieser prozessuale Mangel auch nicht durch ein gericht- lich eingeholtes Gutachten behoben werden. Zur Schadensberechnung nach R.\_\_\_\_\_, bzw. zur Geltendmachung von – angeb- lich – nicht bewilligten Rechnungen der Klägerin ist festzuhalten, dass diese Be-

streitungen bereits berücksichtigt wurden, so dass eine zweite Geltendmachung des gleichen Punktes "verrechnungsweise" nicht möglich ist. Demnach kann keine Gegenforderung der Beklagten berücksichtigt werden.

## E. 6

**Pfandrechtsklage** Die Klägerin verlangt schliesslich die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der streitgegenständlichen Liegenschaft für die ausstehende Forderung (act. 1 Rz 44 ff.). Dem entgegnet die Beklagte, dass eine definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht möglich sei, da das Werk noch nicht vollendet worden sei bzw. keine Forderung der Klägerin bestehe (act. 22 S. 16; act. 54 S. 28). Mit Urteil vom 27. August 2014 wurde auf Antrag der Klägerin die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ bestätigt, auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBB. ..., D.\_\_\_\_\_-Strasse 1, 2, 3, 4, 5, ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 1'669'057.30 (zzgl. Zins) ein Pfandrecht vorläufig einzutragen, mit dem Hinweis an die Klägerin, innert Frist eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben (Disp.-Ziff. 2 des Urteils vom 27. August 2014 aus Geschäft Nr. HE140257). Mit Einreichen der vorliegenden Klage vom 30. Oktober 2014 (act. 1) wurde diese Frist gewahrt. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück insbesondere zu Bauten oder anderen Werken

- 38 - Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistung nicht in seinem Auftrag erbracht worden ist. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Unbestritten geblieben seitens der Beklagte ist, dass es sich bei den von der Klägerin erbrachten Bauarbeiten um pfandberechtigte Arbeitsleistungen handelt. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Bauarbeiten des Unternehmers zu geschehen hat. Strittig ist hingegen, ob die Bauarbeiten bereits als vollendet zu gelten haben bzw. ob die Viermonatsfrist bereits zu laufen begonnen hat. Die Beklagte stellt sich hierbei auf den Standpunkt, dass diverse Arbeiten noch nicht ausgeführt worden seien, weshalb das Werk nicht vollendet sei. Ohne eine Vollendung der Werkarbeiten könne kein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch eingetragen werden (act. 22 S. 16; act. 54 S. 28). Mit anderen Worten ist die Eintragbarkeit zwischen den Parteien umstritten. Art. 839 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer von dem Zeitpunkte an in das Grundbuch eingetragen werden kann, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben. Der zweite Absatz desselben Artikels hält sodann fest, dass die Eintragung bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen hat. Der Wortlaut des Gesetzes hält somit ausdrücklich fest, dass es sich bei der besagten Eintragsfrist um eine Spätestensfrist handelt (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz 1084). So kann die vorläufige Eintragung des Pfandrechts nach Arbeitsbeginn und noch vor Arbeitsende nicht nur für die Sicherung der bereits geleisteten Bauarbeiten verlangt werden, sondern auch für die noch ausstehenden Bauleistungen. Trotz Grundbucheintrag besteht die Pfandsicherheit jedoch nur für die ungetilgte Vergütungsforderung für tatsächlich geleistete Bauarbeiten und die entsprechenden Verzugszinsen. Werden gesicherte zukünftige Bauleistungen später tatsächlich nicht

erbracht, ist die Pfandsumme entsprechend herabzusetzen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 1088).

- 39 - Die Klägerin macht hinsichtlich der Einhaltung der Eintragsfrist geltend, dass die wesentlichen Arbeiten von August 2013 bis am 28. April 2014 ausgeführt worden seien (act. 1 Rz 51). Sie verlangte mit Eingabe vom 28. Juli 2014 die vorerst superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, welchem Gesuch mit Verfügung vom 29. Juli 2014 entsprochen wurde, so dass die Eintragung innerhalb der viermonatigen Eintragsfrist erfolgte. Dass die wesentlichen Arbeiten der Klägerin am 28. April 2014 abgeschlossen worden seien, blieb von der Beklagten unbestritten, so dass davon auszugehen ist. Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Erwägungen ist die Klage im Umfang von CHF 1'625'500.60 nebst 5% Zins auf CHF 500'000.– seit dem 16. März 2014, 5% Zins auf CHF 500'000.– seit dem 16. April 2014 sowie 5% Zins auf CHF 625'500.60 seit dem 26. August 2014 gutzuheissen, so dass das Bauhandwerkerpfandrecht definitiv einzutragen, die Pfandsumme jedoch auf die zuzusprechende Summe herabzusetzen ist. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ ist entsprechend anzuweisen.

#### **E. 7**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'669'057.80. Zürich, 31. März 2017

\_\_\_\_\_ Handelsgericht des Kantons Zürich Der Vizepräsident:  
Der Gerichtsschreiber: Roland Schmid Silvan Szalay

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