

ZH_HANDELSGERICHT HG120098 vom 4. August 2015

Zh Handelsgericht, 2015-08-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG120098

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG120098 du 4 août 2015

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG120098 del 4 agosto 2015

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich bereits aufgrund einer zwischen den Parteien getroffenen Gerichtsstandsklausel (act. 3/2; Art. 17 ZPO; vgl. auch Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie ist im Übrigen unbestritten (act. 1 Rz. 2; act. 8 Rz. 5).

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit Die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts sind ebenfalls erfüllt (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

E. 2

Zustandekommen des Werkvertrags zwischen den Parteien Nach dem ersten Kontakt zwischen den Parteien im Spätsommer 2009 unterbreitete die Klägerin der Beklagten mehrere Offerten betreffend die Baumeisterarbeiten für das Überbauungsprojekt, wobei sie den ursprünglich angebotenen Pauschalpreis von CHF 9'952'445.85 mehrfach reduzieren musste (act. 3/9-11). Im Januar oder Februar 2010 – der genaue Zeitpunkt lässt sich aufgrund der widersprüchlichen Aussagen der Parteien (act. 1 Rz. 16 und 66; act. 8 Rz. 53, 56 und 157; act. 18 Rz. 106, 120 und 142; act. 22 Rz. 79, 93, 103 und 154; act. 29 Rz. 32; act. 33 Rz. 35 f.) nicht eruieren, wobei act. 10/14 als Vergabezeitpunkt den 20. Januar 2010 nahe legt, während act. 3/12 und act. 10/16 den 26. Januar

- 7 - 2010 nennen – fand ein abschliessendes Vergabegespräch auf Stufe der Firmeninhaber statt. Die Parteien einigten sich schliesslich auf eine Vergabe der Baumeisterarbeiten (inklusive Ingenieurarbeiten) an die Klägerin auf Grundlage des verhandelten Leistungsbeschreibs und des besprochenen Bauprogramms zu einem Werkpreis von pauschal CHF 8'350'000.– (netto). In diesem Zusammenhang unterzeichneten die Parteien am 2. bzw. 5. Juli 2010 ein einseitiges Dokument mit der Überschrift "Werkvertrag Nr. ... vom 26.01.2010" (act. 3/12) sowie am 2. bzw.

E. 2.5

Kranführern aus, wobei gemäss Monatsrapport indessen lediglich zwei Kranführer während 309 Stunden gearbeitet haben (act. 3/80 S. 26). Somit wurde auch im Juni 2011 nicht einmal das (unbestrittene) Bau-Soll und erst recht nicht das behauptete Bau-Ist erreicht. Eine Mehrvergütung für den Monat Juni 2011 entfällt deshalb ebenfalls. Im Juli 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von 1.3 bei einem Bau-Soll von 0.3 Kranführern aus. Letzteres wird von der Beklagten nicht bestritten. 52.8 Stunden (30 % von 176 Arbeitsstunden pro Monat) sind als Bau-Soll demnach vom ausgewiesenen Bau-Ist von

205.75 Stunden (act. 3/80 S. 28) abzuziehen, wobei die Differenz von 152.95 die Anzahl Stunden ergibt, während welcher aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zusätzlich Kranführer im Juli 2011 eingesetzt wurden. Die Multiplikation dieser Anzahl Stunden mit dem angemessenen Stundenansatz von CHF 72.– führt zu zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Kranführer im Juli 2011 von CHF 11'012.40.

- 54 - Die Anzahl von insgesamt 716.75 geleisteter Stunden durch klägerische Kranführer für das Überbauungsobjekt während der Monate August bis November 2011 multipliziert mit dem angemessenen Stundenansatz von CHF 72.– ergibt CHF 51'606.–. Für besagte Zeitperiode macht die Klägerin mit ihrer Berechnungsweise (4 Mal den Monatsansatz von CHF 12'700.–) indessen lediglich CHF 50'800.– geltend. Die zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Kranführer zwischen August und November 2011 aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 sind in Anwendung der Dispositionsmaxime demnach auf CHF 50'800.– zu beziffern. Mangels ausgewiesener Arbeitsstunden im Dezember 2011 entfällt eine Mehrvergütung auch für diesen Monat.

3.5.3.1.5. Mehraufwand betreffend den Bauplatzdienst Die Klägerin geht für die Monate Mai bis Juli 2011 von einem Bau-Ist von 0.2 bei einem Bau-Soll von 0.1 Magaziner pro Monat für den Bauplatzdienst aus. Für die Monate August bis November 2011 geht die Klägerin sodann von einem Bau-Ist von 0.2 bei einem Bau-Soll von keinem Magaziner pro Monat aus. Schliesslich geht die Klägerin für die Monate Dezember 2011 bis Februar 2012 von einem Bau-Ist von 0.1 bei einem Bau-Soll von keinem Magaziner pro Monat aus (vgl. act. 1 S. 59). Die Klägerin führt dazu aus, die für den Bauplatzdienst verwendeten Zahlen würden auf Erfahrungswerten basieren. Bei einer mittelgrossen Baustelle, wie derjenigen das Überbauungsprojekt betreffend, sei davon auszugehen, dass der Bauplatzdienst jeweils morgens den Bauplatz in Stand stelle sowie abends die Aufräumarbeiten besorge und es dafür eines 20 % Pensums eines Arbeiters während der Rohbauphase bzw. von 10% während der Ausbauphase pro Monat bedürfe (act. 1 Rz. 167). Die Beklagte bestreitet die Personalmehrkosten für den Bauplatzdienst. Mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin hätte bei den Arbeiten auf der benachbarten Baustelle eingesetzt werden können, was bei der Be-

- 55 - rechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu unten). Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu beziffern. Die Klägerin wäre somit gehalten gewesen, die aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 entstandenen Mehraufwände (Bau-Ist) betreffend den Bauplatzdienst nicht lediglich zu schätzen, sondern konkret zu erfassen. Durch eine Anweisung an die entsprechenden Magaziner, entsprechend Buch zu führen, wäre dies problemlos möglich gewesen. Der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Entstehung des Mehraufwands bereits wusste, dass sie Mehrkosten geltend machen würde und diese auch schon angekündigt hatte, wäre zuzumuten gewesen, die betroffenen Arbeiten auszuschneiden. Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 2. März 2011 Mehrkosten angekündigt hatte (act. 3/25), hätte ihr deshalb obliegen, ihre zu einer Mehrforderung führenden Tätigkeiten zeitnah zu dokumentieren. Nur dies hätte der Beklagten eine substantiierte Bestreitung ermöglicht. Nachdem dargetan ist, dass eine (blosse) Schätzung des Bau-Ist bzw. des Mehraufwands nicht

ausreicht, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Bau-Soll und dem Monatsansatz von CHF 11'400.– für den Bauplatz- dienst (act. 1 Rz. 169). Die Mehrvergütung betreffend den Mehraufwand für den Bauplatzdienst aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist somit mangels genügender Substantiierung abzuweisen. 3.5.3.1.6. Mehraufwand für Personaltransporte Die Klägerin geht für den Monat Dezember 2010 von einem Bau-Ist von 48 bei einem Bau-Soll von 96, für den Monat Februar 2011 von einem Bau-Ist von 80 bei einem Bau-Soll von 100, für den Monat März 2011 von einem Bau-Ist von 44 bei

- 56 - einem Bau-Soll von 88, für den Monat Juli 2011 von einem Bau-Ist von 42 bei einem Bau-Soll von 21, für den Monat August 2011 von einem Bau-Ist von 36 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat September 2011 von einem Bau-Ist von 44 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Oktober 2011 von einem Bau-Ist von 42 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat November 2011 von einem Bau-Ist von 22 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Dezember 2011 von einem Bau-Ist von 15 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Januar 2012 von einem Bau-Ist von 5 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Februar 2012 von einem Bau-Ist von 3 bei einem Bau-Soll von 0 und schliesslich für den Monat März 2012 von einem Bau-Ist von 8 bei einem Bau-Soll von 0

Personentransporte(n) (C._____ F._____) aus. Bei den nichterwähnten Monaten besteht keine Differenz zwischen Bau-Soll und Bau-Ist (vgl. act. 1 S. 59). Die Klägerin macht mithin geltend, insgesamt seien aufgrund der Bauzeitverlängerung 84 Personentransporte mehr als ursprünglich geplant erforderlich gewesen (vgl. act. 1 Rz. 169). Die Klägerin führt dazu aus, die Anzahl Personaltransporte lasse sich aus der Anzahl Arbeitern, welche auf die Baustelle hätten transportiert werden müssen, und der Kapazität des Mannschaftstransporters von acht Personen ableiten. Die Anzahl der an den einzelnen Tagen jeweils eingesetzten Arbeiter ergebe sich wiederum aus den Arbeitsrapporten (act. 1 Rz. 168). Die Beklagte bestreitet den Mehraufwand für Personaltransporte. Es sei davon auszugehen, dass mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin bei den Arbeiten auf der benachbarten Baustelle hätte eingesetzt werden können, was bei der Berechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu substantiieren bzw. beziffern. Spätestens nach der beklaglichen Bestreitung des Mehraufwands wäre die Klägerin gehalten gewesen, konkret darzu-

- 57 - legen, an welchen Tagen wie viele Personaltransporte stattgefunden haben. Der pauschale Verweis auf die eingereichten Arbeitsrapporte genügt hierfür nicht. Der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Entstehung des Mehraufwands bereits wusste, dass sie Mehrkosten geltend machen würde und diese auch schon angekündigt hatte, wäre zuzumuten gewesen, die Anzahl Fahrten einzeln bzw. tageweise zu erfassen und auszuweisen. Nur dies hätte der Beklagten eine substantiierte Bestreitung ermöglicht. Einer Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Bau-Soll und dem Ansatz pro Fahrt von CHF 132.– bedarf es nicht (act. 1 Rz. 169), nachdem die Mehrvergütung betreffend den Mehraufwand für Personaltransporte aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 bereits mangels genügender Substantiierung der Anzahl Fahrten

abzuweisen ist. 3.5.3.1.7. Fazit zu den zeitabhängigen Personalmehrkosten ab Mai 2011 Die der Klägerin zu ersetzenden zeitabhängigen Mehrkosten aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 betragen für zusätzlich eingesetzte Poliere CHF 106'672.50 und für zusätzlich eingesetzte Kranführer CHF 61'812.40, mithin insgesamt CHF 168'484.90. Betreffend die weiter geltend gemachten Personalmehrkosten dieser und weiterer Kategorien (Projektleiter, Bauführer, Bauplatzdienst, Personaltransporte) sind die klägerischen Forderungen abzuweisen.

3.5.3.2. Zeitabhängige Inventarmehrkosten ab Mai 2011 3.5.3.2.1. Im Allgemeinen Unbestrittenermassen gehören zu den zeitabhängigen Kosten auch die Vorhaltekosten für das Inventar (act. 1 Rz. 157; act. 8 Rz. 127). 3.5.3.2.2. Mehrkosten für den Einsatz des Baukrans 2 Die Klägerin führt aus, entsprechend dem für die Baustelle vorgesehenen Kran-Perimeter sei für die Baufelder 3 und 4 der Baukran 2 eingesetzt worden. Aufgrund der Bauablaufstörung betreffend die Häuser 3 und 4 habe der Kran 2 an-

- 58 - statt wie vorgesehen bis zum 18. Mai 2011 schliesslich bis zum 14. Dezember 2011 und somit fast 7 Monate länger als geplant auf der Baustelle des Überbauprojekts belassen werden müssen. Die restlichen Kräne hätten planmässig abgebaut werden können. Für die beiden Einfamilienhäuser 10 und 11, welche die Klägerin für eine andere Auftraggeberin auf der angrenzenden Baustelle stellt habe, sei der Kran 4 eingesetzt worden (act. 1 Rz. 171). Die Beklagte erklärt, es werde bestritten, der Kran 2 habe wegen einer Bauablaufstörung betreffend die Häuser 3 und 4 länger auf der Baustelle belassen werden müssen. Vielmehr habe die Klägerin mit ihrer Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 gemäss act. 10/2 auch die entsprechend längeren Einsatzzeiten für das Inventar akzeptiert, ohne daraus eine Mehrkostenforderung ableiten zu können. Die entstehenden Kosten seien in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen (act. 8 Rz. 137). Damit anerkennt die Beklagte das Entstehen von Mehrkosten. Ihre Auffassung, wonach diese in der Pauschalzahlung inbegriffen seien, erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend, weil der Klägerin im Falle einer einseitigen Bestelländerung bzw. eines Annahmeverzugs bei entsprechendem Mehraufwand eine Mehrvergütung zusteht (vgl. dazu weiter oben). Die Klägerin macht geltend, die eingesetzten Baukräne würden in ihrem Eigentum stehen. Das bedeute, dass sich die tatsächlichen Kosten für den verlängerten Einsatz nicht mit Drittrechnungen belegen lassen würden. Für die Berechnung der jeweiligen monatlichen Vorhaltekosten sei deshalb auf den betriebsinternen Verrechnungsansatz für Maschinen und Geräte des Schweizerischen Baumeisterverbandes 2009 abgestellt worden. Demnach betrage der Verrechnungsansatz pro Monat für den Kran 2 CHF 8'458.– (act. 1 Rz. 173). Hierzu entgegnet die Beklagte, die klägerische Forderung für zeitabhängige Inventarmehrkosten entbehre jeglicher Grundlage (act. 8 Rz. 139). Sie unterlässt es indessen, diese pauschale Behauptung zu substantiieren. Mangels schlüssiger Bestreitung kann somit auf den klägerischen Monatsansatz von CHF 8'458.–, welcher in Bezug auf die Höhe vernünftig erscheint, abgestellt werden. Die Klägerin geht für den Baukran 2 von 6.9 Monaten verlängerter Einsatzzeit aus und beziffert ihre entsprechende Mehr-

- 59 - forderung unter Verwendung des erwähnten Monatsansatzes von CHF 8'458.– auf CHF 58'360.20 (act. 1 S. 59 und Rz. 174). Die Beklagte bestreitet die klägerische Forderung zwar und erklärt, zumindest sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 140). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl.

dazu weiter unten). Nachdem die Beklagte indessen weder die verlängerte Einsatzzeit noch den geltend gemachten Monatsansatz für den Kran 2 schlüssig bestreitet, sind der Klägerin die verlangten CHF 58'360.20 als zeitabhängige Mehrkosten für den verlängerten Einsatz des Baukrans 2 aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zuzusprechen. 3.5.3.2.3. Mehrkosten für den Einsatz von weiterem Inventar Die Klägerin macht geltend, sie habe neben dem Kran 2 diverses weiteres Inventar für den Bau der Häuser 3 und 4 über die geplante Vorhaltezeit hinaus bis zum effektiven Ende der Bauarbeiten für die Häuser 3 und 4 vorhalten müssen. Wie aus dem Vergleich des Bau-Soll mit dem Bau-Ist ersichtlich sei, habe sich dadurch die Vorhaltezeit schliesslich um 142 Arbeitstage verlängert. Die einzelnen für den Roh- und für den Ausbau benötigten Inventarteile würden in einer separaten Aufstellung "Tabelle Inventarpositionen und Inventarkosten" aufgelistet, welche ins Recht gereicht werde und integrierenden Bestandteil des klägerischen Sachvortrags bilde (act. 3/63). Diese Aufstellung stütze sich auf die Inventarliste, welche vom klägerischen Bauführer noch während der Bauzeit der Häuser 3 und 4 im Juni 2011 anhand der sich effektiv auf der Baustelle befindlichen Ausstattung erstellt worden sei. Bei den aufgelisteten Geräten und Maschinen handle es sich ausschliesslich um solche, welche in den angegebenen Mengen für entsprechende Baumeisterarbeiten standardmässig eingeplant bzw. eingesetzt würden. Bereits der Umstand, dass die Häuser 3 und 4 von der Klägerin ja unstrittig erstellt worden seien, würden somit belegen, dass die aufgelisteten Inventarteile auf der Baustelle vorhanden gewesen seien (act. 1 Rz. 172).

- 60 - Die Beklagte entgegnet dazu, es werde bestritten, dass die Klägerin diverses weiteres Inventar gemäss act. 3/63 um 142 Arbeitstage länger habe vorhalten müssen als geplant. Auch diesbezüglich gelte, dass die Klägerin mit ihrer Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 gemäss act. 10/2 auch die entsprechend längeren Einsatzzeiten für das Inventar akzeptiert habe, ohne daraus eine Mehrkostenforderung ableiten zu können. Die entstehenden Kosten seien in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen. Davon abgesehen habe das in act. 3/63 aufgelistete Inventar wie Kübel, Leitern, Sägen, Hammer, Industriesauger, Funkgerät etc. in der Zeit von März bis Juni 2011 ohne namhafte De- und Remobilisationskosten auf der Nachbarbaustelle verwendet werden können (act. 8 Rz. 138). Auf letzteres ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Die Beklagte anerkennt somit das Entstehen von Mehrkosten. Ihre Auffassung, wonach diese in der Pauschalzahlung inbegriffen seien, erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend, weil der Klägerin im Falle einer einseitigen Bestelländerung bzw. eines Annahmeverzugs bei entsprechendem Mehraufwand eine Mehrvergütung zusteht (vgl. dazu weiter oben). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, das Inventar stehe in ihrem Eigentum. Das bedeute, dass sich die tatsächlichen Kosten für den verlängerten Einsatz nicht mit Drittrechnungen belegen lassen würden. Für die Berechnung der jeweiligen monatlichen Vorhaltekosten sei deshalb auf den betriebsinternen Verrechnungsansatz für Maschinen und Geräte des Schweizerischen Baumeisterverbandes 2009 abgestellt worden. Betreffend die Baustelleneinrichtung finde sich in der ersten Spalte der Inventarkostentabelle gemäss act. 3/63 jeweils die relevante BIV-Position bzw. BIV-Nr. und in der dritten Spalte werde der entsprechende Verrechnungsansatz angegeben. Entsprechend seien die gesamthaften Vorhaltekosten für das Rohbau- und das Ausbauinventar berechnet worden, welche bei CHF 12'525.- bzw. CHF 3'241.10 pro Monat liegen würden (act. 1 Rz. 173). Die Beklagte entgegnet dazu, die klägerische

Forderung für zeitabhängige Inventarmehrkosten entbehre jeglicher Grundlage.
Entsprechend werde bestritten, die

- 61 - Beklagte habe der Klägerin Vorhaltekosten für das Rohbauinventar von CHF 12'525.– pro Monat und für das Ausbauinventar von CHF 3'241.10 pro Monat zu erstatten. Jedenfalls sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden, erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 139). Auf letzteres ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Wiederum ist festzuhalten, dass es die Beklagte unterlässt, ihre pauschalen Bestreitungen zu substantiieren. Die Beklagte erwähnt die klägerische Tabelle gemäss act. 3/63 mit dem Inventar auf der Baustelle und den dafür veranschlagten Monatskosten mit keinem Wort, weshalb auf die entsprechenden – plausibel bzw. angemessen erscheinenden – Angaben und Ansätze abzustellen ist. Die Klägerin geht für das Rohbauinventar von 6.45 bzw. für das Ausbauinventar von 0.1 Monate verlängerter Einsatzzeit aus und beziffert ihre entsprechende Mehrforderung unter Verwendung des erwähnten Monatsansatzes von CHF 12'525.– auf CHF 80'786.25 bzw. CHF 3'241.10 auf CHF 324.10 (act. 1 S. 59 und Rz. 174). Der Beklagte bestreitet die klägerische Forderung zwar und erklärt, zumindest sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 140). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Nachdem die Beklagte indessen weder die verlängerte Einsatzzeit noch den geltend gemachten Monatsansatz für das Inventar schlüssig bestreitet, sind der Klägerin die insgesamt verlangten CHF 81'110.35 als zeitabhängige Mehrkosten für den verlängerten Einsatz von Inventar aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zuzusprechen. 3.5.3.2.4. Mehrkosten für den Einsatz von Wand- und Deckenschalungen Betreffend die Anzahl Quadratmeter Wandschalungen macht die Klägerin für die Monate Juni bis August 2010 ein Bau-Ist von insgesamt 1'500 Quadratmeter bei einem Bau-Soll von 0 geltend. Für die Monate September 2010 bis März 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von monatlich 500 bei einem Bau-Soll von 600, im April 2011 von einem Bau-Ist von 500 bei einem Bau-Soll von 350, von

- 62 - Mai bis Oktober 2011 von einem Bau-Ist von monatlich 500 bei einem Bau-Soll von 0 und schliesslich im November 2011 von einem Bau-Ist von 250 bei einem Bau-Soll von ebenfalls 0 aus. Betreffend die Anzahl Quadratmeter Deckenschalungen geht die Klägerin für die Monate September 2010 bis März 2011 von einem Bau-Ist von monatlich 2'000 bei einem Bau-Soll von 2'500, für den April 2011 von einem Bau-Ist von 2000 bei einem Bau-Soll von 800, für die Monate Mai bis Oktober 2011 von einem Bau-Ist von 2'000 bei einem Bau-Soll von 0 sowie für den November 2011 von einem Bau-Ist von 500 bei einem Bau-Soll von ebenfalls 0 aus (act. 1 S. 59). Dazu führt die Klägerin aus, von Mai 2011 bis November 2011 habe sie Schalungselemente vorhalten müssen. Hätte sie die Rohbauarbeiten gemäss Terminprogramm ausführen können, hätte sie ab Mitte April 2011 keine Schalungselemente mehr benötigt. Folglich habe die Klägerin das Schalungsinventar insgesamt sieben Monate über die geplante Baudauer hinaus zur Verfügung stellen müssen (act. 1 Rz. 176). Richtigerweise berücksichtigt die Klägerin, dass sie während der Monate September 2010 bis März 2011 weniger Schalungselemente verwenden musste, was zu einem jeweils tieferen Bau-Ist im Vergleich zum Bau-Soll während dieser Zeit führt. Indessen dürfte es sich um ein Versehen handeln bzw. kann mit dem geltend gemachten Aufwandsposten der zeitabhängigen Inventarmehrkosten ab April 2011 nicht vereinbart

werden, dass betreffend die Wandschalungen für die Monate Juni bis August 2010 von einem Bau-Ist von jeweils 500 bei einem Bau-Soll von 0 Quadratmetern ausgegangen wird. Die Beklagte bestreitet zwar, dass die Klägerin die Wand- und Deckenschalungselemente auf der Baustelle länger als geplant vorhalten müssen. Sie begründet ihre Bestreitung indessen wiederum primär mit der behaupteten klägerischen Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 und stellt sich auf den Standpunkt, die entsprechenden Kosten seien in den Pauschkosten inbegriffen. Davon abgesehen hätten die Wand- und Deckenschalungselemente in der Zeit von März bis Juni 2011 ohne namhafte De- und Remobilisationskosten auf der Nachbarbaustelle verwendet werden können (act. 8 Rz. 141). Zu letzterem Einwand ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der

- 63 - Klägerin" näher einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Festzuhalten ist indessen, dass die Beklagte das Entstehen von Mehrkosten durch die längere Vorhaltezeit nicht per se und im Einzelnen bestreitet, sondern – wie erwähnt – davon ausgeht, diese seien mit dem Pauschalpreis abgegolten, was jedoch nach dem Gesagten nicht der Fall ist. Der aufgrund der Verschiebung geltend gemachte Mehreinsatz von Wand- und Deckenschalungen ist deshalb unbestritten geblieben, weshalb – soweit die Klägerin nicht widersprüchliche Aussagen macht (betreffend die Monate Juni bis August 2010) – darauf abzustellen ist. Demnach wurden wegen der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zwischen April und November 2011 3'400 zusätzliche Quadratmeter Wandschalungen verwendet, während dank derselben Verschiebung während der Monate September 2010 bis März 2011 insgesamt 1'000 Quadratmeter Wandschalungen eingespart werden konnten, was ein Total von 2'400 zusätzlichen Wandschalungen ergibt. Analog wurden wegen der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zwischen April und November 2011 13'700 zusätzliche Quadratmeter Deckenschalungen verwendet, während dank derselben Verschiebung während der Monate September 2010 bis März 2011 insgesamt 3'500 Quadratmeter Deckenschalungen eingespart werden konnten, was – auch gemäss der klägerischen Berechnung – ein Total von 10'200 zusätzlichen Deckenschalungen ergibt (vgl. act 1 S. 59 und Rz. 178). Die Klägerin geht von einem Ansatz von CHF 18.90 pro Quadratmeter Wandschalungen und von einem Ansatz von CHF 2.20 pro Quadratmeter Deckenschalungen aus (act. 1 Rz. 179). Sie führt aus, da sie ihre eigenen Schalungselemente gebraucht habe, gebe es auch diesbezüglich keine Lieferscheine oder Drittrechnungen (act. 1 Rz. 177). Wiederum stützt sich die Klägerin bei der Wahl des Ansatzes auf die betriebsinternen Verrechnungsansätze des Schweizerischen Bau- meisterverbandes 2009 (act. 1 Rz. 178), was vernünftig erscheint. Die Beklagte opponiert denn auch nicht gegen die Höhe dieser Ansätze (act. 8 Rz. 141 f.), weshalb darauf abzustellen ist. Die Multiplikation der Anzahl zusätzlich verwendeter Quadratmeter mit diesen Ansätzen ergibt für Wandschalungen einen Betrag von CHF 45'360.– (2'400 * 18.9) sowie für Deckenschalungen einen Betrag von CHF 22'400.– (10'200 * 2.2). Unbestrittenermassen ist der Betrag von

- 64 - CHF 6'000.– für entfallende Transportkosten während der Monate September 2010 bis März 2011 in Abzug zu bringen (act. 1 Rz. 180; act. 8 Rz. 143), wodurch für zeitabhängige Mehrkosten betreffend den Einsatz von Wand- und Deckenschalungen aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 ein Gesamtbetrag von CHF 61'760.– resultiert, welcher der Klägerin zuzusprechen ist.

3.5.3.2.5. Fazit zu den zeitabhängigen Inventarmehrkosten Die der Klägerin zu ersetzenden

zeitabhängigen Mehrkosten aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 betragen für den verlängerten Einsatz des Baukrans 2 CHF 58'360.20, für den verlängerten Einsatz von weiterem Inventar CHF 81'110.35 sowie für den zusätzlichen Einsatz von Wand- und Deckenschalungen CHF 61'760.–, mithin insgesamt CHF 201'230.55.

- 65 - 3.5.3.3. Produktivitätsverluste 3.5.3.3.1. Umdisponierungen 3.5.3.3.1.1.

Parteistandpunkte Die Klägerin erklärt, Ausgangsgrösse für die Mehrkostenberechnung (aufgrund kurzfristiger Umdisponierungen) sei die Ist-Stundenanzahl des Baustellenpersonals der Klägerin. Dabei stellt sie sich auf den Standpunkt, während insgesamt 65'531 Stunden eigenes Personal und externe Subunternehmer eingesetzt zu haben. Hierzu addiert sie 3'879 Stunden für den Eisenleger und 1'044 Stunden für den Abdichtungsfachmann. Sodann berücksichtigt die Klägerin 15'850 Stunden für zeitabhängiges Personal (5'370 Stunden für Poliere; 9'808 Stunden für Kranführer; 672 Stunden für Magaziner), welche sie ebenso in Abzug bringt wie 1'852.8 Stunden für Arbeiten auf der angrenzenden Baustelle der Häuser 10 und

E. 7

Juli 2010 einen ausführlichen Werkvertrag (act. 3/2; act. 1 Rz. 14 ff.; act. 8 Rz. 15). Die Parteien erklärten in dieser Rangfolge den ausführlichen Werkvertrag (act. 3/2), den Werkvertrag vom 26. Januar 2010 (mit Abgebot vom 20. Januar 2010; act. 3/12), die klägerische Offerte vom 15. September 2009, überarbeitet am 7. Oktober 2009 bzw. am 5. Januar 2010 (act. 3/9-11), sowie die Planunterlagen und die "Beilagen Vertragsordner" als Grundlagen und Bestandteile des Vertrags (Vertragsziffer 3; act. 3/2 S. 2). Zur letztgenannten Kategorie gehörten u.a. der Leistungsbeschrieb "Baumeisterarbeiten ..." (act. 3/13) sowie das Terminprogramm (act. 3/8; act. 3/14). Subsidiär zum geschlossenen Vertrag einigten sich die Parteien auf die Anwendbarkeit der "technischen Normen" sowie der SIA-Norm 118 unter Ausschluss der Art. 64-82 sowie der ABB SIA (Vertragsziffer 13; act. 3/2 S. 5). 3. Anspruch der Klägerin auf eine Mehrvergütung infolge Bauablaufstörung gegen die Beklagte aus Werkvertrag 3.1. Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 3.1.1. Unbestrittener Sachverhalt Das ursprüngliche Grobterminprogramm, welches für die klägerische Offertkalkulation massgeblich war (act. 1 Rz. 16; act. 8 Rz. 15), wurde von der Beklagten am

E. 10

Mai 2010 noch einmal leicht revidiert und um ein detailliertes Terminprogramm ergänzt. Dieses Terminprogramm (Stand 10. Mai 2010) wurde der Klägerin anlässlich der zweiten Bausitzung vom 12. Mai 2010 ausgehändigt und lag alsdann dem Vertragsschluss zugrunde (act. 1 Rz. 23; act. 8 Rz. 19). Nach dem Gesagten bildete es nicht nur Grundlage, sondern auch Bestandteil des Vertrags

- 8 - (vgl. auch Vertragsziffer 8; act. 3/2 S. 3). Vorgesehen war eine weitgehend parallele Erstellung der zwölf Baukörper (act. 1 Rz. 12 f und 28.; act. 8 Rz. 11 ff.); bei Übergabe der Baufelder war gemäss dem ursprünglichen Terminprogramm geplant, dass der Bauverlauf der Häuser 3 und 4 zeitgleich mit dem Rohbau der Häuser 5 bis 9 erfolgen würde (act. 1 Rz. 29; act. 8 Rz. 22). Für den Rohbau der Häuser 3 und 4 waren je 115 Arbeitstage eingeplant, wobei die entsprechenden Arbeiten für das Haus 3 am 27. September 2010 und jene für das Haus 4 am 23. August 2010 hätten aufgenommen werden sollen (act. 18 Rz. 18; act. 22 Rz. 13). Für Vertragsänderungen und Ergänzungen wurde die Schriftform vorgesehen, wobei

der Schriftform auch die Verwendung von Fax genüge (Vertragsziffer 14; act. 3/2 S. 5). Das Terminprogramm wurde für die Häuser 3 und 4 geändert (act. 1 Rz. 12 f und 28.; act. 8 Rz. 11 ff.), wobei diese Verschiebung der Beklagten Vorteile im Zusammenhang mit der Effizienz und der Ökologie sowie tiefere Kosten betreffend den Aushubtransport brachte (act. 8 Rz. 13 f.). Für die Klägerin bedeutete eine Verlängerung der Bauzeit bzw. der Präsenz vor Ort hingegen Mehrkosten (act. 18 Rz. 76; act. 22 Rz. 55). Mit den Baumeisterarbeiten für die Häuser 3 und 4 wurde schliesslich im Mai 2011 begonnen (act. 1 Rz. 28 und 45 f.; act. 8 Rz. 21 und 38). Sie dauerten bis zum 7. November 2011 (act. 1 Rz. 60; act. 8 Rz. 48 f.). Die Klägerin hatte bestätigt, die Arbeiten innerhalb des im Terminprogramm angegebenen Zeitraums ausführen zu können (Vertragsziffer 8; act. 3/2 S. 3). Die Beklagte war als Generalunternehmerin dagegen berechtigt, gewisse Planänderungen vorzunehmen. In diesem Zusammenhang vereinbarten die Parteien, dass übliche, während des Baufortschritts vorzunehmende Planänderungen und damit im Zusammenhang stehende Änderungen der Arbeitsleistung des Unternehmers diesen nicht zu einer Erhöhung des Pauschalpreises ermächtigen (Vertragsziffer 2; act. 3/2 S. 1).

- 9 - 3.1.2. Streitpunkte Während die Klägerin geltend macht, die Änderung des Terminprogramms sei durch die Beklagte einseitig angeordnet worden, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, das Terminprogramm sei einvernehmlich abgeändert worden. Die Terminänderung sei einmalig festgesetzt und allen Beteiligten frühzeitig mitgeteilt worden (act. 8 Rz. 13). Nachdem bereits monatelang in Kenntnis und mit dem Einverständnis aller Beteiligten Aushubmaterial auf den Baufeldern 3 und 4 deponiert worden sei, seien die konkreten Verschiebungsdaten am 8. September 2010 an der wöchentlichen Bausitzung, an welcher neben H. _____ von der Beklagten und I. _____ von der J. _____ AG auch der Bauführer der Klägerin, K. _____, und L. _____, ebenfalls von der Klägerin, teilgenommen hätten, einvernehmlich festgelegt worden. Neu habe der Aushub im April 2011 beginnen sollen. Entsprechend später (im Mai 2011) habe die Klägerin mit den Baumeisterarbeiten zum Zug kommen sollen, was dann auch effektiv der Fall gewesen sei. Zur Veranschaulichung sei im Grobterminprogramm bei den Häusern 3 und 4 ein roter Pfeil eingezeichnet worden, der vom neu auf April 2011 festgelegten Beginn des Aushubs bis zum Bezugstermin Ende April 2012 reiche. Die Baumeisterarbeiten der Klägerin (Rohbau 1 und 2) seien darin von Mai bis November 2011 terminiert (act. 8 Rz. 14).

3.1.3. Rechtliches 3.1.3.1. Einseitige oder vertragliche Bestellungenänderung oder Verletzung einer Mitwirkungspflicht Von einer Bestellungenänderung spricht man, wenn der vertragliche Leistungsinhalt des fortbestehenden Werkvertrags durch Rechtsgeschäft geändert wird. Die vereinbarte Herstellungspflicht wird dabei beispielsweise in der Weise geändert, dass der Unternehmer zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat. Zu unterscheiden ist die vereinbarte von der einseitigen Bestellungenänderung (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N. 768 f.).

- 10 - Die vereinbarte Bestellungenänderung beruht auf einem Abänderungsvertrag, worin die Parteien übereinkommen, die Herstellungspflicht des Unternehmers in dieser oder jener Hinsicht abzuändern. Untersteht die konsensuale Bestellungenänderung einer vertraglichen Formvorschrift, wird nach Massgabe des Art. 16 Abs. 1 OR widerlegbar vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten (GAUCH, a.a.O., N. 770). Mit der Einschränkung, dass bei einer einschlägigen Formabrede besagte Vermutung gemäss Art. 16 Abs. 1 OR greift, kann die

Bestellungsänderung auch stillschweigend vereinbart werden (Art. 1 Abs. 2 OR). So ist an der konkludenten Zustimmung des Unternehmers zu einer vom Besteller beantragten Bestellsänderung kaum zu zweifeln, wenn er sich dieser Änderung durch sein Verhalten tatsächlich unterzieht (GAUCH, a.a.O., N. 771). In diesem Sinne können die Parteien auch formlos bzw. durch konkludentes Verhalten nachträglich auf die vorbehalten Form verzichten (BGE 125 III 263 E. 4.c; BGer. 4C.85/2004 E. 2.2). Die einseitige Bestellsänderung beruht dagegen auf einer einseitigen Willenserklärung bzw. einer Gestaltungserklärung des Bestellers, welche keiner Zustimmung des Unternehmers bedarf. Sie setzt rechtlich voraus, dass der Besteller ein entsprechendes Gestaltungsrecht und damit die Macht hat, die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers im gewünschten Sinne abzuändern. Ist die Einhaltung einer bestimmten Form vertraglich vorgesehen, so kommt Art. 16 Abs. 1 OR sinngemäss zur Anwendung, und es wird entsprechend (widerlegbar) vermutet, dass der Besteller bei Nichteinhaltung der Form keine Bestellsänderung anordnen wollte. Haben die Parteien für Vertragsänderungen eine Form vorbehalten, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob sich der Vorbehalt auch auf einseitige Bestellsänderungen bezieht (GAUCH, a.a.O., N. 772). Das einseitige Bestellsänderungsrecht des Bestellers kann sich aus Gesetz, Vereinbarung oder aus dem hypothetischen Parteiwillen der Vertragsparteien ergeben (GAUCH, a.a.O., N. 775). Wird die SIA-Norm 118 vereinbart, hat der Bauherr ein weitgehendes Änderungsrecht (einseitiges Gestaltungsrecht). So kann er gemäss Art. 84 Abs. 1 der Norm durch Weisungen oder Änderungen von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen

- 11 - oder überhaupt nicht ausführt, solange der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Gegenstand einer Weisung kann in diesem Sinne auch der Bauvorgang (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2) und damit die Reihenfolge der Arbeiten sein (EGLI, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 84 N. 5). Unter Umständen ist bei der Durchsetzung einer einseitigen Anordnung aber von der Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Bestellers auszugehen. Der Besteller kann im Rahmen der einseitigen Bestellsänderung nämlich nicht verlangen, dass der Unternehmer den Arbeitsbeginn oder die Arbeitsausführung (z.B. durch temporäre Arbeitseinstellung oder schlichte Verlangsamung) vertragswidrig hinauszögert. Verzögert der Bauherr den Beginn oder die Fortsetzung der Werkausführung, ohne hierzu auf Grund einer besonderen Abrede befugt zu sein, so gerät er in Annahmeverzug, wenn sein Verhalten nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist (EGLI, a.a.O., Art. 84 N. 5 lit. b; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, Art. 184 N. 7 lit. c; GAUCH, a.a.O., N. 792). Soweit die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangt, hat die Bauleitung dem Unternehmer die Ausführungsunterlagen und die erforderlichen Grundstücke und Rechte so frühzeitig zur Verfügung zu stellen, dass dieser die vertraglichen Fristen einhalten kann, wobei sie hierbei den Fortschritt der Arbeiten und die vom Unternehmer benötigte Vorbereitungszeit berücksichtigt (Art. 94 Abs. 1). Unter die damit angesprochenen Mitwirkungspflichten des Bestellers fällt auch die Pflicht, dem Unternehmer den Baugrund rechtzeitig zur Verfügung zu stellen, den dieser zu bearbeiten hat. Dabei hat der Bauherr gegenüber dem Unternehmer auch für Verzögerungen einzustehen, die durch Säumnis eines Nebenunternehmers entstehen, an dessen Arbeit der Unternehmer anzuschliessen hat (SCHUMACHER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 94 N. 11 lit. a). Wenn der Bauherr

Mitwirkungshandlungen, die ihm obliegen, nicht rechtzeitig vornimmt, wird er säumig und gerät in Gläubiger- bzw. Annahmeverzug, wobei ein solcher weder ein Verschulden des Bauherrn noch eine Mahnung von Seiten des Unternehmers voraussetzt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Bauherr nach Treu und Glauben auf eine allfällige Säumnis aufmerksam zu machen ist. Keine Abmahnung ist erforderlich, wenn der Bauherr von der Säumnis auch ohne

- 12 - Abmahnung Kenntnis hat. Zudem entfällt die Abmahnungspflicht, sofern und solange der Unternehmer selber sich der Säumnis weder bewusst ist noch bei gehöriger Aufmerksamkeit bewusst sein muss (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 11 lit. c). 3.1.3.2. Mehrvergütung Im Geltungsbereich der SIA-Norm 118 regeln die Art. 85-91 die Folgen der (einseitigen) Bestelländerung, wobei sich der Bauherr der Folgen einer Bestellungsänderung nicht bewusst sein muss, damit eine Weisung gemäss Art. 84 Abs. 1 der Norm vorliegt (EGLI, a.a.O., Art. 84 N. 2). Führt eine Bestellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird gemäss Art. 89 Abs. 1 der Norm für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart, wobei gemäss Abs. 2 dieser Nachtragspreis bei Leistungen zu Globalpreisen auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage und bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage erfolgen soll, die im Zeitpunkt der Bestellungsänderung gültig ist. Soweit nicht Art. 89 Abs. 3 bzw. Art. 84 Abs. 4 der Norm zur Anwendung gelangen, ist der Mehr- oder Minderpreis mangels einer Einigung durch das Gericht zu bestimmen (EGLI, a.a.O., Art. 89 N. 7). Die zweiseitige bzw. vertragliche Bestellungsänderung ist in den Art. 84-91 der Norm nicht berücksichtigt, und der blosser Umstand, dass die SIA-Norm 118 zwischen den Parteien gilt, reicht nicht aus, um zum Vornherein eine Abrede zwischen den Parteien anzunehmen, wonach sich die Folgen einer vereinbarten Bestellungsänderung nach den einschlägigen Normbestimmungen über die einseitige Bestellungsänderung richten sollen. Möglich ist aber, dass die Parteien sich durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ausserhalb der SIA-Norm 118 darauf geeinigt haben, dass die Art. 85-91 auch für die vertragliche Bestellungsänderung gelten. Fehlt eine solche Einigung, ist die lückenhafte Vereinbarung nach dem Kriterium des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen, wobei in diesem Fall die sinngemässe Anwendung der Art. 85-91 nahe liegt, weil sie zur Natur des Vertrages passen, für den die SIA-Norm 118 übernommen worden ist (EGLI, a.a.O., Vorbemerkung b zu Art. 84-91; GAUCH, a.a.O., N. 807a). Jedenfalls

- 13 - hat der Unternehmer aber auch bei der zweiseitigen Bestellungsänderung grundsätzlich einen Anspruch auf Mehrvergütung für entsprechenden Mehraufwand. Dies ergibt sich bereits aus der vereinbarten Entgeltlichkeit des Vertrags. Deshalb setzt dieser Anspruch auf Nachtragsvergütung keine besondere Vereinbarung bzw. Anerkennung durch den Besteller oder aber nur schon eine Ankündigung voraus. Ebenfalls nicht erforderlich ist, dass der Besteller überhaupt mit einer Mehrforderung gerechnet hat (GAUCH, a.a.O., N. 785). Die Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Bestellers bzw. Säumnis des Bauherrn (lit. a) löst die in Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebenen Rechtsfolgen aus. Ausdrücklich erwähnt sind lediglich der Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung sowie ein allfälliges Rücktrittsrecht des Unternehmers. Daneben kommt aber auch beim Fest- bzw. Pauschalpreisunternehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung (oder Schadenersatz) in Betracht (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 11 lit. d), wenn dem

Unternehmer aus dem Annahmeverzug des Bestellers ein Mehraufwand entsteht, wobei sich dieser in Analogie zu den Prinzipien der Beststellungsänderung bemisst. Ein Verschulden des Bestellers ist nicht nur für den Annahmeverzug, sondern auch für den Mehrvergütungsanspruch nicht vorausgesetzt (GAUCH, a.a.O., N. 1336 ff.). 3.1.4. Subsumtion Nachdem vom ursprünglichen Terminprogramm abgewichen und das Werk somit anders als ursprünglich vereinbart ausgeführt worden war, liegt eine Beststellungsänderung vor. Aufgrund des Vollzugs bzw. der faktischen Durchsetzung der Beststellungsänderung ist unerheblich, dass die vorbehaltene Form der Schriftlichkeit nicht eingehalten wurde. Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 8 Rz. 19) ergibt bereits eine summarische Auslegung von Vertragsziffer 2, dass die Verschiebung der Baumeisterarbeiten für die Häuser 3 und 4 vom August bzw. September 2010 auf den Mai 2011 bzw. das Zurückstellen der Arbeiten an diesen Häusern um mehr als ein halbes Jahr nicht mehr als übliche Planänderung des Baufortschritts einzustufen ist, welche die Beklagte einseitig und ohne Honoraranpassung seitens der Klägerin hätte durchsetzen können (vgl. act. 3/2 S. 1).

- 14 - Die Beklagte macht indessen geltend, das Terminprogramm sei einvernehmlich an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden. Die Klägerin bestreitet dies und stellt eine davon abweichende Tatsachendarstellung auf. Die Beklagte hat daher nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB (vgl. dazu weiter unten) ihre Sachdarstellung einer einvernehmlichen Änderung des Terminplans zu beweisen; die abweichende Darstellung der Klägerin ist als Gegenbeweis abzunehmen. Der Beklagten wurde daher mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass das Terminprogramm einvernehmlich (ohne Mehrvergütung) an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden ist und dass M._____ zur Veranschaulichung im Grobterminprogramm (act. 10/2) bei den Häusern 3 und 4 einen roten Pfeil eingezeichnet hat, der vom neu auf April 2011 festgelegten Beginn des Aushubs bis zum Bezugstermin Ende April 2012 reicht, wobei die Baumeisterarbeiten der Klägerin (Rohbau 1 und 2) darin von Mai bis November 2011 terminiert sind. Zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassen wurden die Zeugen M._____, N._____, H._____, I._____, O._____, P._____ und Q._____, die Parteibefragung des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, R._____, und die Protokolle der Bausitzungen vom 8. September 2010 (act. 10/1), vom 22. September 2010 (act. 10/11) und vom 29. September 2010 (act. 10/12) sowie der angepasste Grobterminplan mit dem roten Pfeil (act. 10/2) als Urkunden (Prot. S. 19 ff.; act. 46). Ausserdem wurde entsprechend der abweichenden Sachdarstellung der Klägerin mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) zum Gegenbeweis dafür, dass die Beklagte noch im Herbst 2010 Ende März bzw. Anfang April 2011 als Aufrichttermine für die Häuser 3 und 4 bezeichnete, als Beweismittel der Klägerin die Urkunde "Protokoll der Bausitzung Nr. 7 vom 6. Oktober 2010" (act. 19/103) sowie als Beweismittel der Beklagten H._____ als Zeuge zugelassen. Zum Gegenbeweis der Klägerin dafür, dass am 8. Oktober 2010 eine Besprechung der im Protokoll Nr. 17 [act. 19/103] aufgeführten Aufrichtdaten zwischen H._____ für die Beklagte, K._____ für die Klägerin und O._____ für den Holzbauer erfolgte, anlässlich welcher die Termine von K._____ handschriftlich und in Absprache und Anwesenheit der beiden vorgenannten Personen in der aktualisierten Baufortschrittsgrafik eingetragen wurde, wobei als Fertigstellungstermin für das Haus 3 - 15 - der 29. März 2011 und für das Haus 4 der 6. April 2011 vermerkt wurde, wurden mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) als Beweismittel der Klägerin

K._____ und O._____ als Zeugen sowie die Urkunde "Übersicht 'Baufort- schritt E._____ Stand 08.10.2010' mit Angabe der Aufrichtungstermine und hand- schriftlicher Besprechungsnotiz von Hr K._____ vom 8. Oktober 2010" (act. 19/104) sowie als Beweismittel der Beklagten H._____ und O._____ als Zeugen zugelassen. Schliesslich wurden mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) als Beweismittel der Klägerin zum Gegenbeweis für ihre Darstellung, dass K._____ im März 2011 gerade zwecks Veranschaulichung der von der Be- klagten verursachten Bauablaufstörung die für die Klägerin resultierende Bauzeit- verschiebung auf einer Kopie des Grobterminprogramms anhand eines roten Pfeils einzeichnete und M._____ im Nachgang zur Sitzung vom 4. März 2011 vorgelegte, K._____ und S._____ als Zeugen und die Urkunden E-Mail der Kläge- rin an die Beklagte vom 24. Februar 2011, E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 25. Februar 2011, Einschreiben der Klägerin an die Beklagte vom 2. März 2011, Aktennotiz der Beklagten betreffend die Baubesprechung vom 4. März 2011 vom 7. März 2011 (act. 3/ 23-26), "Von Herrn K._____ handschriftlich mit ro- tem Filzschreiber annotiertes Grobterminprogramm" (act. 19/100), "Abgrenzung Umsatz Überbauung E._____ ... per 31.12.2010" (act. 19/101) und "Rohbauzeit- berechnung nach Umsatz für Baufelder 3 und 4 inkl. Tiefgarage" (act. 19/102) zu- gelassen. Die als Beweismittel zu den obigen Beweissätzen zugelassenen Zeugen wurden an der Beweisverhandlung vom 11. Dezember 2014 unter Hinweis auf ihre be- schränkten Mitwirkungsverweigerungsrechte und die Wahrheitspflicht gemäss Art. 307 StGB durch das Gericht befragt (Prot. S. 38 ff.). Der zur Parteieinvernahme zugelassene R._____ wurde vor seiner Befragung zur Wahrheit ermahnt und da- rauf hingewiesen, dass bei wissentlicher Unwahrheit eine Ordnungsbusse bis CHF 2'000.-, im Wiederholungsfall bis CHF 5'000.-, ergehen könne und dass er mit der Anordnung einer Beweisaussage rechnen müsse. Zudem wurde er auf sein beschränktes Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam gemacht (Prot. S. 126).

- 16 - Zu den als Beweismittel zum Hauptbeweis zugelassenen Urkunden ist Folgendes zu sagen: Das Protokoll der Bausitzung vom 8. September 2010 hält auf Seite 2 unter den die Klägerin betreffenden Punkten fest "Termine fortlaufend gemäss angepasstem Bauprogramm Zwingend" (act. 10/1). Auch in den Protokollen der Bausitzungen vom 22. September und 29. September 2010 (act. 10/11-12 je S. 2) wird bei der Klägerin jeweils bezüglich der Termine wörtlich derselbe Punkt aufge- führt. Daraus lässt sich schliessen, dass ab dem 8. September 2010 ein "ange- passtes" Bauprogramm zwischen den Parteien massgebend war. Welche Anpas- sung im Bauprogramm vorgenommen wurde oder dass es sich bei dieser Anpas- sung um die Verschiebung des Baubeginns der Häuser 3 und 4 handelt, geht aus den Bauprotokollen hingegen nicht hervor. Jedenfalls - und hier entscheidend - äussern sich die Protokolle nicht dazu, wie und wann es zur Anpassung gekom- men ist und ob es sich um eine einvernehmliche Änderung durch die Parteien handelte. Das Protokoll der Bausitzung vom 8. September 2010 gibt sodann Auf- schluss darüber, welche Personen an dieser Sitzung teilnahmen und folglich bei der behaupteten, einvernehmlichen Änderung des Terminprogramms hätten mit- wirken können. Es sind dies H._____, K._____, L._____ und I._____ (act. 10/1 S. 1). Im Grobterminprogramm (act. 10/2) ist sodann bei den Gebäuden 3 und 4 der rote Pfeil, auf den beide Parteien Bezug nehmen, eingezeichnet, der die Ver- schiebung der Termine veranschaulicht. Eine Information dazu, wer diesen Pfeil wann eingezeichnet hat, enthält der Plan dagegen nicht, und auch zur Frage der einvernehmlichen Änderung des Bauprogramms gibt er keinen Aufschluss. Aus diesen Urkunden ergibt sich daher nicht, dass an der Sitzung vom 8.

September 2010 das Terminprogramm durch die Parteien einvernehmlich geändert wurde oder wer den roten Pfeil wann eingezeichnet hat. Auch die Aussagen der zum Hauptbeweis einvernommenen Zeugen beweisen nicht, dass das Terminprogramm an der Sitzung vom 8. September 2010 einvernehmlich durch die Parteien geändert wurde. Im Gegenteil zeigen die Aussagen des Zeugen M._____, der sich als einziger Zeuge der Beklagten überhaupt dazu äussern konnte, wie es zu dieser Änderung des Terminprogrammes kam, auf, dass der Entscheid zur Verschiebung des Baubeginns der Häuser 3 und 4 einseitig durch die Beklagte getroffen wurde. M._____ war als Projektleiter der Beklag-

- 17 - ten am streitgegenständlichen Bauprojekt beteiligt und auch noch im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme Arbeitnehmer der Beklagten. Er sagte aus, im Herbst 2010 sei innerhalb der Beklagten entschieden worden, den Termin für den Baubeginn der Häuser 3 und 4 zu verschieben. Entschieden worden sei dies durch R._____, Herrn T._____ und ihn selbst, alle von der Beklagten. Auf explizite Nachfrage bestätigte er, dass der Verschiebungsentscheid ein Entscheid der Beklagten gewesen sei. Weiter sagte er aus, es sei ein schleichender Prozess gewesen. An den Bausitzungen sei im Vorfeld immer wieder kommuniziert worden, dass es in diese Richtung gehe, und man habe auch Begehungen gemacht. Man sei immer im Gespräch mit den Unternehmern gewesen. An der fraglichen Bausitzung vom 8. September 2010 habe er nicht teilgenommen. An dieser Sitzung hätten sie ganz klar gesagt, dass sie definitiv entschieden hätten, den Baubeginn zu verschieben. Er habe im Vorfeld seinem Bauleiter die Instruktion gegeben, dies weiterzuleiten (Prot. S. 38 ff.). Demgegenüber konnten die weiteren Zeugen, die als Beweismittel der Beklagten zum Hauptbeweis zugelassen wurden, keine Aussagen dazu machen, wer wann die Änderung des Terminprogramms entschieden hat. Der Zeuge H._____, der bis Ende 2011 als Bauführer der Beklagten tätig war, bestätigte zwar, dass die zunächst mit der Klägerin vereinbarten Termine für die Häuser 3 und 4 nach hinten verschoben wurden. Dagegen konnte er sich an das an der Sitzung vom 8. September 2010 Besprochene auch auf Vorhalt des Sitzungsprotokolls nicht mehr erinnern und er wusste nicht, wie es zur Änderung des Terminprogramms kam (Prot. S. 55 ff.). Dies, obwohl er der Bauleiter war, welcher nach Darstellung von M._____ an der Bausitzung vom 8. September 2010 die Änderung des Terminprogramms weiterleiten sollte und obwohl er der einzige Teilnehmende an der Sitzung von Seiten der Beklagten war und damit nur er mit der Klägerin anlässlich dieser Sitzung die von der Beklagten zu beweisende einvernehmliche Änderung hätte vornehmen können. Der Zeuge N._____ arbeitete als Bauführer der U._____ AG (Aushubarbeiten) am betreffenden Projekt. Auch er konnte keine Angaben dazu machen, wie es zur Änderung des Terminprogramms der Parteien gekommen ist, und der rote Pfeil sagte ihm ebenfalls nichts. Er meinte, er müsste dazu ihre ("unsere") Protokolle konsultieren (Prot. S. 51 ff.). Der Zeuge I._____ war am streitgegenständlichen Bauprojekt insofern beteiligt,

- 18 - als seine Firma von der Beklagten den Heizungsauftrag erhalten hatte. Er sagte aus, dass er sich nur daran erinnern könne, dass die Termine für die Häuser 3 und 4 geschoben worden seien aufgrund von Humus auf dem Bauplatz. An den Bausitzungen habe er teilgenommen. Den Grund für die Änderung des Terminplans kenne er aber nicht und er wisse auch nicht mehr, wer was gesagt habe betreffend die Verschiebung. Sie seien wöchentlich dort gewesen und hätten an allen 12 Häusern gleichzeitig gearbeitet und irgendwann habe es dann geheissen, das komme später und da sei das Terminprogramm (Prot. S. 61). Der Zeuge O._____ war für die O'._____ GmbH im Auftrag der Beklagten am streitgegenständlichen Projekt beteiligt. Er erklärte im Rahmen der Zeugeneinvernahme,

es sei ihnen schon ziemlich am Anfang klar gewesen, dass zwei Häuser später kä- men, damit man den Aushub seitlich deponieren könne, was von der Bauleitung so kommuniziert worden sei. Weiter sagte er aus, dass, so wie er das mitbekom- men habe, die Klägerin die Termine mit der Bauleitung besprochen habe. K. _____ habe die meisten Termine festgesetzt zusammen mit der Bauleitung. Al- so die Bauleitung habe ungefähr diese Termine vorgegeben, und mit K. _____ zu- sammen habe sie dann die Eckdaten gesetzt. Wer die Verschiebung bezüglich der Häuser 3 und 4 entschieden hat, wusste O. _____ aber nicht, und er wusste auch nichts darüber, ob an der Bausitzung vom 8. September 2010, an welcher er nicht teilgenommen hat, die Termine für die Häuser 3 und 4 geändert und der Be- ginn der Baumeisterarbeiten auf Mai 2011 festgelegt wurde (Prot. S. 64 ff.). Der Zeuge P. _____, ein Arbeitnehmer der O. _____ GmbH, war am streitgegenständ- lichen Bauprojekt als Projektleiter Holzbau und Bauführer für seinen Arbeitgeber beteiligt. Zu den mit der Klägerin als Baumeisterin vereinbarten Terminen oder der Änderung derselben wusste er nichts und konkret erklärte er, dass er nichts darüber wisse, dass an einer Bausitzung am 8. September 2010, an welcher er nicht teilgenommen habe, die Termine für die Häuser 3 und 4 geändert und der Aushubbeginn auf April 2011 und der Beginn der Baumeisterarbeiten auf Mai 2011 festgelegt worden seien (Prot. S. 72 f.). Der Zeuge Q. _____ arbeitete für die V. _____ AG mit den Parteien am streitgegenständlichen Projekt zusammen. Er erklärte zunächst, er erinnere sich nicht mehr an die genauen Daten. Aber es sei so gewesen, dass anlässlich einer Bausitzung die Termine für die Häuser 3 und 4

- 19 - geändert worden seien. Auf Nachfrage bestätigte er hingegen, dass er nicht an der Bausitzung vom 8. September 2010 war, und sagte weiter, dass er es nach vier Jahren nicht mehr genau wisse. Das müsse den Unterlagen entnommen werden. Irgendwann sei es darum gegangen, dass der Bauablauf geändert wor- den sei, dass man die Termine für den Aushub und die Ausführung der Häuser 3 und 4 geändert habe. Die Problematik sei gewesen, dass sehr viel Erdreich dort hinten aufgehäuft worden sei, welches nicht abgeführt worden sei. Ohne Ver- schiebung hätte man dieses Erdreich umplatzieren oder abführen müssen. Auf die Frage, wann wer was gesagt habe, führte er aus, den genauen Termin wisse er nicht mehr. Man habe grundsätzlich diskutiert, ob man das Erdreich abführen müsse oder ob einfach andere Etappen vorgezogen würden. M. _____, H. _____ und K. _____ seien jeweils vor Ort gewesen und in diesem Kreis sei über den wei- teren Fortgang diskutiert worden. Er verneinte, Kenntnis darüber zu haben, wie sich die Klägerin zur Verschiebung hinsichtlich der Häuser 3 und 4 stellte, erklärte aber, er habe damals das Gefühl gehabt, dass die Terminverschiebung im ge- genseitigen Einverständnis hingenommen worden sei. Auf Nachfrage stellte er klar, dass er nichts von konkreten Aussagen der Klägerin zu diesem Punkt wisse und dass es schon Diskussionen über die Verschiebung mit der Klägerin bzw. mit K. _____ gegeben habe. Weiter sagte er, er wisse nicht, ob eine Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend die Kosten für ein längeres Verbleiben auf der Baustelle bestanden habe (Prot. S. 74 ff.). Q. _____ hat demnach zwar mitbe- kommen, dass M. _____, H. _____ und K. _____ über die Verschiebung diskutier- ten. Doch er war weder an der entscheidenden Bausitzung vom 8. September 2010 anwesend noch konnte er zu dieser Sitzung etwas sagen oder wusste er, wie die Änderung des Terminprogramms zustande gekommen ist. Sein Gefühl resp. sein Eindruck, dass die Terminverschiebung im gegenseitigen Einverständ- nis "hingenommen" wurde, beweist hingegen nicht eine einvernehmliche Ände- rung des Terminprogramms durch die Parteien an der Sitzung vom 8. September 2010. Auch kann sein Gefühl, dass die Terminverschiebung "hingenommen" wur- de, keinesfalls den Beweis einer einvernehmlichen Änderung ohne Mehrvergü- tung

erbringen. Zudem stützen sich seine Erinnerungen nicht auf die Geschehnisse an der gemäss Darstellung der Beklagten massgebenden Bausitzung vom 8.

- 20 - September 2010, sondern will er Diskussionen zwischen den Zeugen M._____ und H._____, beides Arbeitnehmer der Beklagten, sowie K._____ von der Klägerin mitbekommen haben. Dabei sagte gerade der Zeuge M._____ vor Gericht aus, der Entscheid für die Änderung des Terminprogramms betreffend die Häuser 3 und 4 sei allein durch die Beklagte getroffen worden. Schliesslich gelingt es der Beklagten auch nicht, ihre Darstellung einer einvernehmlichen Änderung des Terminprogramms an der Bausitzung vom 8. September 2010 durch die Aussagen des als Partei einvernommenen Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, R._____, zu beweisen. R._____ beschrieb zwar bei seiner Einvernahme eine Sitzung im August 2010 auf der Baustelle mit W._____, K._____, M._____, H._____ und ihm, an der darüber gesprochen worden sei, dass die Beklagte die Häuser 3 und 4 gerne nach hinten schieben würde, und dies so besprochen und auch abgemacht worden sei. Abschliessend hielt er zu dieser Sitzung jedoch fest, sie ("wir") hätten ganz klar über das geredet und das auch so entschieden, wobei er auf Nachfrage präzierte, dass sie ("wir") M._____, H._____ und er seien. Er habe das Schlusswort gehabt. M._____ habe ihm die Situation erklärt und dann habe er gesagt, sie würden die Häuser verschieben, wenn es möglich sei. Er habe das mit W._____ besprochen, und wenn er an diesem Tag gesagt hätte, das komme nicht in Frage, verursache Probleme, dann hätten sie selbstverständlich diese Häuser ausgehoben und weggeführt. Das sei nie ein Thema gewesen. W._____ habe nie etwas angemeldet, er habe nie von Kosten gesprochen. Die Verschiebung müsse im August 2010 entschieden worden sein. Sie hätten eine Begehung auf dem Bau gehabt. Nachher sei das an den Bausitzungen, an welchen er nicht mehr dabei gewesen sei, kommuniziert worden. Auf die Frage, wann es zum ersten Mal kommuniziert worden sei, erklärte R._____, so wie er es nun auch gesehen und gehört habe, sei das im September/Oktober gewesen, und fasste zusammen, sie hätten die Begehung gehabt, im Rahmen des Ganzen hätten sie das besprochen und so entschieden und W._____ habe nicht gesagt, er sei nicht einverstanden. Auf die Frage, woraus er geschlossen habe, dass W._____ mit der Verschiebung an sich einverstanden sei und zwar ohne Mehrkosten, erklärte er, es seien von seiner Seite nie Mehrkosten angemeldet worden. Es sei nie ein Schreiben von ihm gekommen,

- 21 - dass er nicht einverstanden wäre mit dieser Verschiebung. Auch nicht im September/Oktober 2010, als man es ja definitiv gewusst habe. Er sei davon ausgegangen, dass die Anordnung einer solchen Verschiebung ohne Mehrkostenzusatz, Entschädigung zum gleichen Preis erfolgen würde, sonst hätte die Klägerin klar das Recht gehabt und wahrnehmen sollen zu sagen, sie sei damit nicht einverstanden und habe dadurch Mehrkosten, sie akzeptiere diesen Fall nicht (Prot. S. 125 ff.). R._____ bestätigt somit mit seiner Aussage, was bereits M._____ dargelegt hat. Der Entscheid über die Änderung des Terminprogramms erfolgte durch die Beklagte, konkret durch R._____, der das letzte Wort hatte. Davor wurde wohl mit der Klägerin darüber gesprochen, und die Klägerin meldete dabei keine Mehrkosten an. Doch steht aufgrund der Einvernahmen von R._____ und M._____ fest, dass das Terminprogramm durch einen Entscheid der Beklagten - und zwar einen Entscheid der Beklagten allein - geändert wurde, und dieser Entscheid wurde anschliessend der Klägerin kommuniziert. Dass zu jenem Zeitpunkt noch keine Mehrkosten von Seiten der Klägerin angemeldet wurden, bedeutet resp. beweist demgegenüber entgegen der Beklagten (act. 71 S. 3) nicht, dass eine einvernehmliche Änderung (ohne

Mehrkosten) erfolgt wäre. Damit steht fest, dass der Beklagten der Hauptbeweis dafür, dass das Terminprogramm einvernehmlich (ohne Mehrvergütung) an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden ist, misslungen ist. Die Änderung des Terminprogrammes wurde von der Beklagten, konkret von AA._____, einseitig entschieden und anschliessend nur der Klägerin kommuniziert resp. an sie weitergeleitet. Als Folge davon und weil sich dies aus den Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten sowie ihres Bauleiters ergibt, erübrigt es sich, auf den zweiten Teilsatz des Hauptbeweises näher einzugehen und zu klären, wer den roten Pfeil wann im Grobterminprogramm eingezeichnet hat. Dies würde am Beweisergebnis nichts ändern. Damit ist auch der Ausgang des von der Beklagten (vgl. dazu act. 75 S. 6) eingeleiteten Strafverfahrens nicht abzuwarten. Ausserdem erübrigt sich damit auch die Würdigung der zum Gegenbeweis der Klägerin zugelassenen Beweismittel. Nebenbei ist festzuhalten, dass auch die Aussagen der zum

- 22 - Gegenbeweis gehörten Zeugen bezüglich des Hauptbeweises keine andere Würdigung zulassen, sondern das Beweisergebnis bestätigen. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Terminprogramm nicht einvernehmlich durch die Parteien an der Bausitzung vom 8. September 2010 (und auch nicht bei einer anderen Besprechung) geändert wurde, sondern die Verschiebung der Termine der Häuser 3 und 4 wurde von der Beklagten einseitig entschieden und durchgesetzt. 3.1.5. Zwischenfazit Bis hierhin ist demnach von einer grundsätzlichen Entschädigungspflicht der Beklagten auszugehen, weil die Beklagte sich (durch die einseitig durchgesetzte Terminverschiebung) in Annahmeverzug befand, welcher erwähnenswertenmassen in Analogie zu den Prinzipien der Beststellungsänderung abgedeckt wird und deshalb ebenfalls zu einer Entschädigung führt. 3.2. Vertragskonformes Leistungsangebot und Verzug der Klägerin 3.2.1. Streitpunkte Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin sei froh um die Verschiebung gewesen und habe diese sogar befürwortet, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7, 8 und 9 sowie 15, 16 und 17 erheblich in Verzug gewesen sei (vgl. act. 8 Rz. 14 und 23). Die Klägerin habe im Sommer 2010 das Inventar inklusive Kran und Verschalungsmaterial für die Häuser 3 und 4 nicht vor Ort mobilisiert gehabt (vgl. act. 22 Rz. 35, 131, 140). Eine Erklärung des klägerischen Leistungswillens sei bei der Beklagten nie eingegangen (act. 22 Rz. 36). Gemäss act. 10/10 habe die Klägerin ab Woche 38 eine zusätzliche Mannschaft zu stellen gehabt, damit die Termine für die Häuser 1, 2, 7, 8 sowie 15-17 hätten eingehalten werden können. Somit habe die Klägerin sicher kein Personal vorgehalten, das mit den Arbeiten an den Häusern 3 und 4 hätte beginnen können (act. 22 Rz. 139). Es sei die Klägerin und nicht die Aushubfirma gewesen, welche anlässlich der wöchentlichen Bausitzungen von der Beklagten immer habe angewiesen werden müssen, den Terminplan einzuhalten.

- 23 - In den Protokollen act. 10/3-10 und act. 3/21 sei unter Ziff. 3 (A.____ Baumeister) jeweils vermerkt "Termine für die Häuser 15, 16, 17 müssen ZWINGEND gemäss Bauprogramm eingehalten werden" bzw. "Haus 7-9, 4 Wochen Verzug, Keine Planunterlagen vorhanden". Es werde bestritten, die Beklagte sei ihrerseits mit der Planlieferung im Rückstand gewesen. Die Klägerin führe denn auch überhaupt nicht aus, welche Pläne und welche Rückstände sie hier meine (act. 22 Rz. 141). Der Klägerin wäre es aufgrund von mangelnden Material- und Personalressourcen gar nicht möglich gewesen, zu den ursprünglich vorgesehenen Terminen mit den Arbeiten auf den Baufeldern 3 und 4 zu beginnen resp. diese in der ursprünglich vorgesehenen Zeit auszuführen (act. 22 Rz.

167). Die Klägerin erklärt dazu, sie habe ihre Arbeiten gehörig angeboten und sei leistungsbereit und leistungsfähig gewesen (act. 18 Rz. 46). Die Klägerin bestreite, dass sie sich mit den Arbeiten an den Häusern 7-9 und 15-17 in Verzug befunden habe. Richtig sei, dass – wie in den Bausitzungsprotokollen der Beklagten vermerkt sei – die Aushubarbeiten betreffend verschiedene Häuser verspätet gewesen seien, die Beklagte gegenüber dem Aushubunternehmen wiederholt einen Verzug abgemahnt habe und diese Rückstände auch die Termine der nachfolgenden Arbeitsschritte bzw. Unternehmer, insb. auch der Baumeisterarbeiten, gefährdet hätten (act. 18 Rz. 178). Dass die Verschiebung auch durch einen Verzug der Klägerin auf den anderen Baufeldern mitverursacht worden sei, sei schlicht falsch und werde bestritten (act. 18 Rz. 194). Es sei ausgewiesen, dass das Aushubunternehmen in Verzug gewesen sei, womit zwangsweise auch der Beginn der jeweiligen Baumeisterarbeiten habe verlagert werden müssen (act. 29 Rz. 13). Sie habe ab Sommer 2010 das für die Erstellung der Häuser 3 und 4 (wie auch der anderen Häuser) erforderliche Inventar mobilisiert gehabt und fortan vorgehalten, und zudem habe sie die für die Baumeisterarbeiten erforderlichen Personalressourcen, inkl. für die Häuser 3 und 4, bereit gehalten (act. 18 Rz. 46). Auch die Bausitzungsprotokolle würden kein anderes Bild zeichnen (act. 29 Rz. 25). Es treffe denn auch nicht zu, dass "Mitte August 2010 ... an der Bausitzung bestimmt [wurde], die Klägerin habe ab Woche 38 eine zusätzliche Mannschaft zu stellen, damit die Termine für die Häuser 1, 2, 7, 8 und 15-17 eingehalten werden können" (act. 29 Rz. 26).

- 24 - 3.2.2. Rechtliches Nur wenn der Schuldner leistungsbereit ist, seinen Leistungswillen kundtut und den Gläubiger zur Annahme der Leistung auffordert, treffen den Gläubiger die nachteiligen Folgen des Verzugs (BERNET, in: BSK OR I, Art. 91 N. 2). Das Angebot des Schuldners muss gehörig sein, d.h. es muss quantitativ und qualitativ sowie den weiteren Erfüllungsmodalitäten der geschuldeten Leistung entsprechen (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 3). Ferner muss das Angebot in der Regel tatsächlich erfolgen (Realoblation) bzw. der Schuldner muss alles vorgenommen haben, so dass zur Perfektion der Erfüllung nur noch die Mitwirkung des Gläubigers fehlt. Ausnahmsweise genügt Verbaloblation (z.B. bei einer antizipierten Annahmeverweigerung des Gläubigers oder wenn dieser eine andere Vorbereitungshandlung unterlässt, ohne die die Erfüllung gar nicht möglich ist). Die Leistungsbereitschaft muss i.S. einer rechtsgeschäftlichen empfangsbedürftigen Willenserklärung, als Aufforderung an den Gläubiger zur Annahme, formuliert sein (BGE II 40, 45; BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 4). Ohne gehöriges Leistungsangebot tritt Gläubigerverzug ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin feststeht und der Gläubiger diesen Termin verstreichen lässt (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 5). Neben dem gehörigen Leistungsangebot muss auch eine dem Angebot entsprechende Leistungsbereitschaft vorliegen (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 6). Während der Schuldner das gehörige Leistungsangebot sowie die Leistungsbereitschaft zu beweisen hat, obliegt dem Gläubiger der Beweis für Tatsachen, welche die unterlassene Mitwirkung rechtfertigen sollen (BERNET, a.a.O., Art. 92 N. 16). Der Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung entfällt, soweit die Änderung wegen seines vertragswidrigen Verhaltens notwendig wurde. Dies gilt trotz des Umstands, dass der dritte Abschnitt der SIA-Norm 118, welcher die (einseitige) Beststellungsänderung regelt, den Fall vernachlässigt, da die Änderung durch ein vertragswidriges Verhalten des Unternehmers erforderlich wurde (GAUCH, a.a.O., N. 788 u. 806). Im Hinblick auf einen allfälligen Verzug des Unternehmers geht dies auch aus Art. 94 Abs. 1 SIA-Norm 118 hervor. Demnach muss die Bauleitung nicht rascher mitwirken, als der tatsächliche Baufortschritt dies erfordert (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 9 lit.

a).

- 25 - 3.2.3. Subsumtion Weil die ursprünglich vereinbarten Termine für den Beginn der Häuser 3 (27. September 2010) und 4 (23. August 2010) mit dem Willen der Beklagten nicht eingehalten worden sind, bedurfte es diesbezüglich kein (separates) gehöriges Leistungsangebot der Klägerin, um Gläubigerverzug der Beklagten eintreten zu lassen. War die Klägerin hingegen tatsächlich froh um die Verschiebung des Bauprogramms und befand sich in Verzug auf den anderen Baufeldern, kann nicht von der Verletzung einer Mitwirkungshandlung seitens der Beklagten gesprochen werden, da die Beklagte nicht rascher mitzuwirken hatte, als der tatsächliche Baufortschritt dies erforderte. Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB (vgl. dazu weiter unten) trägt die Beklagte die Beweislast für ihre strittige Behauptung, dass die Klägerin froh um die Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 war und diese sogar befürwortet hat, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7, 8 und 9 sowie 15, 16 und 17 erheblich in Verzug war. Mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) wurden dazu als Beweismittel der Beklagten zugelassen die Zeugnisse von M._____, N._____, H._____, O._____, P._____ und Q._____ sowie die Protokolle Nr. 5 bis 13 der Bausitzungen vom 2., 9., 16., 23. und 30. Juni 2010, 7. und 14. Juli 2010 sowie

E. 11

während der Monate März bis Juni 2011. Dies führt zu einem bereinigten Total von 52'751 Stunden (act. 1 S. 59 und Rz. 183). Für den Monat September 2010 macht die Klägerin ein bereinigtes Total von 5'945 geleisteter Stunden geltend (6'501.5 durch klägerisches Personal und Subunternehmer geleistete Stunden zuzüglich 730 Stunden für den Eisenleger und den Abdichtungsfachmann abzüglich 1'286 Stunden für zeitabhängiges Personal; act. 1 S. 59). Betreffend das Bau-Soll führt die Klägerin aus, die effektiv über die verlängerte Baudauer eingesetzten Arbeitskräfte (Ist-Zahlen) seien auf die geplante Bauzeit nach Massgabe der im Terminprogramm vorgesehenen Arbeitsschritte umgelegt worden (act. 1 Rz. 184). Für den Monat September 2010 geht sie in diesem Zusammenhang von einem (nach dem ursprünglich Bauprogramm) geplanten Einsatz von durchschnittlich 33 Arbeitern aus und multipliziert diese Zahl mit der Arbeitszeit pro Arbeiter für diesen Monat von 192 Stunden. Dies ergibt ein Bau-Soll für den Monat September 2010 von 6'336 Stunden. Die Differenz zwischen behauptetem Bau-Ist und Bau-Soll beträgt somit 391 Stunden (act. 1 S. 59). Im Umfang dieser 391 Stunden mussten demnach nach dem Verständnis der Klägerin kurzfristige Umdisponierungen auf Drittbaustellen vorgenommen werden, wobei

- 66 - die Klägerin von einem dadurch entstehenden Produktionsverlustfaktor von 30 % – da es der erste Monat des Ausbleibens der Baugruben gewesen sei; für die nachfolgenden Wintermonate ab November 2010 macht die Klägerin einen Abzug von 15 % geltend – ausgeht (act. 1 Rz. 186). Den so ermittelten Produktionsverlust in Stunden multipliziert sie mit einem Werklohnansatz zuzüglich Endzuschlag von CHF 75.17, was zu einem Mehraufwand aufgrund von Personalumdisponierungen im September 2010 in der Höhe von CHF 8'794.89 führt (act. 1 Rz. 187 f.). Die analogen Rechnungen (wie gesagt mit einem Abzug von 15 %), gestützt auf dieselben Überlegungen, führt die Klägerin für die Zeit von November 2010 bis März 2011 durch. Zugunsten der Beklagten wird sodann das Personal der Klägerin, das während der Monate November 2011 bis März 2012 auf der Baustelle des Überbauungsprojektes gearbeitet hat, mit einem Produktivitätsgewinnfaktor von

E. 15

Mai 2012 (act. 1 Rz. 85 ff.). Die Beklagte bestreitet die eingeklagte Zinsforderung für die Mehraufwendungen und die Stahlkosten nur mit der Begründung, da die Forderung der Klägerin für Mehraufwendungen nicht berechtigt sei resp. da die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung der Preisdifferenz für die Stahlkosten habe, schulde sie auch keinen Verzugszins (act. 8 Rz. 156 und 159). Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, wenn er mit der Zahlung einer Geldforderung in Verzug ist, Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen. Die Beklagte befand sich mit der Zahlung der Forderung für die Mehraufwendungen nach unbenutztem Ablauf der von der Klägerin angesetzten Zahlungsfrist bis 17. August 2011 ab dem 18. August 2011 in Verzug. Sie ist daher zu verpflichten, auf dem Betrag von CHF 406'326.17 für Mehraufwendungen ab dem 18. August 2011 Zins zu 5 % zu bezahlen. Mit der Bezahlung der geschuldeten Forde-

- 110 - rung für die Stahlkosten befand sich die Beklagte sodann ab dem 1. Juli 2011 in Verzug, weshalb sie zu verpflichten ist, auf dem Betrag von CHF 77'893.80 ab dem 2. Juli 2011 Zins zu 5 % zu bezahlen. 7. Zusammenfassung Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 484'219.97 (CHF 406'326.17 Mehraufwendungen + CHF 77'893.80 Stahlkosten) nebst Zins zu 5 % auf CHF 406'326.17 seit 18. August 2011 und auf CHF 77'893.80 ab 2. Juli 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. 8. Prozesskosten 8.1. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der obergerichtlichen Gebührenverordnung (GebV OG) und jene der Parteientschädigung nach der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG bzw. §48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwalts-gesetzes) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG bzw. AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 1'042'679.60 auszugehen (Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 2), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG aufgrund des aufwändigen Verfahrens mit einem Beweisverfahren zu verdoppeln und auf rund CHF 60'000.– festzusetzen ist. Die weiteren Kosten betragen CHF 900.– für Zeugenentschädigungen. Ausgangsgemäss sind die Kosten im Umfang von CHF 32'600.– der Klägerin und im Umfang von CHF 28'300.– der Beklagten aufzuerlegen und vorab aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen (Klägerin CHF 44'400, Beklagte CHF 2'100.–) zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist im Umfang von CHF 11'800.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Der Fehlbetrag ist von der Beklagten einzufordern. 8.2. Parteientschädigung

- 111 - Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV bemessene, reduzierte Parteientschädigung von CHF 5'600.– zu bezahlen. Das Handelsgericht erkennt:

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