

ZH_HANDELSGERICHT HG140037 vom 6. Oktober 2017

Zh Handelsgericht, 2017-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140037

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140037 du 6 octobre 2017

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140037 del 6 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit In Ziff. 11.7 der Vertragsurkunde (act. 3/2) i.V.m. Ziff. 9 der Generellen Bedingungen der Beklagten (act. 3/3) haben die Parteien Zürich als Gerichtsstand festgelegt. Die örtliche Zuständigkeit ist damit nach Art. 17 ZPO gegeben.

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit Die sachliche Zuständigkeit ist ebenfalls gegeben, da die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen ist, diese im Handelsregister eingetragen sind und gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

E. 1.3

(Wider-)Klagebeschränkungen

E. 1.3.1

Mit Eingabe vom 25. August 2017 erklärt die Klägerin eine Klagebeschränkung im Umfang von CHF 540'000.– (act. 61). Diese basiert auf der aussergerichtlichen Vereinbarung der Parteien vom 8. bzw. 22. April 2016 betreffend Feuchtigkeitsschaden (vgl. Ziff. 8.2 hernach). Demgemäss leistete die Beklagte noch Zahlungen von je CHF 270'000.– bzw. von gesamthaft CHF 540'000.– (inkl. MWST) im Gegenzug zur Mängelbehebung, was die Klägerin an ihre Verzugszinsforderung anrechnen lassen will (act. 61 Rz. 4).

- 10 - Eine Klagebeschränkung ist gemäss Art. 227 ZPO Abs. 3 jederzeit zulässig. Der höhere Betrag im "beschränkten" Rechtsbegehren rührt daher, dass die Klägerin ihre Verzugszinsforderung ausgehend vom 1. Dezember 2013 bis zum 14. März 2017 (Datum des letzten Zahlungseingangs) aufgerechnet hat. Von dieser aufgerechneten Verzugszinsforderung in Höhe von CHF 1'294'650.70 bringt die Klägerin die von der Beklagten im Rahmen der aussergerichtlichen Vereinbarung geleistete Zahlung von CHF 540'000.– in Abzug, womit eine Differenz von CHF 754'650.70 resultiert, um die das Rechtsbegehren erhöht wurde. Die Aufrechnung des Zinses ändert jedoch nichts daran, dass sinngemäss eine Klagebeschränkung im Umfang von CHF 540'000.– vorliegt. Die Anrechnung der geleisteten Zahlung von CHF 540'000.– auf die klägerische Verzugszinsforderung ist im Lichte von Art. 86 Abs. 2 OR nicht zu beanstanden. Diese erfolgt nachfolgend unter Ziff 4.7.

E. 1.3.2

Mit Eingabe vom 28. September 2017 erklärte die Beklagte, die Widerklage sei im Umfang von CHF 1'000'000.-- zu reduzieren, da die aussergerichtliche Vereinbarung betreffend Feuchtigkeitsschaden vom 8./22. April 2016 nunmehr auch von der Klägerin in allen Punkten erfüllt worden sei. Der vorsorglich für diese Mängelbehebung geschätzte Betrag von CHF 1'000'000.-- sei daher von der Widerklageforderung der Beklagten und Widerklägerin entsprechend in Abzug zu bringen (act. 66). Weil die Widerklage indessen - wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. dazu hinten Ziff. 9) - abzuweisen ist, wirkt sich diese Klagereduktion vorliegend nicht aus.

E. 2

Revidiertes Angebot der Klägerin (Brief vom 21. Mai 2010) (act. 3/36)

- 11 -

E. 2.1

Zusammenzug Kostenübersicht (Kostenmatrix rev. 12. August 2010) und Leistungsverzeichnisordner "LV 1.1-2.1" sowie Leistungsverzeichnisordner "LV 2.2-3.1" (act. 3/37 und act. 3/59-3/133)

E. 2.2

Optimierungs-, Risiko- und Budgetpositionen Baumeister-Werkgruppenangebot vom 21. Mai 2010 (act. 3/431 = act. 10/26)

E. 2.3

Schnittstellenbereinigung vom 21. Mai 2010

E. 2.4

Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010 mit Nachpräzisierungen Nr. 1 und Nr. 2 vom 2. Juli 2009 (act. 3/34 = act. 10/14)

E. 3

Vertragspläne vom 26. Februar 2010 ... F._____ (act. 3/39-3/58)

E. 4

Bauablaufprogramm vom 22. Juni 2010

E. 4.1

Einleitung Die Parteien haben einen Gesamtpreisvertrag im Sinne von Art. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118 vereinbart. Dem Grundsatz nach wurde ein Pauschalpreis vereinbart, wobei davon gewisse Leistungen (sog. Budgetpositionen) ausgenommen wurden und in Regie (d.h. Vergütung nach Aufwand) gemäss Art. 44 Abs. 1 SIA-Norm 118 auszuführen waren (GAUCH/STÖCKLI, in: GAUCH/STÖCKLI [Hrsg.], Kommentar SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, N. 1.2 zu Art. 42 [zit. Autor Komm. SIA-Norm 118]). Gestützt auf den Zahlungsplan vom 10. November 2010 (bzw. aktualisierter Stand vom 15. November 2013; act. 3/149) verlangt die Klägerin die vollständige Bezahlung der Pauschale sowie der im Werkpreis enthaltenen Budgetpositionen und macht einen Betrag in Höhe von CHF 1'081'956.- (exkl. MWST) geltend, welcher sich wie folgt zusammensetzt (act. 1 Rz. 112): Die Parteien sind sich einig, dass vom vereinbarten Werklohn in der Höhe von CHF 38'500'000.- (exkl. MWST) die Position Gerüste in Höhe von CHF 1'020'828.99 (exkl. MWST) in Abzug zu bringen ist, da diese unbestrittenermassen aus dem Werkvertrag herausgelöst wurde. Aus

dem Abzug resultiert ein

- 13 - verbleibender Werkpreis von CHF 37'479'171.01 (exkl. MWST). In diesem Werkpreis waren CHF 2'765'996.80 (exkl. MWST) als Budgetpositionen vorgesehen (vgl. dazu Ziff. 7 hernach). Abzüglich der Budgetpositionen verbleibt damit noch eine eigentliche Werkpreispauschale von CHF 34'713'174.21 (exkl. MWST). Die im Werkpreis vorgesehenen Budgetpositionen von CHF 2'765'996.80 (exkl. MWST) waren jedoch Bestandteil des Zahlungsplans und zusammen mit der Werkpreispauschale (als Akontozahlungen) zu leisten (act. 3/149), weshalb die Bezahlung derselbigen im Zusammenhang mit der Pauschale behandelt wird (zur Frage der Höhe des Saldos der Budgetpositionen zu Gunsten der Klägerin vgl. Ziff. 7 hernach; act. 1 Rz. 101; act. 9 Rz. 134 und 821; act. 28 Rz. 1728 und 2784).

E. 4.2

Altlasten, Minderleistungen, Lastschriften

E. 4.2.1

Die Klägerin nimmt zu Gunsten der Beklagten eine Gutschrift in Höhe von insgesamt CHF 418'044.– (exkl. MWST) an, welche sich aus den folgenden Altlasten, Minderleistungen und Lastschriften zusammensetzt (act. 1 Rz. 108): Diese werden von der Beklagten anerkannt (act. 9 Rz. 136 ff.).

E. 4.2.2

Zu prüfen ist, ob weitere Minderleistungen in Abzug zu bringen sind, wie von der Beklagten begehrt wird.

E. 4.2.3

Die Beklagte bringt zunächst vor, die Klägerin habe Minderleistungen anerkannt, diese jedoch noch nicht in ihrer Rechnungsstellung berücksichtigt. Es handle sich um Minderleistungen aus Projektänderungen, die nicht unter die Komplettheitsklausel fallen würden (act. 9 Rz. 889 ff.).

- 14 - Entgegen der Beklagten sind diese von der Klägerin jedoch bereits berücksichtigt worden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen (act. 28 Rz. 2989 ff.): Die Nachtragsofferte Nr. 19 vom 29. November 2010 (Projektänderung: Teeküche; act. 10/137) in der Höhe von CHF 2'323.70 (exkl. MWST) sowie die Nachtragsofferte Nr. 45d2 vom 15. Dezember 2011 (Minderleistung Sickergalerie; act. 10/138) in Höhe von CHF 49'239.80 (exkl. MWST) wurden im Rahmen der Sammel-Rechnung Nr. 405848 vom 25. Januar 2012 von der Klägerin berücksichtigt (act. 3/148; act. 3/266; act. 3/267; act. 9 Rz. 889 ff.; act. 28 Rz. 2989 ff.; act. 38 Rz. 2879 f.; act. 46 Rz. 6 ff.). Auch die von der Beklagten in der Duplik vorgebrachten anerkannten Minderleistungen wurden von der Klägerin berücksichtigt (act. 38 Rz. 943): Die Nachtragsofferte Nr. 45a in der Höhe von CHF 5'103.65, die Nachtragsofferte Nr. 45b in der Höhe von CHF 63'156.– sowie die Nachtragsofferte Nr. 45c in der Höhe von CHF 31'573.50 wurden mit entsprechenden Minus-Nachträgen in der Rechnung Nr. 405910 vom 15. April 2013 berücksichtigt (act. 3/146; act. 3/164; act. 3/165; act. 3/166; act. 1 Rz. 125).

E. 4.2.4

Die Beklagte will indes darüber hinausgehend weitere strittige Minderleistungen in Abzug bringen, nämlich für Arbeiten der J._____ AG, der K._____ GmbH und für Krankkosten,

was von der Klägerin bestritten wird (act. 9 Rz. 889 ff.; act. 9 Rz. 2992 ff.).

E. 4.2.5

Die Beklagte stützt sich dabei auf Ziff. 3.11.2 der Generellen Bedingungen, wonach sie sich vorbehalten hat, die in der Ausschreibung oder im akzeptierten Angebot des Unternehmers beschriebenen Leistungen – auch nach Abschluss des Werkvertrags – auf Basis der Einheitspreise oder bei Global- und Pauschalpreisen, ganz oder teilweise aus dem Leistungsumfang zu entfernen oder durch Dritte ausführen zu lassen. Der Unternehmer verzichte in solchen Fällen auf Schadenersatz und Schadloshaltung (act. 3/3). Dazu gilt es jedoch Folgendes zu bemerken:

- 15 - Eine einseitige Abänderung des Leistungsumfangs bzw. Herauslösung von Leistungen aus der Pauschale stösst auf erhebliche praktische Schwierigkeiten, wenn wie vorliegend eine Komplettheitsklausel vereinbart wurde und die einzelnen Leistungspositionen gar nicht notwendigerweise definiert sind (vgl. Ziff. 5.2 hernach). Diese praktische Schwierigkeiten sind auch mitunter der Grund, weshalb Art. 11 SIA-Norm 118 eine einseitige Vergabe einzelner Leistungen an Dritte nur für den Fall als zulässig erachtet, dass ein Vorbehalt bei der betreffenden Leistung in den Ausschreibungsunterlagen vermerkt wurde. Zwar wurde Art. 11 SIA-Norm 118 von den Parteien vorliegend wegbedungen, wie aus Ziff. 3.11.2 Abs. 3 der Generellen Bedingungen hervorgeht (act. 3/3). Ein einseitiges Abänderungsrecht hätte jedoch die unliebsame Folge, dass es im Belieben der Bauherrschaft stünde, die Pauschale durch eine Leistungsvergabe an Dritte zu reduzieren, ohne den Vorbehalt bezüglich einer einzelnen Leistung anbringen zu müssen, der eine betragsmässige Bewertung der vergebenen Arbeiten erlauben oder zumindest Anhaltspunkte hierfür liefern würde. Sodann räumt die Beklagte richtigerweise ein, dass aufgrund des Pauschalvertrags mit Komplettheitsklausel Minderleistungen zu Gunsten der Beklagten nur zu berücksichtigen sind, wenn sie aus einer Projektänderung stammen (act. 9 Rz. 138; act. 38 Rz. 2939 ff.). Eine Projektänderung untersteht jedoch den Vorschriften gemäss Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen (Änderungen des Werkvertragsumfangs), wonach eine schriftliche Vereinbarung vorausgesetzt wird (vgl. zum Formvorbehalt und zur Vereinbarungsklausel Ziff. 5 hernach). Das einseitige Vergaberecht gemäss Ziff. 3.11.2 Abs. 2 steht folglich in gewissem Widerspruch zu Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen, wonach ein Konsens für Projektänderungen erforderlich ist. Da vorliegend eine Komplettheitsklausel vereinbart worden ist, muss Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen als vorrangig ausgelegt werden, weshalb für eine Vergabe einzelner Leistungen an Dritte mindestens auch das Erfordernis der Schriftlichkeit gelten würde bzw. ein Konsens hinsichtlich der Vergabe erzielt werden müsste. Freilich sind davon Verzugskonstellationen ausgenommen, die zu einseitigem Tätigwerden berechtigen (vgl. Art. 23 Abs. 2 SIA-Norm 118 mit Verweis auf Art. 97 ff und Art. 363 ff. OR).

- 16 - Vor diesem Hintergrund gilt es nachfolgend die von der Beklagten begehrten Minderleistungen zu prüfen.

E. 4.2.6

Zu den Minderleistungen durch Arbeiten der J._____ AG macht die Beklagte geltend, sie hätte im Zeitraum von September 2011 bis Mai 2012 für verschiedene Baumeisterarbeiten, insbesondere Maurer- und Abbrucharbeiten, welche im Leistungsumfang der Klägerin enthalten gewesen seien, eine Drittfirma, die J._____ AG, beigezogen. Dies, weil die Klägerin mit ihren Arbeiten teilweise nicht nachgekommen sei.

Dadurch würden Minderleistungen in Höhe von CHF 2'282'657.21 (exkl. MWST) resultieren (act. 9 Rz. 892 ff.; act. 38 Rz. 2880 ff.; 2945 ff.; act. 46 Rz. 16 ff.). Die Klägerin bestreitet das Vorliegen von Minderleistungen und weist darauf hin, dass die Parteien am 11. Januar 2012 eine Vereinbarung über neue Fertigstellungstermine und über Beschleunigungskosten getroffen hätten; die Bauwerke seien mithin um einiges früher als ursprünglich vorgesehen vollendet worden (act. 28 Rz. 2992 ff.). Aus der von der Beklagten ins Recht gelegten Korrespondenz (act. 10/139; act. 10/140; act. 10/141; act. 10/142; act. 10/143; act. 10/144) geht nicht hervor, dass die Parteien einen Konsens hinsichtlich entsprechender Minderleistungen erzielt hätten; es liegen auch keine von den Parteien beidseitig unterzeichnete Dokumente vor. Die Voraussetzungen für eine Abänderung des Werkvertragsumfangs im Sinne von Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen liegen damit nicht vor (Formvorbehalt; Vereinbarungsklausel). Auch wurde von der Beklagten eine Vergabe von Leistungen an die J._____ AG nie förmlich angezeigt. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte die Klägerin (hinsichtlich konkreter Leistungen) in Verzug gesetzt hätte: Im Schreiben vom 8. Juli 2010 der Beklagten an die Klägerin wird lediglich der Vorbehalt angebracht, in dringenden Fällen durch Bestellung eigener Kapazitäten aufzuholen (act. 10/139). Im E-Mail vom 16. August 2011 der Beklagten an die Klägerin wird die Klägerin darum ersucht, ihren Personalbestand aufzustocken (act. 10/140). Im Schreiben vom 16. August 2011 der Beklagten an die Klägerin werden Beschleunigungsmassnahmen empfohlen (act. 10/141). Dies alles stellt noch keine Inverzugsetzung dar. Sodann wurde am 11. Januar 2012 eine Vereinbarung über neue Fertigstellungstermine

- 17 - und über Beschleunigungskosten getroffen, welcher die Klägerin vollumfänglich nachgekommen ist (act. 3/285). Dazu kommt, dass die Parteien lediglich Endtermine und keine Zwischentermine vereinbart haben (act. 3/2; act. 3/284). Damit ist kein Abzug für Minderleistungen im Umfang von CHF 2'282'657.21 (exkl. MWST) für Arbeiten der J._____ AG vorzunehmen, da zwischen den Parteien keine Einigung über eine Vergabe erzielt worden und keine Inverzugsetzung erfolgt ist.

E. 4.2.7

Sodann will die Beklagte Minderleistungen durch Arbeiten der K._____ GmbH im Umfang von gesamthaft CHF 54'712.57 (exkl. MWST) in Abzug bringen, welche im Bereich Betonkosmetik und Spitzarbeiten tätig gewesen sei. Dies wiederum, da seitens der Klägerin kein ausreichender Personaleinsatz zur Einhaltung der Termine erfolgt sei. Die Klägerin bringt dagegen u.a. vor, es sei unbewiesen, dass die K._____ GmbH anstelle der Klägerin Arbeiten ausgeführt habe (act. 9 Rz. 905 ff.; act. 28 Rz. 3017 ff.; act. 38 Rz. 2893 ff., 2914 ff.; act. 46 Rz. 118 ff.). Die Beklagte legt wiederum keine Dokumente ins Recht, welche auf eine entsprechende Änderung des Werkvertragsumfangs schliessen lassen (Vereinbarungsklausel; Formvorbehalt). Auch wird nicht dargelegt, dass die Klägerin hinsichtlich konkreter Arbeiten bzw. Leistungen in Verzug gesetzt worden wäre. Damit ist mangels Einigung und Inverzugsetzung kein Abzug für Minderleistungen im Umfang von CHF 54'712.57 (exkl. MWST) vorzunehmen.

E. 4.2.8

Endlich will die Beklagte Krankkosten im Umfang von CHF 25'200.- (exkl. MWST) in Abzug bringen, da die Klägerin zeitgleich Leistungen für die benachbarte Baustelle L._____ erbracht habe. Aufgrund der erfolgten Kranzüge sei ein Einsatz von rund 2h/Tag

für die Baustelle L._____ anzunehmen, was bei einer vorgesehenen Laufzeit von 60 Tagen und der offerierten Kranstunde von CHF 210.00 gemäss Werkvertrag eine Forderung in der Höhe von CHF 25'200.00 (exkl. MWST) zu Gunsten der Beklagten ergebe.

- 18 - Dagegen führt die Klägerin ins Feld, ein Vertreter der Klägerin (M._____) habe mit Vertretern der Beklagten (N._____) und der L._____ (O._____) am 31. Januar 2012 vereinbart (act. 3/352), dass die Beklagte sich an den Kosten für eine Verstärkung der Rampenabfahrt auf dem Grundstück der L._____ beteilige (vgl. dazu auch Ziff. 5.13.3.25 hernach). Diese Kostenbeteiligung sei ein Ausgleich dafür, dass die Klägerin mit dem Einverständnis der L._____ zum Vorteil der Beklagten infolge der engen Platzverhältnisse auf dem F._____-Areal auf dem Grundstück der L._____ eine grosse Betonpumpe (nordöstlich des F._____-Areals) sowie mehrere Polier-Container (nordwestlich des F._____-Areals) installiert habe. Sowohl die Betonpumpe als auch die Polier-Container habe die Klägerin ausschliesslich für Arbeiten zu Gunsten der Beklagten genutzt. Im Gegenzug habe die L._____ für einige wenige ihrer Bauarbeiten den Kran 4 benutzt, der auf dem Grundstück der Beklagten gestanden sei und dessen Vorhalten auch von der Beklagten bezahlt worden sei. Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei der Unterschrift auf der Vereinbarung vom 31. Januar 2012 um diejenige von N._____ handle; sie sei in keiner Weise an einer Vereinbarung mit der L._____ beteiligt gewesen. Wie es sich damit verhalten kann offen bleiben, die Beklagte bestreitet jedenfalls nicht substantiiert, dass die Klägerin durch das Platzieren der Betonpumpe und der Polier-Container auf dem Grundstück der L._____ in entsprechendem Umfang eine Gegenleistung für das Vorhalten des Krans erhalten hat, weshalb nur schon deshalb kein Abzug geschuldet ist. Ohnehin stünde die Komplettheitsklausel einer entsprechenden Berücksichtigung entgegen (act. 9 Rz. 926 f.; act. 28 Rz. 3095 ff.; act. 38 Rz. 2915).

E. 4.2.9

Zusammenfassend ist lediglich ein Abzug für Altlasten, Minderleistungen und Lastschriften in Höhe von insgesamt CHF 418'044.- (exkl. MWST) vorzunehmen.

E. 4.3

Zwischenfazit: Pauschale und im Werkpreis enthaltene Budgetpositionen Von der Werkpreispauschale in Höhe von CHF 34'713'174.21 (exkl. MWST; vgl. Ziff. 4.1 hiervor) sind CHF 418'044.- (exkl. MWST) für Altlasten, Minderleistungen und Lastschriften abzuziehen, womit ein Betrag von CHF 34'295'130.21 (exkl.

- 19 - MWST) resultiert. Zu addieren sind CHF 2'765'996.80 (exkl. MWST) für Budgetpositionen, die bereits im Werkpreis berücksichtigt sind und gemäss Zahlungsplan zu leisten waren. Daraus resultiert ein Betrag von CHF 37'061'127.01 (exkl. MWST). Zu addieren ist die Mehrwertsteuer. Auf dem Betrag von insgesamt CHF 3'500'000.- für die ersten drei Akonto-Rechnungen Nr. 1, 2 und 2b ist mit einem Mehrwertsteuersatz von 7,6% zu rechnen, da diese das Jahr 2010 betrafen (vgl. den Zahlungsplan sowie die entsprechenden Rechnungen; act. 3/149; act. 3/462; act. 3/463; act. 3/464); daraus resultiert ein Mehrwertsteuerbetrag von CHF 266'000.- für die ersten drei Akonto-Rechnungen (CHF 38'000.- zzgl. CHF 38'000.- zzgl. CHF 190'000.-; act. 3/149). Auf dem Restbetrag von CHF 33'561'127.01 (CHF 37'061'127.01 [exkl. MWST] abzgl. CHF 3'500'000.- [exkl. MWST] für die ersten drei Akonto-Rechnungen) ist ein Mehrwertsteuersatz von 8% anzunehmen, was CHF 2'684'890.16 entspricht. Gesamthaft resultiert ein geschuldeter Betrag von CHF 40'012'017.17 (inkl. MWST) für die Werkpreispauschale und die im

Werkpreis enthaltenen Budgetpositionen (CHF 37'061'127.01 [exkl. MWST] zzgl. CHF 266'000.– [7,6% MWST] zzgl. CHF 2'684'890.16 [8% MWST]).

E. 4.4

Geleistete Zahlungen gemäss Zahlungsplan vom 22. November 2010

E. 4.4.1

Vom geschuldeten Betrag von CHF 40'012'017.17 (inkl. MWST) sind die von der Beklagten geleisteten Zahlungen abzuziehen.

E. 4.4.2

Gemäss Art. 147 SIA-Norm 118 sind allfällige Abschlagszahlungen bei Gesamtpreisverträgen, wozu auch der Pauschalpreisvertrag gehört (Art. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118), durch einen Teilzahlungsplan im Werkvertrag besonders zu regeln. Die Parteien haben einen solchen Zahlungsplan für die Werkpreispauschale und für die im Werkpreis enthaltenen Budgetpositionen erstellt, der zu integrierendem Bestandteil des Werkvertrages erhoben wurde (vgl. Ziff. 1 und 9 des Werkvertrages vom 25. November 2010 sowie den Zahlungsplan vom 22. November 2010 [Stand: 15. November 2013]; act. 3/2; act. 3/149).

- 20 -

E. 4.4.3

Der Zahlungsplan sah zwölf Akonto-Zahlungen in Höhe von gesamthaft CHF 36'442'134.– vor (exkl. MWST; statt CHF 36'479'171.– wie die Klägerin in der Klagebegründung zunächst fälschlicherweise annahm: act 1 Rz. 100; act. 28 Rz. 1729). Von den zwölf Akonto-Rechnungen hat die Beklagte mit Ausnahme von Akonto-Rechnung Nr. 3 vom 1. Mai 2013 (act. 3/158) in der Höhe von CHF 462'962.95 (exkl. MWST) bzw. inkl. MWST in der Höhe von CHF 500'000.– (die Klägerin geht fälschlicherweise davon aus, dass der Betrag von CHF 500'000.– exkl. MWST sei; act. 1 Rz. 102) sämtliche Rechnungen (und zwar inkl. Mehrwertsteuer) bezahlt, was unbestritten ist (act. 1 Rz. 102; act. 9 Rz. 136). Zu erwähnen ist dabei, dass die Klägerin eine "Express-Zahlung" in Höhe von CHF 1'628'752.35 (inkl. MWST) zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten gemäss Vereinbarung vom 26. Juni 2013 zu Recht dem Akontozahlungsgesuch Nr. 13 angerechnet hat, wie dies ausdrücklich in der Vereinbarung festgehalten wurde (Ziff. 2.1 der Vereinbarung; act. 3/19; act. 1 Rz. 592). An die Schlussrechnung wurde noch nichts bezahlt. Damit wurden von der Beklagten bisher elf Akonto-Zahlungen in Höhe von gesamthaft CHF 35'979'171.05 (exkl. MWST; CHF 36'442'134.– abzgl. CHF 462'962.95) bezahlt. Inklusive Mehrwertsteuer resultiert ein bezahlter Betrag in Höhe von CHF 38'843'505.05 (CHF 266'000.– MWST zu 7,6% für die ersten drei Akonto-Rechnungen sowie CHF 2'598'334.– zu 8% MWST für die übrigen Akonto-Rechnungen [vgl. den auf dem Zahlungsplan ausgewiesenen Mehrwertsteuerbetrag von CHF 2'681'297.– für die bezahlten Akonto-Rechnungen zu 8% abzgl. Mehrwertsteueranteil von CHF 82'963.– für die noch nicht bezahlte Schlussrechnung]; act. 3/149).

E. 4.5

Geldkosten

E. 4.5.1

Skontoabzug

E. 4.5.1.1

Die Beklagte argumentiert, dass in Ziff. 2 des Werkvertrages kein Skonto für Akonto-Zahlungen vorgesehen gewesen sei, sondern nur für Regie- und Nachtragsbestellungen. Dies ergebe sich auch aus der Titelseite des Werkvertrages, auf welcher unter dem Werkpreis der Vermerk "ohne Skontoberechtigung" angebracht sei (act. 9 Rz. 539 ff.; act. 38 Rz. 2726 f.).

E. 4.5.1.2

Wie die Klägerin zu Recht vorträgt (act. 28 Rz. 2452 ff.), bedeutet der Vermerk "ohne Skontoberechtigung" auf der Titelseite der Vertragsurkunde nicht, dass der Beklagten kein Anspruch auf Skonto zusteht. Damit haben die Parteien vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass es sich beim Betrag von CHF 38'500'000.– (ohne MWST) um den Betrag nach Abzug von Skonto (und Rabatt) handelt. Dies geht einerseits aus dem revidierten Angebot der Klägerin vom 21. Mai 2010 (act. 3/36) als auch andererseits aus dem Zahlungsplan vom 22. November 2010 hervor (act. 3/149). In beiden Dokumenten, die Bestandteile des Werkvertrages bilden, ist klar ersichtlich, dass mit einem Skonto von 3% auch für den Werkpreis gerechnet und entsprechend abgezogen wurde. Insoweit besteht auch kein Widerspruch zur Titelseite des Werkvertrages, die entgegen der Beklagten nicht isoliert zu betrachten, sondern unter Würdigung des gesamten Vertragskontextes auszulegen ist.

E. 4.5.1.3

Da die jeweiligen Akonto-Zahlungen verspätet beglichen wurden, ist zusätzlich der jeweils abgezogene Skonto von 3% zu berücksichtigen. Gegen die detaillierte Skontoberechnung der Klägerin (act. 1 Rz. 583 ff.) bringt die Beklagte wiederum keine substantiierten Einwendungen im Quantitativ vor. Damit kann auf den Betrag von CHF 855'634.17 (act. 1 Rz. 594) abgestellt werden.

E. 4.5.2

Verzugszins

E. 4.5.2.1

Die Klägerin macht einen Verzugszins von 5% auf den zu spät oder noch nicht bezahlten Akonto-Rechnungen geltend (act. 1 Rz. 577 ff.; act. 28 Rz. 2426 ff.). Die Beklagte vertritt die Auffassung, Akonto-Rechnungen seien an den Leistungsstand der Klägerin geknüpft. Da die Klägerin weder das Erreichen des Leistungsstandes belegt noch den jeweiligen Leistungsstand erreicht habe, sei kein Verzugszins geschuldet (act. 9 Rz. 521 ff.).

E. 4.5.2.2

Im Zahlungsplan gemäss Art. 147 SIA-Norm 118 sind die Modalitäten zu regeln, insbesondere, ob die Akonto-Zahlungen nach Massgabe bereits erfolgter Leistungen zu erfolgen haben. Ist dies der Fall, so bedarf es insbesondere auch einer Vereinbarung darüber, wie die Zahlungspflicht vom Leistungswert der Gesamtpreisposition abhängt (SCHUMACHER/MONN, Komm. SIA-Norm 118, N. 4.3 zu Art. 147).

E. 4.5.2.3

Aus dem Zahlungsplan (act. 3/149) geht nicht hervor, dass die Akonto-Zahlungen an den Leistungsstand geknüpft sind. Vielmehr ist bei den einzelnen Akonto-Rechnungen lediglich das Datum "Valuta zur Zahlung fällig" aufgeführt. Auch aus dem Umstand, dass ein Bauablaufprogramm integrierender Vertragsbestandteil war (act. 3/258), lässt entgegen der Beklagten nicht auf eine entsprechende Koppelung an den Leistungsstand schliessen. Eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien ist in den vertraglichen Grundlagen nirgends zu finden. Auch aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 14. März 2011 kann kein diesbezüglicher Konsens hergeleitet werden: Darin hält die Beklagte fest, dass die zukünftigen Abrechnungen und der jeweilige Leistungsstand nachprüfbar zu hinterlegen seien und schlug Korrekturen am Zahlungsplan vor (act. 10/92). Ferner wurde vermerkt, dass Abweichungen rechtzeitig anzuzeigen seien, so dass entsprechende Korrektur-Massnahmen abgestimmt und eingeleitet werden könnten. Darauf entgegnete die Klägerin mit E-Mail vom 11. April 2011, dass sie mit der Herleitung des Leistungsstands nicht einverstanden sei und ersuchte um Begleichung der Akonto-Zahlungen gemäss Werkvertrag (act. 29/1819). Die Parteien wurden sich demzufolge nicht einig. Im E-Mail vom 22. Juni 2011 (act. 10/93) gab die Klägerin zwar die Bereitschaft zu erkennen, den Zahlungsplan an den tatsächlichen Baufortschritt anzupassen. Daraus folgt jedoch gerade nicht, dass die Akonto-Zahlungen an den Leistungsstand geknüpft waren. Damit hat es sein Bewenden bei den auf dem Zahlungsplan vermerkten Zahlungsdaten, die nicht an den Leistungsstand geknüpft waren.

E. 4.5.2.4

Die Beklagte ist der Auffassung, bei den Angaben der Daten auf dem Zahlungsplan handle es sich um Fälligkeitsabreden, d.h. um Zeitpunkte, ab denen die Klägerin die Leistung einfordern könne. Weder im Zahlungsplan noch im

- 23 - Werkvertrag sei festgelegt worden, wann die Beklagte die Akonto-Zahlungen konkret zu leisten habe (act. 9 Rz. 533 ff.). Mit der Klägerin (act. 28 Rz. 2434 ff.) ist indes davon auszugehen, dass mit der Formulierung "Valuta zur Zahlung fällig" und der Nennung eines bestimmten Datums eine Verfalltagsabrede vorliegt, bei der der Schuldner ohne Mahnung in Verzug gerät (WIEGAND, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 5. Aufl. 2011, N. 10 zu Art. 102 OR). Die Parteien haben insoweit eine von Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 (30 tägige Zahlungsfrist) abweichende Regelung getroffen.

E. 4.5.2.5

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin detailliert aufgestellte Verzugszinsberechnung (act. 1 Rz. 583 ff.) im Quantitativ nicht substantiiert (act. 9 Rz. 544 ff.), weshalb darauf abgestellt werden kann. Damit resultieren Verzugszinsen von CHF 247'846.06 (act. 1 Rz. 594) für zu spät beglichene Akonto-Zahlungen. Die Verzugszinsberechnung für die noch nicht bezahlte Akonto-Rechnung Nr. 3 vom 1. Mai 2013 wurde bis zum 30. November 2013 vorgenommen (act. 1 Rz. 593). Ab dem 1. Dezember 2013 ist damit zusätzlich (noch nicht aufgerechneter) Verzugszins in Höhe von 5% auf dem Betrag von CHF 500'000.– (inkl. MWST) geschuldet. Im Übrigen ist auf dem Restbetrag Verzugszins ab Datum der Klageeinleitung geschuldet (vgl. Ziff. 5.14.2 hernach). Der Restbetrag berechnet sich wie folgt: Vom total geschuldeten Betrag in Höhe von CHF 2'271'992.35 (vgl. Ziff. 4.7 hernach) ist einerseits der bereits aufgerechnete Verzugszins von CHF 247'846.06 als auch andererseits der ab 1. Dezember 2013

geschuldete Verzugszins auf dem Betrag von CHF 500'000.– abziehen, was CHF 1'524'146.29 ergibt. Auf diesem Betrag ist Verzugszins ab Klageeinleitung (26. Februar 2014) geschuldet.

E. 4.6

Rückbehalt Wie dem Zahlungsplan zu entnehmen ist, haben die Parteien gestützt auf Art. 149 ff. SIA-Norm 118 (i.V.m. Ziff. 3.14.9 der Generellen Bedingungen) einen Rückbehalt in der Höhe von CHF 1'000'000.00 (exkl. MWST) vereinbart, welcher innert 30 Tagen nach dem Erhalt der Schlussabrechnung und der Garantiescheine fällig wird (act. 3/149; act. 1 Rz. 109 ff.). Diesen will die Beklagte zur Verrechnung bringen (act. 9 Rz. 141 und 951). Da jedoch kein Saldo zugunsten der Beklagten re-

- 24 - sultiert, wie aus den nachstehenden Erwägungen hervorgeht, besteht keine Grundlage für eine Verrechnung.

E. 4.7

Anrechnung der geleisteten Zahlung von CHF 540'000.–

E. 4.7.1

Entsprechend der erfolgten Klagebeschränkung (vgl. Ziff. 1.3 hiervor) ist der Betrag von CHF 540'000.– an die klägerische Verzugszinsforderung anzurechnen. Dazu ist der im Rahmen von Ziff. 4.5.2.5 ermittelte Verzugszins ebenfalls bis zum 14. März 2017 aufzurechnen, was gemäss der klägerischen Eingabe vom 25. August 2017 dem letzten beklagten Zahlungseingang entspricht (act. 61 Rz. 6).

E. 4.7.2

Daraus resultiert folgende Berechnung: Verzugszins CHF gemäss Ziff. 4.5.2.5 Verzugszins bis zum Verzugszins ab 15. März 14. März 2017 CHF 2017 CHF 247'846.06 (bereits aufgerechnet) 247'846.06 5% auf 500'000.– ab 1. Dezember 2013 bis zum 14. März 2017 82'123.30 5% auf 500'000.– ab dem 15. März 2017 5% auf 1'524'146.29 ab dem 26. Februar 2014 bis zum 14. März 2017 238'643.75 5% auf 1'524'146.29 ab dem 15. März 2017 Zwischentotal 568'613.11 -/- geleistete Zahlung 540'000.00 Zwischentotal 28'613.11 28'613.11 Total 28'613.11 sowie 5% auf 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017 Unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlung von CHF 540'000.– resultieren somit noch Verzugszinsen von CHF 28'613.11 (aufgerechnet) sowie 5% auf CHF 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017.

E. 4.8

Zusammenfassung Quantitativ Aus dem Ausgeführten resultiert folgende Berechnung: Betrag CHF 8% MWST 7% MWST Total CHF (inkl. Skonto Verzugszins Total (inkl. (exkl. MWST MWST) MWST, Skonto, und Skonto) Verzugszins) CHF Pauschale und 37'061'127.01 2'684'890.16 266'000.00 40'012'017.17 855'634.17 28'613.11 sowie 40'896'264.45 im Werkpreis in- 5% auf CHF sowie Verzugs- begriffene 2'024'146.29 ab zins in Höhe von Budgetpositionen dem 15. März 5% auf dem Be-

- 25 - 2017 trag von 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017 -/- geleistete Zah- 38'843'506.– lungen (inkl. MWST) Total 2'052'758.45 (inkl. MWST) zzgl. Ver- zugszins zu 5% auf dem Betrag von 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017

E. 4.9

Fazit Die Beklagte schuldet der Klägerin folglich unter dem Titel "Pauschale und im Werkpreis enthaltene Budgetpositionen" noch CHF 2'052'758.45 (inkl. MWST) zzgl. Verzugszins zu 5% auf 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017. 5. Nachträge

E. 5

Installationsplan vom 20. August 2010

E. 5.1

Einleitung Die Klägerin behauptet infolge von Bestellungsänderungen bzw. Erschwernissen (unvollständige Pläne; mangelhafte Ausschreibungsunterlagen; beispielhaft act. 1 Rz. 152, 167, 195, 200 und 286) Nachträge im Umfang von insgesamt CHF 5'384'423.– (exkl. MWST), die nicht durch die Pauschale gedeckt seien. Davon sei von der Beklagten ein Betrag in Höhe von CHF 2'800'733.30 (exkl. MWST) bereits bezahlt worden. Unter Berücksichtigung eines Rechnungsfehlers bei Nachtrag Nr. 45d. 1 – der in Abzug zu bringen ist – macht sie demgemäss eine noch ausstehende Forderung in Höhe von CHF 2'436'383.79 (exkl. MWST) für Nachträge geltend (act. 1 Rz. 114 ff. und 702). Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass sämtliche Leistungen, welche zur vollständigen, qualitativ einwandfreien und rechtzeitigen Herstellung aufgrund der Komplettheitsklausel vom Pauschalpreis erfasst seien. Nachträge seien nur aufgrund von gültig vereinbarten (und nicht irrtümlich erfolgten) Bestellungsänderungen sowie aufgrund von Änderungen von Plänen seitens der Beklagten möglich (act. 9 Rz. 63 ff.; act. 38 Rz. 22 ff.).

- 26 - Nachfolgend gilt es die Voraussetzungen zur Vergütung der Nachträge zu erörtern.

E. 5.2

Grundsatz: Komplettheitsklausel bzw. Vollständigkeitsklausel

E. 5.2.1

Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass eine Komplettheitsklausel bzw. Vollständigkeitsklausel (nachfolgend: Komplettheitsklausel entsprechend der Terminologie "komplett" im Werkvertrag) vereinbart worden ist (act. 28 Rz. 5). Sie führt demgegenüber jedoch ins Feld, dass diese in engen Grenzen auszulegen sei und verschiedene Ausnahmen dazu bestünden (act. 28 Rz. 38 ff.). Die Parteien sind sich mithin uneinig hinsichtlich verschiedener Auslegungsfragen, was die Vereinbarkeit von Mehrvergütungsansprüchen (Nachtrags- und Regiearbeiten) mit der Komplettheitsklausel betrifft, weshalb sich zunächst eine Auslegung der Komplettheitsklausel aufdrängt.

E. 5.2.2

Die Komplettheitsklausel ist eine Vertragsklausel, die sich auf den Abgeltungsumfang des Pauschalpreises bezieht. In ihr verabreden die Parteien, dass der vereinbarte Pauschalpreis auch solche Leistungselemente der geschuldeten Gesamtleistung abgilt, die in der detaillierten Leistungsbeschreibung nicht speziell aufgeführt, zur vertragsgemässen Ausführung des vereinbarten Werkes aber notwendig sind. Eine Komplettheitsklausel erstreckt den Abgeltungsumfang des vereinbarten Pauschalpreises auf Positionen über die detaillierte Leistungsbeschreibung hinaus, unabhängig davon, ob sie im Leistungsverzeichnis oder in der Baubeschreibung speziell umschrieben sind oder nicht. Damit will sich der Bauherr gegen Einwände des Unternehmers schützen, die Leistung sei nicht vollständig beschrieben. Obwohl durch eine Komplettheitsklausel eine erhebliche

Belastung des Unternehmers resultieren kann, kann sie in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) wirksam vereinbart werden. Sodann ist eine Bestel- lungsänderung bzw. ein darauf gestützter Mehrvergütungsanspruch nicht ausge- schlossen. Durch Vertragsauslegung ist zu ermitteln, ob einer Abrede die Bedeu- tung einer Vollständigkeitsklausel überhaupt zukommt bzw. auf welche Leistun- gen diese anwendbar ist. Stammt die detaillierte Leistungsbeschreibung vom Be- steller, so ist die Klausel im Zweifelsfall eng auszulegen (GAUCH, Der Werkver- trag, 5. Aufl. 2011, N. 909 ff.; EGLI, in: GAUCH/STÖCKLI [Hrsg.], Kommentar SIA-

- 27 - Norm 118 [zit. Komm. SIA-Norm 118], Vorbem. zu Art. 3 - 22, 2. Aufl. 2017, N. 25; SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, N. 60a ff.).

E. 5.2.3

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung von Verträgen der Grundsatz der subjektiven Auslegung, das heisst, der Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie nach dem Sinn, den ihr die Parteien übereinstimmend beigemessen haben und nicht etwa nach einer unrichtigen Bezeichnung oder Ausdrucksweise. Um darüber befinden zu können, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen Parteien zustande ge- kommen ist, muss demnach zunächst nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen gesucht werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Es obliegt folglich dem Gericht, zu- nächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien (z.B. Parteiverhalten nach Vertragsschluss). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Wenn es dem Gericht nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäusserten wirklichen Willen nicht verstanden hat, muss das Gericht eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren ge- genseitigen Willenserklärungen beimessen konnten und mussten. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauens- prinzip zur Anwendung, wobei die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenser- klärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, eine Rechtsfrage ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom

E. 5.2.4

Im Werkvertrag findet sich die Bezeichnung "BAUMEISTER KOMPLETT PAKET" an verschiedenen Stellen. Zunächst erscheint dieser Begriff gleich drei- mal auf der Titelseite des Werkvertrags, erstmals unter Art. 1 mit dem Titel "Ge- genstand des Vertrages", dann (zum zweiten Mal) beim Betrag von CHF 38'500'000.- (exkl. MWST) sowie (zum dritten Mal) beim Betrag von CHF 41'426'000.- (inkl. MWST). Zudem wird die Bezeichnung "BAUMEISTER KOMPLETT PAKETT" auch auf der darauffolgenden Seite unter der Rubrik "Ar- beitsgattung" verwendet (act. 3/2).

E. 5.2.5

Die Komplettheitsklausel steht vollumfänglich im Einklang mit den Generel- len Bedingungen der Beklagten. Diesbezüglich hält Ziff. 2.4 der Generellen Be- dingungen in Abs. 3, 4 und 5 Folgendes fest (act. 3/3 S. 1): "Im Zweifelsfall gelten alle für die vollständige, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werks notwendigen Arbeiten und Lieferungen als im Werkvertrag inbegriffen. Allfällige Ausnahmen sind klar schriftlich festzuhalten. Der Begriff "vollständig, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werkes" ist so auszulegen, dass

damit alle Leistungen, inkl. Nebenarbeiten und Zuschläge, umfasst werden, die erforderlich sind, um den im vorliegenden Angebot bzw. Werkvertrag und der Leistungsbeschreibung dargelegten Leistungsumfang zu erbringen und das Werk zu dem vor-

- 30 - gesehenen Zweck benutzen zu können. Dies gilt aber auch ausdrücklich für solche Leistungen, die in diesem Angebot bzw. Werkvertrag und seinen Bedingungen nicht speziell enthalten sind, jedoch sinngemäss zu dem Leistungsumfang dieses Angebots bzw. Werkvertrages gehören (Vollständigkeitsklausel). Der Unternehmer erklärt, dass er die Mengenangaben und Ausmasse in den Ausschreibungsunterlagen auf ihre Übereinstimmung mit den Plänen überprüft hat. Der Unternehmer trägt das Risiko allfälliger Abweichungen." Zudem hält Ziff. 3.13.2 Abs. 3 der Generellen Bedingungen weiter fest: "Der Unternehmer verzichtet ausdrücklich auf die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR. Im Werkpreis sind damit auch die Kosten für ausserordentliche Aufwendungen, für sämtliche vorgesehenen und unvorhergesehenen Arbeiten, Lieferungen, Entschädigungen, Auslagen, Neben- und Erschliessungskosten (exkl. Anschlussgebühren), die für die vertragsgemässe Erstellung des Werks und die mängelfreie Übergabe notwendig sind. Kosten sind auch dann im Werklohn inbegriffen und vom Unternehmer zu tragen, wenn sie erst nach Übergabe des Werks entstehen, sofern sie wiederum im Zusammenhang mit der Erstellung bzw. betriebsbereiten Übergabe des Werks entstehen bzw. entstanden sind." Die Klägerin war somit auch bereit, auf die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR, mithin auf eine Entschädigung für unvorhergesehene Arbeiten zu verzichten. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Parteien bereits vor dem Abschluss des Werkvertrages insofern eng verbunden waren, als die Klägerin von Anfang an beigezogen wurde und als ebenbürtige Partnerin der Beklagten ihr Angebot für die Baumeisterarbeiten selbständig errechnete und dieses der Beklagten im Rahmen der Totalunternehmer-Submission zur Verfügung stellte. So geht aus einer E-Mail vom 8. Mai 2009 von P. _____ (Projektleiter der Klägerin) an die Beklagte hervor, dass die Klägerin auf eine offene, ehrliche und unkomplizierte Zusammenarbeit angewiesen sei, damit ein Gesamtpaket aus einer Hand offeriert werden könne, welches gemeinsam zum Ziel führe (act. 10/11). Konkurrenzofferten zum Angebot der Klägerin bestanden überdies keine. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Klägerin über alle notwendigen Informationen und Unterlagen verfügte, um hinsichtlich des Projektes F. _____-Areal ein konkretes Angebot für Baumeisterarbeiten zu errechnen. Die

- 31 - Klägerin war denn auch in der Lage, bewusst und in Kenntnis der Sachlage ein Angebot über CHF 38'500'000.- zu unterbreiten (vgl. revidiertes Angebot vom 21. Mai 2010; act. 3/36). Wäre sie dazu nicht in der Lage gewesen, hätte sie nicht nur einen entsprechenden Vorbehalt anbringen müssen, sie hätte sich auch mit Nachdruck gegen den vertraglichen Einbezug der Vollständigkeitsklausel in den Generellen Bedingungen sowie der Formulierung "Baumeister Komplett Paket" im Vertragstext wehren müssen. Ob die Parteien als Arbeitsgemeinschaft im Sinne von Art. 28 SIA-Norm 118 miteinander verbunden waren, ist strittig, vorliegend jedoch nicht weiter von Relevanz (act. 9 Rz. 19 ff.; act. 28 Rz. 1508 ff.; act. 38 Rz. 2325 ff.).

E. 5.2.6

Dazu kommt, dass sich die Klägerin mit den vertraglichen Grundlagen eingehend auseinandergesetzt hatte, was unter anderem die Zusatzbemerkungen zu den Generellen Bedingungen der Beklagten zeigen (act. 3/33). Eine enge Auslegung der

Komplettheitsklausel drängt sich aufgrund dessen nicht auf.

E. 5.2.7

Endlich zu erwähnen ist, dass ein Gesamtpreisvertrag grundsätzlich auf einer Baubeschreibung beruht (Art. 12 SIA-Norm 118), die dergestalt sein muss, dass sich der offerierende Unternehmer über den Inhalt des Vertrages Klarheit verschaffen kann. Im Gegensatz zum Leistungsverzeichnis, welches bei Einheitspreisverträgen gemäss Art. 8 SIA-Norm 118 erforderlich ist und eine detaillierte Leistungsbeschreibung umfasst, ist bei einer Baubeschreibung die Angabe, aus welchen Teilleistungen sich die Gesamtleistung zusammensetzt, nicht erforderlich. Zwar lassen sich aus den Ausschreibungsplänen Arbeits- und Materialaufwände entnehmen bzw. abschätzen, zu beachten ist jedoch, dass diese nur vorläufiger Natur sind und nicht der Ausführungsplanung entsprechen. Ein Gesamtpreisvertrag birgt naturgemäss ein aleatorisches Element in sich, da der tatsächlich angefallene Aufwand tiefer oder höher liegen kann. Die Parteien haben vorliegend zwar detaillierte Leistungsverzeichnisse zur Vertragsgrundlage erhoben, was ihnen selbstverständlich nicht verschlossen ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass dem Grundsatz nach ein Gesamtpreis- bzw. Pauschalvertrag vorliegt, bei dem Minder- oder Mehrleistungen grundsätzlich unberücksichtigt bleiben. Selbst wenn die Klägerin demnach eine Abweichung gegenüber den Leistungs-

- 32 - verzeichnissen ausmachen will, berechtigt sie dies nicht ohne Weiteres, eine Mehrvergütung zu fordern (EGLI, Komm. SIA-Norm 118, N. 2 zu Art. 8 und N. 2 ff. zu Art. 12 SIA-Norm 118).

E. 5.2.8

Die Auslegung führt zum Ergebnis, dass eine Komplettheitsklausel vereinbart worden ist, welche weit auszulegen ist und sich grundsätzlich auf alle für die Ausführung des vereinbarten Werkes (Baumeisterarbeiten) notwendigen Leistungen ausdehnt, selbst wenn diese in den Leistungsverzeichnissen und Plänen nicht enthalten sind, jedoch sinngemäss zum Leistungsumfang gehören. Auch Abweichungen zu den Leistungsverzeichnissen bzw. zu den Ausschreibungsplänen sind vom Komplettheitsgedanken noch erfasst und berechtigen zu keiner Mehrvergütung: Bei einem Grossprojekt in der vorliegenden Grössenordnung kann naturgemäss nicht alles im Detail geplant werden und plangemäss ablaufen, Anpassungen in der Ausführungsplanung drängen sich mitunter auf. Solches ist sinngemäss von dem Pauschalgedanken und der Komplettheitsklausel erfasst, soweit notwendige Leistungen zur Herstellung des Werkes betroffen sind. Eine andere Auslegung würde der Komplettheitsklausel nicht gerecht werden. Dennoch sind Mehrvergütungsansprüche unter gewissen Voraussetzungen nicht ausgeschlossen, wie aus den nachfolgenden Ausführungen hervorgeht.

E. 5.3

Grundlagen gemäss Generellen Bedingungen und Zusatzbemerkungen Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen der Beklagten enthält folgende Bestimmungen zu den Nachtragsforderungen, die auf Änderungen des Werkvertragsumfanges bzw. auf Bestellungsänderungen beruhen (act. 3/3 S. 3 f.): "3.13 Änderungen des Werkvertragsumfanges 3.13.1: Haben Änderungen der Pläne Preisanpassungen oder Nachträge zur Folge, so hat der Unternehmer den Bauherrn vor Arbeitsbeginn schriftlich darüber zu orientieren. Nachträgliche Forderungen werden nicht anerkannt.

- 33 - 3.13.2: Änderungen und Nachträge von Werkverträgen haben nur Gültigkeit, wenn sie im gegenseitigen Einvernehmen schriftlich erfolgen. Nachtragsforderungen hat der Unternehmer innert zwei Wochen nach deren Erkennbarkeit dem Bauherrn schriftlich anzumelden und vor der Ausführung vom Bauherrn schriftlich beauftragen zu lassen. Meldet der Unternehmer Nachtragsforderungen nach Ablauf dieser Frist dem Bauherrn an, verwirkt er seinen Anspruch auf Vergütung derselben." In den Zusatzbemerkungen der Klägerin vom 8. November 2010 wird zu den Ziff. 3.13.1 und 3.13.2 der Generellen Bedingungen Folgendes festgehalten (act. 3/33): "Ergänzung: Die Nachträge werden innerhalb der monatlichen Besprechungen verhandelt." Die Generellen Bedingungen der Beklagten vom Dezember 2009 sind gemäss Ziff. 1 des Werkvertrags vom 25. November 2010 in der Rangfolge mit den Zusatzbemerkungen vom 8. November 2010 der Klägerin gleichgesetzt. Diese Ergänzung widerspricht den Generellen Bedingungen der Beklagten nicht.

E. 5.4

Vereinbarungsklausel (Ziff. 3.13.2 Abs. 1 der Generellen Bedingungen)

E. 5.4.1

Bestellungsänderungen (bzw. gemäss Bezeichnung in Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen: "Änderungen des Werkvertragsumfangs") stellen eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar. Diese können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien haben oder unter Umständen auch einseitig veranlasst werden. Letzteres können die Parteien im Werkvertrag durch eine sog. Vereinbarungsklausel ausschliessen, indem sie vorsehen, dass ohne Vereinbarung überhaupt keine Bestellungen zustande kommt. Die Bestellungenänderung durch Vereinbarung beruht auf einem Änderungsvertrag. Unter Vorbehalt einer sich aus der Formabrede ergebenden gegenteiligen Vermutung kann die Bestellungenänderung grundsätzlich auch stillschweigend vereinbart werden, indem der Besteller z.B. in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unternehmers anstandslos geschehen lässt. Davon ist je-

- 34 - doch nur mit Zurückhaltung auszugehen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG090303 vom 4. September 2012, E. 4.5.5; GAUCH, a.a.O., Rz. 768 ff. und Rz. 789c, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9). Um keine Bestellungenänderungen handelt es sich dagegen bei nachträglichen Konkretisierungen der vom Unternehmer geschuldeten, im Werkvertrag aber nicht bis in alle Details differenziert umschriebenen Leistungen. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird lediglich näher bestimmt, jedoch nicht verändert (GAUCH, a.a.O., Rz. 810b). An die Bestellungenänderung kann ein Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung anknüpfen (GAUCH, a.a.O., Rz. 785).

E. 5.4.2

Zunächst ist festzuhalten, dass mit der Formulierung "Änderungen und Nachträge von Werkverträgen haben nur Gültigkeit, wenn sie im gegenseitigen Einvernehmen schriftlich erfolgen." das Recht des Bestellers auf eine einseitige Änderung der Bestellung wegbedungen wurde (vgl. Ziff. 3.13.2 Abs. 1 der Generellen Bedingungen): In der Kolonne neben Ziff. 3.13.2 wird entsprechend auf den einschlägigen Art. 27 der SIA-Norm 118 hingewiesen (vgl. act. 3/3 S. 3), welcher in Abs. 1 den Grundsatz statuiert, dass Änderungen am Werkvertrag im beidseitigen Einvernehmen erfolgen müssen, die Normen zur (einseitigen) Bestellungenänderung nach Art. 84 ff. jedoch vorbehalten werden. Die von

der Parteien getroffene Regelung stellt insoweit eine Abweichung von der SIA-Norm 118 dar, nach welcher eine einseitige Bestellungenänderung möglich wäre (EGLI, Komm. SIA-Norm 118, N. 1.1 zu Art. 84 SIA-Norm 118).

E. 5.4.3

Hinsichtlich einer Bestellungenänderung bzw. einer "Änderung des Werkvertragsumfangs" wird somit ein Konsens zwischen den Parteien vorausgesetzt.

E. 5.5

Genehmigungsvorbehalt (Ziff. 3.13.2 Abs. 2 der Generellen Bedingungen)

E. 5.5.1

Von einer Vereinbarungsklausel ist ein sog. Genehmigungsvorbehalt zu unterscheiden. Dieser befasst sich mit dem Anspruch auf Mehrvergütung, der dem Unternehmer aus einer bereits erfolgten (vorliegend vereinbarten) Bestellungenänderung zustehen kann. Ein Genehmigungsvorbehalt bezweckt, einen späteren Streit über Bestand und Umfang von Mehrforderungen zu vermeiden. Danach besteht der Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung nur unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer die Mehrforderung, die er für eine erfolgte Bestellungenänderung geltend machen will, vor der Ausführung der Bestellungenänderung durch den Besteller genehmigen lässt. Solange die Genehmigung durch den Besteller ausbleibt, ist der Unternehmer nicht verpflichtet, mit der Ausführung der erfolgten Bestellungenänderung zu beginnen, es sei denn, er beharre auf einer Mehrvergütung, auf die er mangels Mehrkosten überhaupt keinen Anspruch oder die er in treuwidriger Weise zu hoch angesetzt hat. Genehmigt der Besteller die in Aussicht gestellte Mehrforderung, die der Unternehmer betrags- oder berechnungsmässig benannt hat, so bedeutet dies zugleich, dass über die Höhe der für die Bestellungenänderung zu bezahlenden Mehrvergütung eine konsensuale Einigung zustande kommt, welche für die Parteien verbindlich ist. Führt der Unternehmer die Bestellungenänderung ohne Genehmigung der zu bezahlenden Mehrvergütung aus, so scheidet sein Anspruch auf deren Leistung an der hierfür vorausgesetzten Genehmigung. Genehmigt der Besteller eine vom Unternehmer in Aussicht gestellte Mehrforderung zwar erst nach begonnener Ausführung der Bestellungenänderung, dann aber doch, so ist es gleich zu halten, wie wenn die Genehmigung dem vereinbarten Vorbehalt entsprechend schon vor der Ausführung erfolgt wäre. Bringt der Besteller gegenüber dem Unternehmer ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck, dass er bezüglich einer bestimmten Bestellungenänderung auf die Geltendmachung des Genehmigungsvorbehalts verzichtet, so entfällt sein Recht, sich auf den Vorbehalt zu berufen (GAUCH, a.a.O., N. 789 f.).

E. 5.5.2

In Ziff. 3.13.2 Abs. 2 der Generellen Bedingungen haben die Parteien die Genehmigung der Nachträge vorbehalten. Führt die Klägerin damit Nachträge ohne eine entsprechende Genehmigung durch, so scheidet ihr Vergütungsanspruch. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Anzeigepflicht in Ziff. 3.13.1 der Generellen Bedingungen für Nachträge angesichts des vereinbarten Genehmigungsvorbehalts keine eigenständige Bedeutung zukommt, da ein Genehmigungsvorbehalt weitergeht als eine blosser Anzeigepflicht. Eine Genehmigung setzt notwendigerweise die Kenntnis eines Mehrvergütungsanspruchs vor-

- 36 - raus (GAUCH, a.a.O., N. 788 ff.). Die Klägerin ist damit nicht gehalten, darzutun, dass sie auch der Anzeigepflicht nachgekommen wäre.

E. 5.6

Formvorbehalt (Ziff. 3.13.2 der Generellen Bedingungen)

E. 5.6.1

Ein vereinbarter Formvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Unter Schriftlichkeit ist mangels anders lautender Abrede die einfache Schriftlichkeit im Sinne der Art. 13 - 15 OR zu verstehen (HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 6 f. zu Art. 27 SIA-Norm 118).

E. 5.6.2

Haben die Parteien somit für die konsensuale Beststellungsänderung vertraglich eine besondere Form vorbehalten, so wird (widerlegbar) vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten. Dies mit der Einschränkung, dass die Beststellungsänderung auch stillschweigend vereinbart werden kann, indem der Besteller z.B. in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unternehmers anstandslos geschehen lässt. Doch ist die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Änderung nicht leichthin anzunehmen. Insbesondere gelten Zusatzleistungen nicht schon deshalb als stillschweigend vereinbart, weil sie für die Ausführung des Werkes erforderlich waren (Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9; GAUCH, a.a.O. N. 771).

E. 5.6.3

Fehlt es an einer vereinbarten Form der Genehmigung, so steht die Formwidrigkeit dem Anspruch auf Mehrvergütung nicht entgegen, falls der Unternehmer nachweist, dass die vereinbarte Form lediglich die Bedeutung einer Beweisform oder der Besteller den Genehmigungswillen zwar formwidrig, aber doch erklärt hat (GAUCH, a.a.O., N. 789b m.w.H.).

E. 5.6.4

Vorliegend haben die Parteien sowohl für die Vereinbarung als auch für die Genehmigung der Nachträge die Schriftlichkeit vereinbart. Die Ergänzung (in den Zusatzbemerkungen explizit als solche und insbesondere nicht als Änderung bezeichnet), wonach die Nachträge innerhalb der monatlichen Besprechungen behandelt werden, stellt entgegen der Klägerin (act. 28 Rz. 23 ff.) keine Aufhebung

- 37 - der vereinbarten Form, sondern lediglich eine Präzisierung in zeitlicher Hinsicht dar. Auf eine stillschweigende Aufhebung der Vereinbarungsklausel bzw. des Genehmigungsvorbehalts kann nicht geschlossen werden, zumal die Parteien auch bis zum Ende der Projektdauer dem Erfordernis der Schriftlichkeit stets nachgelebt und Nachträge unterzeichnet haben. Auch ist bei einem Grossbauprojekt wie dem vorliegenden mit vielen involvierten Projektbeteiligten und Verantwortlichen nicht leichthin auf eine Aufgabe der vorbehaltenen Form zu schliessen, zumal es für die einzelnen Akteure naturgemäss nicht immer einfach ist, einen Überblick zu wahren, wenn eine Vielzahl von Subunternehmern und Arbeitsgattungen zu koordinieren sind. Dem Formvorbehalt kommt in diesem Sinne eine gewisse Schutzfunktion vor unberechtigten Forderungen zu, auch gerade vor dem

Hintergrund, dass die Parteien dem Grundsatz nach eine Pauschale mit Komplettheitsklausel vereinbart haben. Zudem standen sich stets auf beiden Seiten im Bauwesen fachkundige Akteure gegenüber, die sich auf "Augenhöhe" begegnet sind und bis zum Ende des Projekts Verhandlungen über Nachträge geführt haben. Auch kann die Klägerin im Einzelnen keine genügenden Anhaltspunkte darlegen, wonach die Parteien von der vorbehaltenen Form grundsätzlich abgewichen wären. Freilich kann eine vorbehaltlose Bezahlung eines Nachtrags im Einzelfall zu einer Aufhebung der Schriftlichkeitsform führen (dies betrifft einige wenige Nachträge; act. 28 Rz. 2814, 2854, 2862 und 2879). Aus der geringen Anzahl an bezahlten, aber nicht unterzeichneten Nachträgen lässt sich – aus den dargelegten Gründen – indes noch keine stillschweigende Aufhebung des Formvorbehalts dem Grundsatz nach begründen.

E. 5.6.5

Damit kann – mit Ausnahme von bezahlten Nachträgen – kein Verzicht auf die vorbehaltene Form der Schriftlichkeit angenommen werden.

E. 5.7

Rechtsgültige Beauftragung von Nachträgen durch einzelne Bauleiter?

E. 5.7.1

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Beauftragung von Nachträgen eine rechtsgültige Unterschrift der Gesamtprojektleitung, also jene von Q. _____

- 38 - und N. _____ (bzw. zusätzlich eines Teilprojektleiters) erfordert hätte (act. 9 Rz. 67). Dazu was folgt:

E. 5.7.2

Im Werkvertrag vom 25. November 2010 findet sich zur Bauleitung nachfolgende Regelung (act. 3/2 S. 7): Eine Einschränkung der Bevollmächtigung ist hinsichtlich der örtlichen Bauleiter der Beklagten in der Vertragsurkunde somit keine vorgesehen. Lediglich die externen Bauleiter sind nicht dazu ermächtigt, Regiearbeiten, zusätzliche oder andere Leistungen in Auftrag zu geben. In Ziff. 3.18.1 der Generellen Bedingungen der Beklagten wird zu Art. 33 SIA-Norm 118 sodann Folgendes festgehalten (act. 3/3 S. 5): „Bauleitung ist immer die vom Bauherrn eingesetzte Bauleitung. Vom Bauherrn beigezogene Planer sind nicht direkte Ansprechpartner des Unternehmers und ihm gegenüber nicht weisungsberechtigt. Zuständig für die Erteilung von Anweisungen am Bau ist alleine die örtliche Bauleitung und allfällige Fachbauleitungen des Bauherrn“. Sodann wurde entgegen der Auffassung der Beklagten in Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen (act. 3/3) keine vertragliche Regelung hinsichtlich der Beauftragung von Nachträgen getroffen, wonach lediglich die Gesamtprojektleitung be-

- 39 - vollmächtig gewesen wäre; dafür gibt es im Wortlaut keine Anhaltspunkte (act. 38 Rz. 2392).

E. 5.7.3

Unbestritten ist, dass folgende Personen als örtliche Bauleiter Bauleitungsfunktion ausgeübt haben: R. _____, S. _____, T. _____, U. _____, V. _____, N. _____, Q. _____, W. _____, BA. _____, BB. _____, BC. _____, BD. _____, BE. _____, BF. _____, BG. _____, BH. _____, BI. _____, BJ. _____, BK. _____, BL. _____ und BM. _____. Auf der obersten Hierarchiestufe bezeichneten sich dabei BN. _____ (in der Anfangsphase) und Q. _____

(Leiter Region Bau Ost) als gesamtverantwortlich. So hat Q._____ den Werkvertrag vom 25. November 2010 auch zusammen mit dem (damaligen) beklagischen CEO BO._____ unterzeichnet. Als Team-/Projektleiter fungierten sodann S._____ (in der Anfangsphase) und N._____ (Contract Manager; ab dem 7. Oktober 2010). R._____, S._____, T._____, N._____ und Q._____ sind bzw. waren überdies im Handelsregister mit einer Kollektivprokura zu zweien eingetragen (act. 28 Rz. 64; act. 38 Rz. 112).

E. 5.7.4

Zu fragen ist, wie weit die Beklagte durch einzelne Handlungen der örtlichen Bauleiter vertreten werden konnte.

E. 5.7.5

Gemäss Art. 33 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr eine oder mehrere Personen als Bauleitung bezeichnen. Nach Art. 35 Abs. 1 SIA-Norm 118 bezeichnet die Bauleitung die von ihr ermächtigten Personen. Die Beklagte ist zunächst der Ansicht, es könne Art. 33 bzw. Art. 35 der SIA-Norm 118 (1977/1991) nicht herangezogen werden, da von diesen Bestimmungen lediglich der Architekt, der für einen privaten Bauherrn die Bauleitung übernehme, erfasst werde und nicht ein örtlicher Bauleiter einer Grossunternehmung (act. 38 Rz. 110 und 114).

E. 5.7.6

Diese Ansicht geht fehl, wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht: Die Bauleitung als solche kann entweder eine Einzelperson oder eine Personengruppe bzw. eine Gesellschaft sein. Sind die nach Art. 35 SIA-Norm 118 bezeichneten Personen mit dem Bauherrn oder der Bauleitung im Sinne von Art. 33 Abs. 1 SIA-Norm 118 identisch oder gegebenenfalls Organe der mit der Bauleitung beauftragten Gesellschaft, so handelt es sich bei der Ermächtigung dieser Personen um eine organisatorische Klarstellung (HÜRLIMANN, Komm. SIA-

- 40 - Norm 118, N. 1.1 und 4.2 zu Art. 35 SIA-Norm 118). Denn alle Rechte, Pflichten und Obliegenheiten, welche die SIA-Norm 118 der Bauleitung zuschreibt, sind auch immer solche des Bauherrn, wenn keine Bauleitung eingesetzt wird, was Art. 33 Abs. 3 SIA-Norm 118 festhält. Die Norm versteht somit unabhängig davon, ob der Bauherr eine Bauleitung (als Drittperson) einsetzt oder nicht, unter Bauleitung stets auch den einzig vertragsbeteiligten Bauherrn (HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 1 und 17.1 zu Art. 33 SIA-Norm 118). Vorliegend haben lediglich Angestellte der Beklagten (als Bauherrin) Bauleitungsfunktionen ausgeübt und keine Drittpersonen. Selbst wenn demzufolge Angestellte der Beklagten als "örtliche Bauleiter" bezeichnet worden sind, ändert dies demzufolge nichts an der Anwendbarkeit von Art. 33 SIA-Norm 118 zur Bestimmung des Umfangs der kundgegebenen Vollmacht hinsichtlich dieser bezeichneten Personen. Unerheblich ist überdies, ob dabei einzelne bezeichnete Bauleiter zudem noch mit einer Kollektivprokura im Handelsregister eingetragen waren oder nicht. Kollektivprokuristen können Einzelhandlungen vornehmen, falls die Kollektivvollmacht für bestimmte Geschäfte mit einer Handlungsvollmacht verbunden bzw. von einer solchen ersetzt wird, welche auch stillschweigend erteilt werden kann (WATTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. Missbrauch der Vertretungsmacht, Diss. 1985, N. 88 m.w.H.). Durch die Vereinbarung der SIA-Norm 118 wurde demnach eine Vollmacht für die einzelnen Bauleiter kundgetan, deren Umfang sich nach den einschlägigen Normen richtet.

E. 5.7.7

Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 hält unmissverständlich fest, dass die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer vertritt, soweit der Werkvertrag in der Vertragsurkunde nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbesondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, rechtsverbindlich für den Bauherrn entgegen. Die Bezeichnung als Bauleitung hat die Bedeutung einer externen Vollmachtsgabe. Sie beschlägt nicht die interne rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des betreffenden Bauleiters, sondern stellt lediglich eine Vorstel-

- 41 - lungsausserung dar. Die kundgegebene Vertretungsbefugnis erzeugt den Rechtsschein einer Vollmacht, selbst wenn die Ermächtigung (im internen Verhältnis) fehlt. Ob der Unternehmer auf die kundgegebene Vollmacht vertrauen darf, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des Stellvertretungsrechts (Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR; vgl. HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 3.1 ff. zu Art. 33 SIA-Norm 118; GAUCH, a.a.O., N. 297 ff.; SCHWAGER, in: GAUCH/TERCIER [Hrsg.], Die Vollmacht des Architekten, Das Architektenrecht, 3. Aufl. 1995, N. 828), und zwar unabhängig davon, ob von einer kaufmännischen (Art. 458 und Art. 462 OR) oder bürgerlichen (Art. 32 ff. OR) Stellvertretung auszugehen wäre (WATTER, a.a.O., N. 66 ff.).

E. 5.7.8

Hinsichtlich des Umfangs der kundgegebenen Vollmacht gilt es festzuhalten, dass diese gemäss Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 Bestellungsänderungen (bzw. auch Planänderungen) im Sinne von Art. 84 SIA-Norm 118, den Abruf von vereinbarten Leistungen (z.B. von Eventualpositionen) sowie die Auftragserteilung für im Werkvertrag nicht vorgesehene Regiearbeiten umfasst (HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 11.1 f. zu Art. 33 SIA-Norm 118). Eine Beschränkung diesbezüglich wurde in der Vertragsurkunde nicht vorgenommen.

E. 5.7.9

Von der Vollmachtsgabe nach Art. 33 SIA-Norm 118 ist die Vereinbarung der Nachtrags- und Regiearbeiten durch einen einzelnen örtlichen Bauleiter somit grundsätzlich erfasst. Dazu gehört auch die Bestimmung der entsprechenden Vergütungshöhe, wie dies aus den festgelegten Abläufen und den Umständen (insbesondere der nachgelebten Praxis) hervorgeht. Somit kann entgegen der Beklagten (act. 38 Rz. 110) nicht gefolgert werden, ein einzelner Bauleiter sei nicht zur finanziellen Verpflichtung der Beklagten als Bauherrin befugt gewesen (HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 15 zu Art. 33 SIA-Norm 118).

E. 5.7.10

Ob die örtlichen Bauleiter im internen Verhältnis tatsächlich bevollmächtigt waren oder nicht, kann indes offen bleiben: Wären die örtlichen Bauleiter ohne Ermächtigung aufgetreten, müsste sich die Beklagte als Bauherrin das Handeln ihrer örtlichen Bauleiter gegenüber der Klägerin als Unternehmerin anrechnen lassen, da sich der Umfang der Vollmacht nach Massgabe der erfolgten Kundgebung richtet (Art. 33 Abs. 3 OR), was insbesondere bei einer gültig vereinbarten

- 42 - SIA-Norm 118 gilt (BGE 118 II 313 E. 2a; vgl. ferner BGE 120 II 197 E. 2; HÜRLIMANN, a.a.O., N. 3.3 zu Art. 33 SIA-Norm 118). Vorausgesetzt wird die Gutgläubigkeit der Klägerin, die indes nach Art. 3 ZGB vermutet wird. Die Beklagte legt keine Umstände dar, die auf eine Bösgläubigkeit der Klägerin schliessen lassen würden.

E. 5.7.11

Dazu kommt noch Folgendes: Ohnehin müssten die einzelnen Bauleiter der Beklagten aufgrund einer Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht als bevollmächtigt gelten, wenn diese während der ganzen Projektdauer Nachtrags- bzw. auch Regieleistungen unterzeichnen, ohne dass die Beklagte dagegen einschreit, obwohl sie davon weiss (Duldungsvollmacht) bzw. davon wissen müsste (Anscheinsvollmacht; BGE 120 II 197 E. 2 m.w.H.; WATTER, Basler Kommentar OR I,

E. 5.7.12

Somit gilt es festzuhalten, dass ein einzelner Bauleiter rechtsgültig Nachträge vereinbaren konnte, auch hinsichtlich der Vergütungshöhe.

E. 5.8

Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010

- 43 -

E. 5.8.1

Die Beklagte beruft sich verschiedentlich unter Hinweis auf die Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010 darauf, dass Leistungen durch die Pauschale abgedeckt seien. Nachträge seien wie erwähnt von vornherein nur aufgrund von gültig (und nicht irrtümlich erfolgten) vereinbarten Bestellungen sowie aufgrund von Änderungen von Plänen seitens der Beklagten möglich (act. 9 Rz. 63 ff.).

E. 5.8.2

Die Parteien haben "Präzisierungen" zum Pauschalangebot vorgenommen, welche ebenfalls Vertragsbestandteil wurden (act. 3/2 S. 2; vgl. Präzisierungen Pauschalangebot, Stand vom 8. November 2010; act. 3/34). Darin werden zwei Spalten mit einzelnen beschriebenen Leistungspunkten ausgewiesen, eine mit "Im BM [Baumeister] Angebot enthalten" und eine "Im BM Angebot nicht enthalten". In der Spalte „Im BM Angebot enthalten" haben die Parteien unter anderem folgende Punkte aufgeführt, wobei die nachstehende Reihenfolge dem Dokument entspricht (act. 3/34): • Leistungsumfang siehe Kostenmatrix rev. 12.08.2010 nach NPK gegliedert. • Aus dem Baubeschrieb vom 16.01.2008 folgende BKP Kapitel: 112, 123, 17, 20, 211, 212 (soweit im LV enthalten), 213 (ohne Spezialistenarbeiten wie Demontagarbeiten Elektriker, Sanitär, Schreiner bei Innenabbrüchen). • Gewählte Optionen: Beilage 4.4.2: Nr. 04; 07; 10; 25; 64 Beilage 4.20: Nr. A12; A21; A22; A26 Beilage 4.21: Nr. 07; 10; 11, 12; 13; 17; 18; 21; 49; 50; 53, 72; 75 (Beschrieb der Optionen siehe Beilage ...) • Innerhalb der oben beschriebenen Leistungen hat die Fa. A._____ nur dann Anrecht auf die Vergütung von Nachträgen, falls diese durch die Bauherrschaft auch der C._____ AG vergütet werden. Auf beidseitigen Wunsch können Nachträge mit dem Bauherrn gemeinsam verhandelt werden. Die durch den Bauherrn gegenüber der C._____ AG bewilligten Nachträge werden der A._____ AG offen ausgewiesen. • [...]

- 44 - • Zusatzaufträge sind: Erweiterung des Baukörpers (Höhe, Breite, Länge, Umgebung), neue bisher im Werkvertrag nicht enthaltene Arbeitsgattungen (Überzüge, Isolationen, Brandabschottungen usw.), Käuferwünsche. Projektänderungen sind innerhalb des Baukörpers Änderungen in der Geometrie, Materialien und dgl. • [...]

E. 5.8.3

Sodann ist unstrittig, dass unter dem Aufzählungspunkt "Zusatzaufträge" eine Definition der zu vergütenden Nachträge abgegeben wird. Mit der Klägerin ist indes davon auszugehen, dass die Definition nicht abschliessend ist, was sich aus dem Zusatz und dergleichen ergibt (act. 9 Rz. 35; act. 28 Rz. 1542).

E. 5.8.4

Der Hinweis in der Vergütungsklausel unter dem vierten Aufzählungspunkt (vgl. zur Vergütungsklausel Ziff. 5.10 hernach), wonach Nachträge gemeinsam verhandelt werden können, ist indes in systematischer Hinsicht dahingehend zu verstehen, dass selbst Nachträge hinsichtlich der erwähnten Leistungen – auf Verhandlungsbasis – nicht ausgeschlossen sind. Mit anderen Worten kann gemäss klarem Wortlaut auch bei Leistungen, welche grundsätzlich durch die Pauschale abgedeckt sind, im Einzelfall ein Nachtrag vereinbart werden, wenn ein entsprechender Konsens erzielt wird, was eine Selbstverständlichkeit darstellt. Dies kam beispielsweise dann in Betracht, wenn sich die Vereinbarung eines Nachtrags wegen fehlerhafter Ausschreibungsunterlagen oder infolge Änderungen von Plänen aufgedrängt hatte. Ansonsten hätte es in systematischer Hinsicht keinen Sinn ergeben, die Vergütung von Nachtragsforderungen in der Spalte "Im BM Angebot enthalten" zu regeln, wenn Nachträge hinsichtlich der erwähnten Leistungen grundsätzlich ausgeschlossen wären.

E. 5.8.5

Entgegen der Beklagten können Nachträge somit nicht nur hinsichtlich Bestellungen- bzw. Planänderungen seitens der Beklagten, sondern hinsichtlich sämtlicher Leistungen vorliegen, wenn ein entsprechender Konsens erzielt worden ist. Diesfalls stellt sich im Einzelfall die Frage nach dem Vorliegen eines Willensmangels oder der Anwendbarkeit der Vergütungsklausel.

E. 5.9

Bedeutung der Unterzeichnung einer Nachtragsofferte

- 45 - Als Zwischenfazit gilt es Folgendes festzuhalten: Soweit die klägerischen Nachtragsofferten jeweils von einem oder bisweilen auch von zwei Bauleitern der Beklagten unterzeichnet wurden, sind diese als vereinbart anzusehen. Dagegen scheitert ein Mehrvergütungsanspruch am Vereinbarungs- und Formvorbehalt, soweit die Nachtragsofferten von der Beklagten nicht unterzeichnet wurden. Da in den unterzeichneten Nachtragsofferten zudem auch die geschuldete Vergütung ausgewiesen wurde (Pauschale oder Ausmass), ist darin zugleich eine Genehmigung des entsprechenden Nachtrags bzw. der Mehrvergütungsforderung anzusehen, wodurch sowohl über die Angemessenheit und Notwendigkeit als auch über die Höhe der zu bezahlenden Mehrvergütung eine konsensuale Einigung zustande gekommen ist. Liegt eine solche vor, so gilt es die dagegen gerichteten Einwände zu prüfen (Vergütungsklausel und Willensmängel). Zu bemerken ist noch, dass die Parteien in gewissen Fällen sowohl eine Nachtragsofferte als auch zu einem späteren Zeitpunkt einen dementsprechenden "Pauschal-Nachtrag" unterzeichnet haben. Bei

letzterem handelt es sich jedoch um interne Dokumente der Beklagten für ihr eigenes Kontrollwesen, wie die Parteien übereinstimmend ausführen (act. 1 Rz. 342; act. 9 Rz. 342). Dennoch gilt es diese als Beweismittel zur Frage ob eine Genehmigung der Nachträge vorliegt oder nicht, zu würdigen, weshalb sich die Beklagte deren Unterzeichnung ebenfalls entgegenhalten lassen muss.

E. 5.10

Vergütungsklausel

E. 5.10.1

Vertragliche Grundlagen Die Parteien haben in den Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010 in der Spalte "Im BM Angebot enthalten" unter Punkt 4 eine Vergütungsklausel für gewisse Nachträge vereinbart (Werkvertragsbeilage 2.4; act. 3/34, vgl. den wiedergegebenen Wortlaut in Ziff. 5.8.2 hiervor).

E. 5.10.2

Parteistandpunkte

- 46 -

E. 5.10.2.1

Daraus leitet die Beklagte ab, dass sie nur dann verpflichtet sei, der Klägerin ihre Nachtragsforderungen zu begleichen, wenn sie selber von der Bauherrschaft eine Vergütung für diese Nachträge erhalte (act. 9 S. 45 ff.).

E. 5.10.2.2

Die Klägerin weist demgegenüber zunächst darauf hin, dass die Vergütungsklausel ihrem Wortlaut gemäss auf "Nachträge" beschränkt und eng ausulegen sei. Die Beklagte sei daher von vornherein nicht berechtigt, die Forderung der Klägerin aus zusätzlich zu vergütenden Regiearbeiten und aus der Überschreitung von vertraglich vereinbarten Budgetpositionen mit Verweis auf diese Klausel zu bestreiten. Die Beklagte sei aber auch nicht berechtigt, eine klägerische Nachtragsforderung mit Verweis auf die Vergütungsklausel zu bestreiten, wenn sie diese vorbehaltlos anerkannt habe. Alsdann habe die Beklagte die Forderung der Klägerin nämlich sowohl inhaltlich als auch betragsmässig ausdrücklich anerkannt und dieser mit ihrer vorbehaltlos angebrachten Unterschrift zum Ausdruck gebracht, dass diese Forderung nicht von einer Bezahlung durch ihre Bauherrschaft abhängige. Die Tatsache, dass die Beklagte lediglich auf einer einzigen der zahlreichen von ihr unterschrieben anerkannten Nachtragsofferten den Vorbehalt, dass diese von einer Bezahlung ihrer Bauherrschaft abhängig sei, angebracht habe, bedeute, dass die Beklagte auf die Anrufung der Vergütungsklausel verzichtet habe. Eine ohne Vorbehalt angebrachte Unterschrift gelte gemeinhin als vorbehaltlos erteilt und bekräftige die schuldanerkennende Wirkung (act. 1 S. 22 und S. 23). Dazu komme, dass der Anwendungsbereich der von der Klägerin und der Beklagten vereinbarten Vergütungsklausel aufgrund dieses Teilsatzes "innerhalb der oben beschriebenen Leistungen" stark eingeschränkt sei. Eine vernünftige Auslegung dieses Teilsatzes bedeute nämlich, dass die Vergütungsklausel nur (aber immerhin) dann zum Tragen komme, wenn die Klägerin die in Frage stehenden Leistungen in den Leistungsverzeichnissen zu den BKP-Kapiteln 112, 123, 17, 20, 211 und 212 offeriert habe (diese Einschränkung komme in den Worten "soweit in LV enthalten" zum Ausdruck). Dies gelte umso mehr, als in der

streitgegenständlichen Angelegenheit die Leistungsverzeichnisse den Vertragsplänen vorgehen. Gehe also ein Nachtrag weit über das von der Klägerin Offerierte hinaus, bleibe der Vergütungsklausel die Anwendung versagt. Im Übrigen setze die Anwendung der Vergütungsklausel voraus, dass ein gleichgelagerter An-

- 47 - spruch des Unternehmers gegenüber dem Besteller bestehe. In Fällen, in denen gegenüber dem Bauherrn gar kein Anspruch bestehen könne, gebe es logischerweise gegenüber dem Bauherrn weder etwas zu verhandeln, noch bestehe Aussicht auf Bewilligung von Nachträgen durch den Bauherrn. Dies treffe vorliegend auf die meisten Nachträge der Klägerin zu, weshalb es der Beklagten verwehrt sei, die Vergütungsklausel zur Bestreitung der klägerischen Ansprüche anzurufen. Schliesslich sei zu bemerken, dass die Beklagte sich trotz mehreren Aufforderungen der Klägerin (namentlich mit Schreiben vom 12. Juni 2013, vom 22. Juli 2013 [S. 2], vom 20. August 2013 und vom 25. September 2013 [S. 1]) stets geweigert habe, deren Forderungen mit dieser bei der Bauherrschaft zu verhandeln. Mit dieser Weigerung habe die Beklagte Art. 156 OR verletzt, wonach eine Bedingung als erfüllt gelte, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben verhindert worden sei (act. 1 S. 24 ff.).

E. 5.10.3

Rechtliche Vergütungsklauseln können grundsätzlich als Fälligkeitsklauseln oder als Anspruchsklauseln ausgestaltet sein. Ist die Vergütungsklausel als reine Fälligkeitsklausel ausgestaltet, regelt sie den Zeitpunkt, indem die vom Hauptunternehmer geschuldete Vergütung fällig wird (Art. 75 OR). Hat die Vergütungsklausel dagegen den Sinn einer Bedingung (Art. 151 OR), spricht man von sogenannten Anspruchsklauseln. Mit einer Anspruchsklausel wird das Risiko der Nichtbezahlung (Bonitäts- und Insolvenzrisiko) vom Hauptunternehmer auf den Subunternehmer übertragen. Die Parteien vereinbarten, den Vergütungsanspruch des Subunternehmers oder des Subplaners nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern ganz generell von der Zahlung des Bestellers oder Auftraggebers abhängig zu machen. Die Vergütungsklausel hat den Sinn einer Bedingung nach Art. 151 OR, die den Anspruch des Subunternehmers von der Zahlung des Unternehmers durch den Erstbesteller abhängig macht. Nach Zweck und Inhalt wird das materielle Zahlungsrisiko vom Unternehmer auf den Subunternehmer überwält. Im Zweifel ist die Klausel eng auszulegen, so dass der Unternehmer die Vergütung des Subunternehmers nicht verweigern darf, wenn es am Unternehmer liegt, dass die Zahlung seines Bestellers ausbleibt oder sich verzögert. Die Vereinbarung von solchen

- 48 - Anspruchsklauseln ist innerhalb der Schranken der Rechtsordnung (Art. 19 Abs. 1 OR) zulässig. Zu berücksichtigen sind bei der Beurteilung der Verbindlichkeit die Umstände des Einzelfalles. Von Bedeutung ist insbesondere, inwieweit der Subunternehmer den Risikotransfer abschätzen und sich ein Bild über die finanziellen Verhältnisse des Hauptbestellers machen konnte. Der Unternehmer darf die Vergütung des Subunternehmers jedenfalls dann nicht verweigern, wenn es an ihm (dem Unternehmer) liegt, dass die Zahlung seines Bestellers ausbleibt oder sich verzögert. In einem solchen Fall, in dem der Unternehmer die Zahlungsstörung zu vertreten hat, ist in aller Regel auch der Tatbestand von Art. 156 OR erfüllt (GAUCH, a.a.O., N. 159-160; HÜRLIMANN, Koordination komplexer Bauverträge – was die Praxis lehrt, in: Schweizerische Baurechtstagung 2005, S. 214).

E. 5.10.4

Von der Vergütungsklausel erfasste Leistungen

E. 5.10.4.1

Die Vergütungsklausel nimmt in den Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010 auf die vier vorgehend aufgeführten Punkte bzw. die darin aufgeführten Leistungen Bezug. Unter Punkt eins wird auf den Leistungsumfang gemäss Kostenmatrix rev. 12.08.2010 verwiesen. Dieser in den Werkvertrag eingeflossenen Kostenmatrix liegen – analog der Vollständigkeitsklausel – die kompletten Leistungen für die vereinbarte Vertragserfüllung zu Grunde, was sich bereits aus dem ursprünglich als "Leistungsvereinbarung zum Werkvertrag vom 4. Oktober 2010 zwischen C._____ AG und A._____ AG" bezeichneten Dokument ergibt, wo unter Hinweis auf die Kostenmatrix vom 12. August 2010 von den "kompletten Leistungen" der Klägerin die Rede ist (vgl. act. 10/22; act. 3/37; act. 3/34; act. 3/2).

E. 5.10.4.2

Für alles andere, was über die Komplettheitsklausel hinaus separat zu entschädigen ist, d.h. was vom BM Angebot ausdrücklich ausgenommen wurde (vgl. 10/14 rechte Spalte "Im BM Angebot nicht enthalten") und was auf (vom Werkvertrag nicht erfasste) Bestellungen Änderungen zurückgeht, kommt die Vergütungsklausel – entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 9 S. 50 und S. 61 hinsichtlich Bestellungen Änderungen; anders dann aber act. 9 S. 60 und S. 61 bezüglich Planungs- und Bauleitungsfehler) – nicht zur Anwendung, da solche Leistungen eben nicht zu den "oben beschriebenen Leistungen" gehören bzw. eben darüber hinausgehen.

E. 5.10.4.3

Bei der vorliegenden Vergütungsklausel handelt es sich somit um eine Anspruchsklausel, die auf Nachträge im Zusammenhang mit den vertragsgegenständlichen Leistungen beschränkt ist.

E. 5.10.5

Kein Verzicht auf Anwendung der Vergütungsklausel Zu prüfen bleibt somit noch, ob die Beklagte – wie von der Klägerin geltend gemacht – auf die Anwendung der Vergütungsklausel verzichtet hat, weil sie bei den unterschriebenen Nachtragsofferten keine entsprechende Vorbehalte anbrachte. Unabhängig davon, ob die betreffenden Nachtragsofferten von für die Gesamtprojektleitung verantwortlichen Personen oder lediglich von örtlichen Bauleitern bzw. Teilprojektleitern unterzeichnet worden sind, kann von einem fehlenden Vorbehalt nicht auf die Ausserkraftsetzung der vertraglichen Regelung bezüglich der Vergütungsklausel geschlossen werden. Dies würde ansonsten bedeuten, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, bei jeder einzelnen Rechnung die vertraglich gültig vereinbarten Bestimmungen durch Anbringung eines entsprechenden Vorbehaltes zu bekräftigen. Vorbehalte sind vielmehr – wie die Beklagte zutreffend bemerkt (act. 9 S. 53) – da, um von einer vertraglichen Regelung ausnahmsweise abzuweichen. Daran vermag auch der Umstand, dass die Beklagte in einem Fall tatsächlich einen solchen Vorbehalt angebracht hat, nichts zu ändern. Haben die Parteien eine klare vertragliche Regelung getroffen, so gilt es diese entsprechend einzuhalten. Aus dem Nichtanbringen von Vorbehalten allein lässt sich jedenfalls noch nicht ein Verzicht auf die Anwendung der zwischen den Parteien vereinbarten Vergütungsklausel ableiten. Davon

konnte auch die Klägerin nicht in guten Treuen ausgehen.

E. 5.10.6

Gleichgelagerter Anspruch

E. 5.10.6.1

Sodann ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass die Anspruchsklausel dahingehend auszulegen ist, dass ein gleichgelagerter Anspruch auf Mehrvergütung zwischen der Beklagten als Unternehmerin und der Bauherrschaft

- 50 - bestehen muss. Dies ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck einer Anspruchsklausel, nämlich das Bonitäts- und Insolvenzrisiko vom Hauptunternehmer auf den Subunternehmer zu übertragen. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, sind Konstellationen denkbar, bei denen Mehrvergütungen des Subunternehmers ausschliesslich auf ein Fehlverhalten des Unternehmers zurückzuführen sind (z.B. aufgrund einer fehlerhaften Weisung des Unternehmers gegenüber dem Subunternehmer oder aufgrund von Bauablaufstörungen, die nur der Unternehmer zu vertreten hat etc.; vgl. act. 1 Rz. 51). Die Parteien haben in der fraglichen Vergütungsklausel vorgesehen, dass Nachträge gegenüber der Bauherrschaft gemeinsam verhandelt werden beziehungsweise bewilligte Nachträge gegenüber der Klägerin als Subunternehmerin auszuweisen sind. Angesichts dessen hätte es einer expliziten Erwähnung bedurft, wenn auch weitere Risiken als nur das Bonitäts- und Insolvenzrisiko durch die Klägerin zu tragen gewesen wären, zumal Anspruchsklauseln eng auszulegen sind. Fraglich ist zudem, ob solch weitergehende Risikoüberwälzungen im Lichte von Art. 27 Abs. 2 ZGB überhaupt zulässig wären (HÜRLIMANN, Komm. SIA-Norm 118, N. 17.8 zu Art. 29 SIA-118), was jedoch offen bleiben kann. Somit ergibt die Auslegung, dass die Vergütungsklausel überhaupt nur dann zum Tragen kommt, wenn ein kongruenter bzw. gleichgelagerter Anspruch der Beklagten gegenüber der Bauherrschaft besteht.

E. 5.10.6.2

Die Beklagte beruft sich bei den Nachträgen jeweils ohne nähere Begründung auf die Vergütungsklausel und schliesst daraus, dass der entsprechende Nachtrag nicht geschuldet sei. Dies greift jedoch zu kurz: Sie unterlässt es im Einzelnen darzutun, dass überhaupt ein gleichgelagerter Anspruch gegenüber der ihrigen Bauherrschaft besteht, zumal sie die Beweislast für die Voraussetzungen der Vergütungsklausel als rechtsaufhebende bzw. rechtshindernde Tatsache trägt (Art. 8 ZGB; BGE 128 III 271 E. 2 aa).

E. 5.10.6.3

Überdies gälte es noch Folgendes zu beachten: Die Klägerin verlangt die Edition des Totalunternehmervertrages zwischen der Beklagten und der E. _____ AG zum einen sowie zwischen der Beklagten und der F. _____ G. _____ AG zum anderen, um festzustellen, ob überhaupt gleichgelagerte Ansprüche hinsichtlich der Vergütungsklausel bestehen. Zudem seien die Akten des Verfahrens

- 51 - der Beklagten gegen die F. _____ G. _____ AG und gegen die E. _____ AG zu edieren (act. 28 Rz. 490 f.; vgl. auch Schreiben vom 7. März 2016; act. 34). Die Beklagte widersetzt sich der beantragten Edition, da weder dargelegt noch ersichtlich sei, inwieweit die Verträge bzw. die Verfahrensakten von Relevanz bzw. Geschäftsgeheimnisse betroffen seien (act. 38 Rz. 17 ff.).

E. 5.10.6.4

Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich die Beklagte weigert, ihre Verträge gegenüber der Bauherrschaft zumindest auszugsweise offenzulegen, um festzustellen, inwieweit kongruente Ansprüche bestehen (können). Dass diesbezüglich die Offenbarung von schützenswerten Geschäftsgeheimnissen drohen könnte, wird von der Beklagten nicht substantiiert dargelegt. Zudem ist daran zu erinnern, dass sich die Beklagte verpflichtet hat, die durch die Bauherrschaft bewilligten Nachträge gegenüber der Klägerin offen auszuweisen. Dies gälte es im Übrigen nach Art. 164 ZPO als unberechtigte Verweigerung bei der Beweiserhebung zu werten und entsprechend bei der Beweiswürdigung zu Ihren Ungunsten zu berücksichtigen. Wie bereits ausgeführt, fehlt es jedoch bereits an substantiierten Behauptungen für das Vorliegen eines gleichgelagerten Anspruchs. Ein Aktenbezug der Verfahren der Beklagten gegen die E. _____ AG und gegen die F. _____ G. _____ AG kann infolgedessen unterbleiben.

E. 5.10.7

Keine Nennung der Gründe für die Zahlungsstörungen insoweit die Beklagte anführt, sie hätte die Nachträge gegenüber der Bauherrschaft angemeldet, aber noch keine Vergütung erhalten, unterlässt sie es jedoch näher auszuführen, weshalb sich die Auszahlung – nachdem die letzten Nachträge im Jahr 2013 vereinbart worden sind – bisher verzögert hat. Die Beklagte wäre jedoch gehalten gewesen, die Gründe für die Zahlungsstörungen angesichts des bisherigen Zeitablaufs darzulegen bzw. aufzuzeigen, dass sie schon entsprechende Inkassoschritte in Angriff genommen hat. Unter diesen Umständen muss angenommen werden, dass sie den Bedingungseintritt (Vergütung der Nachträge durch die Bauherrschaft) ohnehin treuwidrig nach Art. 156 OR verhindert hätte. Wiederum ist in Erinnerung zu rufen, dass es bei der vorliegend vereinbarten Vergütungsklausel nicht um die Abwälzung von strittigen Ansprüchen zwischen

- 52 - der Beklagten und der Bauherrschaft geht, sondern lediglich um die Übertragung des Bonitäts- und Insolvenzrisikos auf die Klägerin.

E. 5.10.8

Fazit Die Beklagte kann sich aufgrund obiger Ausführungen nicht mit Erfolg auf die Vergütungsklausel berufen.

E. 5.11

Willensmängel

E. 5.11.1

Überblick Die Beklagte wirft der Klägerin intransparentes und täuschendes Verhalten hinsichtlich der von ihr unterzeichneten Nachtragsofferten vor. Wenn sie, die Beklagte gewusst hätte, dass die damals von der Klägerin als Nachtragsforderungen geltend gemachten Positionen bereits in der Pauschale enthalten wären, hätte sie diese niemals genehmigt bzw. gar teilweise bezahlt (act. 9 Rz. 144 ff.). Sie beruft sich deshalb auf eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR bzw. eventualiter auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

E. 5.11.2

Rechtliches

E. 5.11.2.1

Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist eine dem Irrenden nicht bewusste mangelhafte Vorstellung. Der Irrende muss von der Richtigkeit seiner Vorstellung überzeugt sein. Bestehen Zweifel über eine Tatsache, liegt kein Irrtum vor und die Anfechtung des Vertrags wegen Willensmangels ist ausgeschlossen. Das bewusste Nichtwissen fällt demnach nicht unter die Irrtumsanfechtung. Wer von einem wirklichen Sachverhalt keine Kenntnis nehmen will oder die Unkenntnis in Kauf nimmt, kann nicht geltend machen, sich geirrt zu haben, d.h. wer weiss, dass er nicht weiss, irrt nicht. Er hat das Risiko der Abweichung bewusst oder fahrlässig auf sich genommen (BGE 88 II 422 E. 2d; BGE 116 II 434 E. 3; BGE 117 II 228 E. 6; BGE 130 III 49 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_308/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 5.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizeri-

- 53 - sches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, N. 761 ff.; SCHWENZER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N 2 f. zu Art. 23 und N. 4 ff. zu Art. 28 OR; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 23/24 OR und N. 31 ff. und 58 ff. zu Art. 28 OR).

E. 5.11.2.2

Nach Art. 28 Abs. 1 OR ist ein Vertrag für denjenigen Vertragschliessenden nicht verbindlich, der durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertrag verleitet wurde, selbst wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war. Ein täuschendes Verhalten kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen erblickt werden. Die Täuschung muss absichtlich erfolgen. Dies ist gegeben, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit der vorgegebenen Tatsachen kannte und den Willen hatte, beim Vertragspartner einen Irrtum hervorzurufen und ihn so zum Vertragsschluss zu bewegen. Ein Eventualvorsatz genügt (SCHMIDLIN, a.a.O., N 69 ff. zu Art. 28 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 38.07 f.).

E. 5.11.2.3

Der Vertrag gilt indes genehmigt, wenn nicht binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums bzw. der Täuschung dem Vertragspartner bekannt gegeben wird, dass der Vertrag nicht gehalten wird bzw. eine Leistung zurückgefordert wird (Art. 31 OR).

E. 5.11.3

Würdigung

E. 5.11.3.1

Die Beklagte bringt bei den Nachträgen jeweils vor, diese seien in den Leistungsverzeichnissen enthalten und damit durch die Pauschale abgedeckt gewesen, weshalb sie sich bei deren Unterzeichnung in einem Irrtum befunden habe. Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: In den einzelnen Nachtragsofferten wurden die Gründe angegeben und die Ausgangslage wurde ausführlich beschrieben, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Auch wurde jeweils die Vergütungsforderung (Pauschale oder Ausmass) festgelegt. Unbestritten ist sodann auch, dass die Nachträge verhandelt wurden. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die Beklagte eine Abweichung von der Richtigkeit ihrer Vorstellung bewusst auf sich genommen hat. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Be-

- 54 - klagte die Überprüfung mit dem Leistungsverzeichnis nicht bereits vor der jeweiligen Vereinbarung eines Nachtrages hätte vornehmen können, zumal die entsprechenden vertraglichen Grundlagen den Parteien bekannt waren. Dies umso mehr, als sie ausführen lässt, sie habe seit Sommer 2011 keine formalen Freigaben mehr für die Budgetlisten erteilt, da ihr in diesem Zeitpunkt klar geworden sei, dass die Klägerin unbeschwert jeglicher vertraglicher Grundlagen Regiearbeiten bzw. für bereits in den Leistungsverzeichnissen enthaltene Leistungen Rechnung gestellt habe (act. 1 Rz. 502). Dennoch hat die Beklagte in der Folge zahlreiche Nachträge vereinbart und die Budgetlisten bis Ende 2012 (vgl. dazu Ziff. 7 her- nach) vorbehaltlos genehmigt. Angesichts dessen muss davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Nachträge jeweils in bewusstem Nichtwissen abgeschlossen hat, mithin ein Abgleich mit dem Leistungsverzeichnis unterlassen hat, obwohl sich ein solcher bereits dannzumal aufgedrängt hätte. Dies schliesst einen Irrtum aus.

E. 5.11.3.2

Selbst wenn jedoch ein Irrtum angenommen würde – der freilich auch bloss fahrlässig sein kann (Art. 26 OR) –, wären aus dem Handeln einer Partei nach Treu und Glauben gewisse Schlüsse zu ziehen: Kümmert sich eine Partei bei Vertragsabschluss – bzw. vorliegend bei der Vereinbarung der Nachträge – nicht um eine bestimmte Frage, obwohl es auf der Hand liegt, dass diese sich stellt, so darf die andere Partei daraus grundsätzlich den Schluss ziehen, dieser Punkt sei für den Vertragsabschluss nicht von Bedeutung. Dass sich im Nach- hinein fahrlässig herausstellende Verhalten kann somit bewirken, dass ein bestimmter Umstand vom Irrenden nicht nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden darf (BGE 129 III 363 E. 5.3 = Praxis 93 [2004] Nr. 19; BGE 117 II 218 E. 3.a; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 OR). Davon wäre vorliegend auszugehen, falls nicht bereits bewusstes Nichtwissen anzunehmen wäre. Ohnehin wäre ein Schadenersatzanspruch nach Art. 26 OR nicht behauptet.

E. 5.11.3.3

In Anbetracht dessen kommt auch ein täuschendes Verhalten seitens der Klägerin nicht in Frage, wenn die vertraglichen Grundlagen allseits bekannt waren und die Nachtragsofferten von der Klägerin detailliert begründet und offen-

- 55 - gelegt wurden. Eine Täuschungsabsicht, die ohnehin nicht hinreichend dargetan wird, liesse sich demnach auch nicht begründen. Folglich liegen auch die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR nicht vor.

E. 5.11.3.4

Hinsichtlich der Jahresfrist gemäss Art. 31 OR führt die Beklagte verschiedentlich aus, der Irrtum sei erst infolge der von ihr engagierten Gutachter I._____ GmbH bekannt geworden, welche ihre Resultate der Beklagten "in den letzten Wochen" präsentiert hätten (act. 9 Rz. 144 und 832), was von der Klägerin bestritten wird (act. 28 Rz. 2802). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb ein Abgleich des Leistungsverzeichnisses mit den klägerischen Nachtragsofferten nicht schon früher möglich gewesen wäre bzw. der Mithilfe der I._____ GmbH bedurft hätte. Insoweit hätte die Beklagte den Irrtum nach der den Umständen zu erwartenden Aufmerksamkeit bereits viel früher erkennen müssen (BGE 109 II 434 = Pra 73 [1984] Nr. 78, dictum in E. 2 zu Art. 31 OR).

E. 5.11.4

Fazit Die Beklagte kann sich aus den dargelegten Gründen nicht auf Willensmängel berufen. Bei der Begründung der Einzelpositionen erfolgen zudem keine weitergehenden substantiierten Ausführungen (vgl. Ziff. 5.12 hernach).

E. 5.12

Zwischenfazit Die von der Parteien vereinbarte Komplettheitsklausel ist weit auszulegen und umfasst alle mit der Erstellung des Werkes sinngemäss notwendigen Arbeiten. Mehr- oder Minderleistungen führen dem Grundsatz nach zu keinen Preisanpassungen, selbst wenn Divergenzen gegenüber den Leistungsverzeichnissen oder Ausschreibungsplänen bestehen. Dennoch sind die Parteien von diesem Grundsatz im Einzelfall abgewichen und haben Planänderungen (bzw. Bestellsänderungen) bzw. auch Erschwernisse bei der Ausführung berücksichtigt. Ein Abweichen von diesem Grundsatz setzt jedoch sowohl einen Konsens (Vereinbarungsklausel) als auch eine Genehmigung der Vergütung voraus (Genehmigungsklausel), was mit der Unterzeichnung (Formvorbehalt) einer Nachtragsofferte regelmässig der Fall war und mit der Bevollmächtigung eines einzelnen Bauleiters in

- 56 - Einklang stand. Die von der Beklagten gegen eine konsensuale Einigung vorgebrachten Argumente (Willensmängel) vermögen nicht durchzudringen. Ebenso wenig kann sie sich mit Erfolg auf die Vergütungsklausel berufen. Vor diesem Hintergrund gilt es nachfolgend das Quantitativ zu ergründen.

E. 5.13

Einzelne Positionen

E. 5.13.1

Überblick Von den noch geltend gemachten Nachträgen (exkl. MWST; act. 1 S. 261/262) betreffen CHF 621'897.69 (exkl. MWST) den Tiefbau und CHF 1'961'792.– (exkl. MWST) den Hochbau, abzüglich CHF 147'035.90 bei Nachtrag Nr. 45d.1 infolge eines Rechnungsfehlers (Rechnung Nr. 405910 vom 15. April 2013). Sämtliche nachgenannten Beträge verstehen sich abzüglich des Skontoabzugs von 3%, wobei auch etwaige Rabatte abgezogen sind.

- 57 -

E. 5.13.2

Tiefbau

E. 5.13.2.1

Rechnung Nr. 405876 vom 30. August 2012 Rechnung Nr. 405876 vom 30. August 2012 über CHF 3'778.50 (exkl. MWST) beruht auf Nachtragsofferte Nr. 45d (5. Teil) vom 30. August 2012, welche von der Beklagte nicht unterzeichnet worden ist und hat den Einbau eines Schutzrohres für die Cablecom zum Gegenstand (act. 3/161). Indes wurde der zugrunde liegende Regieauftrag durch den Bauleiter BE._____ unterzeichnet, wobei die Höhe der geschuldeten Vergütung von CHF 3'778.50 auf dem Regierapport ausgewie-

- 58 - sen wird (act. 3/162). Die Beklagte beruft sich zu Recht auf die Komplettheitsklausel. Die Unterzeichnung eines Regierapportes stellt noch keine Genehmigung einer Nachtragsforderung dar. Es besteht lediglich eine natürliche Vermutung dafür, dass die Leistung entsprechend erbracht wurde (GAUCH, a.a.O., N. 1028). Zu beachten gilt es auch, dass Regiearbeiten vorwiegend als Budgetpositionen geleistet wurden. Erst in der

Unterzeichnung der als "Nachtragsofferten" oder sinngemäss bezeichneten Dokumente kann eine Genehmigung einer Nachtragsforderung erblickt werden. Mangels Vereinbarung und Genehmigung scheidet der Vergütungsanspruch. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern der Einbau eines Schutzrohres im Umfang von CHF 3'778.50 nicht mehr sinngemäss zum notwendigen Leistungsumfang des Projektes gehört. Der Nachtrag ist folglich von der Komplettheitsklausel erfasst und nicht geschuldet (act. 1 Rz. 121 f.; act. 9 Rz. 151 ff.; act. 28 Rz. 1757 ff.; act. 38 Rz. 2446 ff.).

E. 5.13.2.2

Rechnung Nr. 405910 vom 15. April 2013 Die Klägerin geht gestützt auf die Rechnung vom 15. April 2013 von einer Nachtragsforderung von CHF 1'376'240.70 (exkl. MWST) aus, welche auf folgenden 12 Nachträgen beruht (act. 3/164): Davon in Abzug bringt sie Minderleistungen sowie doppelt bezahlte Rechnungen

- 59 - gemäss nachfolgender Tabelle, was von der Beklagten anerkannt wird (act. 1 Rz. 127; act. 9 Rz. 157 f.): Die weiter von der Klägerin im Zusammenhang mit diesem Nachtrag abgezogene "Express-Zahlung" in Höhe von CHF 1'000'000.– (inkl. MWST) gemäss Ziff. 2.2 der Vereinbarung vom 26. Juni 2013 zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten (act. 3/19; act. 1 Rz. 123; act. 46 Rz. 127) ist von der gesamthaften Nachtragsforderung abzuziehen (vgl. Ziff. 5.15 hernach). Wie die Klägerin selbst einräumt, wurde mit Ausnahme der Nachtragsofferte Nr. 45d.4 (4. Teil) vom 19. Januar 2012 keine der oberwähnten Nachtragsofferten unterzeichnet (act. 1 Rz. 128). Die Klägerin beschreibt hinsichtlich der übrigen 11 Nachträge detailliert die einzelnen Leistungen, welche den Nachträgen zu Grunde liegen sollen (act. 1 Rz. 128 ff.). Sie unterlässt es aber darzutun, dass die Parteien im Einzelfall auf den Formvorbehalt sowohl hinsichtlich der Vereinbarung als auch hinsichtlich der Genehmigung der Nachträge verzichtet hätten, weshalb ein diesbezüglicher Vergütungsanspruch an diesen beiden Voraussetzungen scheidet. Die Beklagte beruft sich zu Recht auf die Komplettheitsklausel, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen: Nachtragsofferten Nr. 2, 20, 26, 28, 34, 36, 37, 38, 40 und 43 betreffen unter anderem die Beseitigung von Rückständen der Mieter (Entsorgung von Gegenständen, Öl, Abbruch von Mauerwerken etc.), den Einsatz einer Jettingwand anstelle einer Spundwand, Erschwernisse beim Sichern und Abfangen der Bruchsteinwände, eine tiefere Abteufung der Baugrube, Mehrleistungen für Innenabbrucharbeiten, Unvorhergesehenes, längere Vorhaltekosten oder etwa mehrmaliges Reinigen und dgl. (act. 1 Rz. 129 ff.). Dies sind alles Leistungen, die bei einem Projekt in der vorliegenden Grössenordnung anfallen können, notwendig und sinn-

- 60 - gemäss von der Komplettheitsklausel erfasst sind, selbst wenn entsprechende Abweichungen zu den Leistungsverzeichnissen oder Plänen bestehen. Dies zeigt sich auch in der Geringfügigkeit der geltend gemachten Beträge im Verhältnis zu den Gesamtprojektkosten. Der Charakter des Gesamtpreisvertrages ändert sich wie bereits ausgeführt nicht, nur weil eine Beschreibung in den Leistungsverzeichnissen stattgefunden hat, gegenüber welchen nachträglich Mehrkosten entstehen. In Erinnerung zu rufen gilt es auch, dass die Klägerin auf die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR, mithin auf eine Entschädigung für unvorhergesehene Arbeiten, verzichtet hat. Zu bemerken ist, dass hinsichtlich Nachtragsofferte Nr. 45d.1 vom 13. Dezember 2011 ein Betrag in der Höhe von CHF 149'671.40 (exkl. MWST) von der Beklagten zwar genehmigt wurde (act. 3/264), dieser Betrag jedoch bezahlt bzw. von der gesamthaft im Zusammenhang mit diesem Nachtrag geltend gemachten Forderung in

Höhe von CHF 296'546.85 – unter Berücksichtigung des Rechnungsfehlerabzugs von CHF 147'305.90 – (exkl. MWST; statt irrtümlicherweise CHF 443'852.75; act. 1 Rz. 701) von der Klägerin abgezogen wird (act. 1 Rz. 309). Hinsichtlich des Differenzbetrags von CHF 146'875.45 (CHF 296'546.85 ab- zgl. CHF 149'671.40) vermag die Klägerin keine Genehmigung darzutun; sie be- ruft sich lediglich auf unterzeichnete Regierapporte (act. 1 Rz. 310). Mit der Un- terzeichnung von Regierapporten liegt jedoch noch keine Genehmigung vor. Der Nachtrag Nr. 45d.1 hat Leitungsbauarbeiten und Umlegungen der Bauwand zum Inhalt, die sinngemäss zu den notwendigen Leistungen zur Erstellung des Werkes gehören und daher von der Komplettheitsklausel erfasst sind. Bezüglich der unterzeichneten Nachtragsofferte Nr. 45d.4 (4. Teil; act. 3/269) vom 19. Januar 2012 macht die Klägerin replicando unter Berücksichtigung eines Min- derpreises eine Forderung in Höhe von CHF 110'654.33 (exkl. MWST) statt irr- tümlich eine solche von CHF 128'750.80 geltend (act. 1 Rz. 314; act. 28 Rz. 1962; act. 38 Rz. 2527). Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Abdichtung der Kellerwand im Bereich Sickergalerie nicht im Leistungsverzeichnis enthalten war und auf einer Beststellungsänderung beruht. Wiederum werden die Vorausset- zungen der Vergütungsklausel nicht hinreichend dargetan (act. 9 Rz. 279 ff.).

- 61 - Auch ein Willensmangel wird – abgesehen von den dazu bereits vorgebrachten Argumenten (vgl. Ziff. 5.11 hiervor) – nicht näher substantiiert. Damit ist der Nach- trag in der Höhe von CHF 110'654.33 (exkl. MWST) geschuldet.

E. 5.13.2.3

Rechnung Nr. 405929 vom 4. September 2013 Die Rechnung Nr. 405929 vom 4. September 2013 über CHF 99'000.– (exkl. MWST) beruht auf der von Q.____ und N.____ unterzeichneten Nachtragsof- ferte Nr. 51 vom 3. September 2013 (act. 3/270; act. 3/271). Gegenstand des Nachtrages bildet ein längeres Vorhalten des Stahlbocks (vom 1. Juli 2012 bis zum 13. September 2013) aufgrund von bauseitigen Verzögerungen bei der Fas- sade. Die Beklagte anerkennt auch, dass der Nachtrag auf einer Beststellungsän- derung beruht. Soweit sie die Höhe der Nachtragsforderung aufgrund einer kürze- ren Vorhaltezeit in Frage stellt, gilt es zu beachten, dass es zwischen den Partei- en unbestrittenermassen zu einem Streit über die Frage gekommen ist, welche Leistungen betreffend den Stahlbock in der Pauschale gemäss Werkvertrag vom 25. November 2010 enthalten sind. Die Parteien sind in der Folge übereinge- kommen, auf das Mehrausmass an Stahl zu verzichten, wobei im Gegenzug zu Gunsten der Klägerin von einer kürzeren Vorhaltezeit ausgegangen wird. Dies wird von der Beklagten nicht substantiiert bestritten und ergibt sich im Übrigen aus dem E-Mail Verkehr vom 6. und 7 Juni 2011, worauf auch in der Nachtragsof- ferte Nr. 51 vom 3. September hingewiesen wird (act. 3/271; act. 29/1778; act. 29/1779). Damit wurde ein entsprechender Konsens hinsichtlich des Nach- trags Nr. 51 vom 3. September 2013 in Höhe von CHF 99'000.– (exkl. MWST) er- zielt. Willensmängel sind nicht näher dargetan. Die Vergütungsklausel findet keine Anwendung auf die Beststellungsänderung (act. 1 Rz. 316 f.; act. 9 Rz. 283 ff.; act. 28 Rz. 1972 ff.; act. 38 Rz. 2530).

E. 5.13.2.4

Rechnung Nr. 405931 vom 13. September 2013 Die Rechnung Nr. 405931 vom 13. September 2013 über CHF 31'970.05 (exkl. MWST) hat Aufwendungen der Klägerin in Zusammenhang mit dem kurzfristigen Verschieben des Ausbaus der Hauptträger des Stahlbocks zum Inhalt (act. 3/272). Sie beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 53 vom 5.

September 2013

- 62 - (act. 3/273). Es fehlt jedoch sowohl an einer schriftlichen Vereinbarung als auch an einer schriftlichen Genehmigung des Nachtrags. Die Klägerin legt zudem nicht substantiiert dar, dass die Parteien auf die vorbehaltene Form verzichtet hätten. Dass der Nachtrag gemäss klägerischer Darstellung am 30. Juli 2013 zwischen den Parteien besprochen wurde, genügt nicht, um einen Konsens bzw. gar eine Genehmigung darzutun, zumal die Klägerin selbst ausführt, sie sei von der Beklagten aufgefordert worden, weitere Belege vorzulegen. Damit scheidet ein entsprechender Mehrvergütungsanspruch. Da die Arbeit zur Werkerstellung notwendig war, beruft sich die Beklagte zu Recht auf die Komplettheitsklausel. Dass die Arbeiten auf einen Bauleitungsfehler der Beklagten zurückzuführen wären, wird von der Klägerin nicht ausreichend substantiiert (act. 1 Rz. 318 ff. und 329; act. 9 Rz. 288 ff.; act. 28 Rz. 1983 ff.; act. 28 Rz. 1983 ff.; act. 38 Rz. 2533).

E. 5.13.2.5

Rechnung Nr. 405932 vom 4. November 2013 Die Rechnung Nr. 405932 vom 4. November 2013 über CHF 36'960.20 (exkl. MWST) hat den Mehraufwand für das Hebegerät im Innenhof zum Inhalt (act. 3/281). Sie beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 52 vom 4. November 2013, welche von Q._____ und N._____ unterzeichnet wurde (act. 3/282). Die Beklagte ist der Auffassung, die Nachtragsforderung falle unter die Komplettheitsklausel und sei von der Pauschale des Werkvertrages erfasst. Sie argumentiert indes widersprüchlich, wenn sie zugleich ausführt, sie hätte die Nachtragsforderung verblich gegenüber der Bauherrschaft zum zweiten Mal angemeldet. Mit der Klägerin ist indes davon auszugehen, dass der Nachtrag die Folge einer Bestelungsänderung war, da die Beklagte die Klägerin aufgefordert hatte, den Stahlbock (Arbeitsbühne) länger vorzuhalten aufgrund der Schiefstellung des Wohnhochhauses Mitte. Dies ergibt sich einerseits aus den Angaben in der Nachtragsofferte selber, als auch aus der E-Mail von P._____ der Klägerin an N._____ der Beklagten vom 26. März 2013 (act. 3/282; act. 29/1780). Auf eine Bestelungsänderung ist die Vergütungsklausel nicht anwendbar und Willensmängel werden auch nicht näher dargetan (act. 1 Rz. 330 f.; act. 9 Rz. 293 ff.; act. 28 Rz. 1990 ff.). Folglich ist der Betrag von CHF 36'960.20 (exkl. MWST) geschuldet.

- 63 -

E. 5.13.3

Einzelne Positionen: Hochbau

E. 5.13.3.1

Akontozahlungsgesuche Nr. 1 - 3 vom 20. September 2011, vom 25. November 2011 und vom 21. Februar 2012 Die Akontozahlungsgesuche Nr. 1-3 (act. 3/283; 3/286; act. 3/287) über je CHF 218'250.- (exkl. MWST) haben Beschleunigungsarbeiten des Hochbaus zum Inhalt. Sie beruhen allesamt auf der Vereinbarung gemäss Sitzung vom 21. August 2011, welche von Q._____ unterzeichnet wurde (act. 3/285). Entgegen der Beklagten fallen die Arbeiten nicht unter die Komplettheitsklausel. Aus der Vereinbarung vom 31. August 2011 über die neuen Fertigstellungstermine und Beschleunigungskosten geht hervor, dass die Parteien sich auf eine Pauschale von CHF 750'000.- geeinigt haben, wobei neue Fertigstellungstermine festgelegt wurden. Es kann daraus auch nicht geschlossen werden, dass die in der Vereinbarung erwähnten Termine von der Klägerin zwingend hätten erreicht werden müssen, worauf die Formulierung "angestrebte Fertigstellungstermine" hindeutet.

Fehl gehen auch die beklaglichen Ausführungen, wonach die Klägerin die in Anschlag gebrachten Berechnungssätze hätte darlegen müssen, umso mehr, als eine Pauschale vereinbart wurde, die mit der Unterzeichnung auch in entsprechendem Umfang genehmigt wurde. Ebenso wird von der Beklagten nicht dargelegt, dass Leistungen betroffen wären, die unter die Vergütungsklausel fallen. Damit sind die Beträge hinsichtlich der Akontozahlungsgesuche Nr. 1-3 im Umfang von je CHF 218'250.– (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 333 ff.; act. 9 Rz. 299 ff.; act. 28 Rz. 1997 ff.; act. 38 Rz. 2539 ff.).

E. 5.13.3.2

Rechnung Nr. 422451 vom 29. Juni 2012 Die Rechnung Nr. 422451 vom 29. Juni 2012 über CHF 18'008.25 (exkl. MWST) hat die Abdichtung von Rohrdurchführungen zwischen dem Alt- und Neubau zum Inhalt (act. 3/288). Sie beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1019 vom 10. November 2011, welche von N._____ unterzeichnet wurde (act. 3/289). Überdies wurde von Q._____ und N._____ auch der Pauschal-Nachtrag Nr. 29 unterzeichnet, welcher ausdrücklich auf die Nachtragsofferte vom 10. November 2011 Bezug nimmt (act. 3/290). Der Nachtrag betrifft unbestrittenermassen die Erstellung von

- 64 - sog. Fispalkragen, welche die Abdichtung von Rohrleitungen durch Betonwände bezwecken. Wie den Präzisierungen zum Pauschalangebot vom 8. November 2010 entnommen werden kann, ist das Dichtigkeitskonzept im Baumeisterangebot grundsätzlich enthalten; davon ausgenommen wurden jedoch explizit die Fispalkragen (act. 3/34 S. 6; Spalte Im BM Angebot enthalten, Kapitel Ortbetonbau, dritter Bullet-Point). Damit ist der beklaglichen Argumentation, wonach die Leistung unter die Komplettheitsklausel falle, die Grundlage entzogen. Die Vergütungsklausel ist ebenfalls nicht anwendbar auf Leistungen, die nicht in der Spalte "Im BM Angebot enthalten" sind. Folglich ist der Betrag von CHF 18'008.25 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 341 f.; act. 9 Rz. 316 ff.; act. 28 Rz. 2025 ff.; act. 38 Rz. 2547 ff.).

E. 5.13.3.3

Rechnung Nr. 422452 vom 29. Juni 2012 Die Rechnung Nr. 422452 vom 29. Juni 2012 über CHF 11'719.50 (exkl. MWST) wird von der Beklagten als Nachtrag anerkannt. Die Beklagte belegt indes nicht, dass dieser Nachtrag bereits bezahlt worden wäre. Der in diesem Zusammenhang von der Beklagten offerierte Zeugenbeweis ist nicht geeignet, die Zahlung des entsprechenden Betrages zu beweisen (act. 1 Rz. 343 ff.; act. 9 Rz. 322; act. 28 Rz. 2033; act. 38 Rz. 2550).

E. 5.13.3.4

Rechnung Nr. 422452a vom 29. Juni 2012 Die Rechnung Nr. 422452a vom 29. Juni 2012 über CHF 125'100.00 (exkl. MWST) hat das Versetzen von Einlagen für die Befestigung von Fassade und Fenster zum Inhalt (act. 3/294). Die Rechnung Nr. 422452a beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1018a vom 4. April 2012 und ist von N._____ unterzeichnet worden (act. 3/295). Darüber hinaus unterzeichneten Q._____ und N._____ den Pauschal-Nachtrag Nr. 31 (act. 3/296). Die Beklagte anerkennt, dass es sich um eine Bestellungenänderung handelt, die nicht von der Komplettheitsklausel erfasst ist. Die Vergütungsklausel ist darauf jedoch nicht anwendbar. Folglich ist der Betrag von CHF 125'100.00 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 346 ff.; act. 9 Rz. 323 ff.; act. 28 Rz. 2033 ff.; act. 38 Rz. 2550 ff.).

E. 5.13.3.5

Rechnung Nr. 422453 vom 29. Juni 2012 Die Rechnung Nr. 422453 vom 29. Juni 2012 über CHF 128'500.00 (exkl. MWST) hat die Erstellung des Wohnhochhauses Mitte ab Geschoss E 09 neu aus dem Senkel sowie die Erhöhung der Auskragung ab Geschoss E 07 um 87 Millimeter zum Inhalt (act. 3/297). Die Rechnung Nr. 422453 beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1017a vom 29. November 2011 und wurde von BC._____ am 21. Dezember 2011 unterzeichnet (act. 3/298). Überdies unterzeichneten Q._____ und N._____ den dazugehörigen Pauschal-Nachtrag Nr. 32 am 15. Juni 2012 (act. 3/299). Die Klägerin begründet die Nachtragsforderung damit, dass in den Submissionsunterlagen nirgends festgehalten worden sei, dass das Bauwerk nicht "aus dem Senkel" (d.h. senkrecht) erstellt werden dürfe. Auch eine Überhöhung der Auskragung beim Hochhaus Mitte sei in den Submissionsunterlagen nirgends ersichtlich gewesen. Die Beklagte bestreitet diese Ausführungen nicht substantiiert. Zudem legt die Beklagte die Voraussetzungen der Vergütungsklausel sowie eines etwaigen Willensmangel nicht genügend dar. Der Betrag von CHF 128'500.00 (exkl. MWST) ist folglich geschuldet (act. 1 Rz. 349 ff.; act. 9 Rz. 326 ff.; act. 28 Rz. 2041 ff.; act. 38 Rz. 2555 ff.).

E. 5.13.3.6

Rechnung Nr. 422617 vom 5. September 2012 Die Rechnung Nr. 422617 vom 5. September 2012 über CHF 8'329.95 (exkl. MWST) hat ein Sichtmauerwerk aus Swissmodul für die Wohnung 04.14 im Wohnhochhaus Mitte zum Inhalt (act. 3/300). Die Rechnung Nr. 422617 beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1023 vom 6. Dezember 2011, welche von Q._____ und N._____ am 28. Juni 2012 unterzeichnet worden ist (act. 3/301). Überdies haben Q._____ und BP._____ am 6. Juli 2012 den entsprechenden Pauschal-Nachtrag Nr. 33 unterzeichnet (act. 3/302). Die Beklagte anerkennt, dass der Nachtrag auf einer Bestellungsänderung beruht. Die Vergütungsklausel kommt damit nicht zur Anwendung. Somit ist der Betrag von CHF 8'329.95 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 352 ff.; act. 9 Rz. 333 ff.; act. 28 Rz. 2054 ff.; act. 38 Rz. 2557).

- 66 -

E. 5.13.3.7

Rechnung Nr. 422618 vom 5. September 2012 Die Rechnung Nr. 422618 vom 5. September 2012 über CHF 12'040.00 (exkl. MWST) hat einen neuen Treppenabgang zwischen der Siloanlage und der Baute Büro Neubau Ost zum Inhalt (act. 3/303). Die Rechnung Nr. 422618 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1025a vom 2. März 2012 (act. 3/304). Diese ist von Q._____, BC._____ und N._____ am 3. April 2012 unterzeichnet worden (act. 3/304). Überdies haben Q._____ und BP._____ am 6. Juli 2012 den entsprechenden Pauschal-Nachtrag Nr. 35 unterzeichnet (act. 3/305). Der Treppenabgang war in den einschlägigen Vertragsplänen in dieser Form nicht enthalten, was die Beklagte nicht bestreitet. Die Parteien haben einen entsprechenden Konsens hinsichtlich der Vereinbarung des Nachtrags erzielt, der alsdann in entsprechender Höhe auch genehmigt wurde. Ebenso genügt es zur Darlegung eines Willensmangels nicht, dass sich ein Mehrpreis gemäss beklagter Auffassung nicht begründen lässt, zumal in der Nachtragsofferte detailliert aufgeführt wird, weshalb entsprechende Mehrkosten für den Treppenabgang gegenüber der ursprünglichen Planung angefallen sind, wogegen die Beklagte keine substantiierten Ausführungen anbringt. Die Vergütungsklausel kommt auf eine Bestellungsänderung nicht zur Anwendung. Der Betrag von CHF 12'040.– (exkl.

MWST) ist damit geschuldet (act. 1 Rz. 355 ff.; act. 9 Rz. 335 ff.; act. 28 Rz. 2060 ff.; act. 38 Rz. 2559 ff.).

E. 5.13.3.8

Rechnung Nr. 422619 vom 5. September 2012 Die Rechnung Nr. 422619 vom 5. September 2012 über CHF 9'200.00 (exkl. MWST) hat die Lieferung und das Versetzen eines zusätzlichen Schlamm- lers aus Polyethylen in der Tiefgarage zum Inhalt (act. 3/306). Die Rechnung Nr. 422619 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1028 vom 20. Januar 2012. Diese ist von Q.____, BC.____ und N.____ am 26. Januar 2012 unterzeichnet worden (act. 3/360). Überdies haben Q.____ und BP.____ am 6. Juli 2012 den Pauschal-Nachtrag Nr. 36 unterzeichnet (act. 3/360). Die Beklagte anerkennt, dass der Nachtrag auf einer Beststellungsänderung beruht. Es ist damit keine Leistung betroffen, die unter die Vergütungsklausel fällt. Folglich ist der Betrag von CHF 9'200.– geschuldet (act. 1 Rz. 358 ff.; act. 9 Rz. 343 ff.; act. 28 Rz. 2073 ff.; act. 38 Rz. 2562 f.).

- 67 -

E. 5.13.3.9

Rechnung Nr. 422620 vom 5. September 2012 Die Rechnung Nr. 422620 vom 5. September 2012 über CHF 17'330.00 (exkl. MWST) hat eine Verkleidung der beiden Liftschächte im Annexgebäude mit Dämmmaterial zum Inhalt (act. 3/309). Die Rechnung Nr. 422620 beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1030a vom 16. Mai 2012, welche von Q.____ und N.____ am 28. Juni 2012 unterzeichnet worden ist (act. 3/310). Überdies haben Q.____ und BP.____ am 6. Juli 2012 den Pauschal-Nachtrag Nr. 37 unterzeichnet (act. 3/311). Die Beklagte ist der Auffassung, dass eine Trennung zwischen den Schachtelementen und den Betonwänden in den Submissionsplänen ersichtlich gewesen sei und im Devis Maurerarbeiten Mineralwollenplatten ausgeschrieben worden seien. Dementsprechend sei die Dämmung in der Pauschale enthalten. In der Nachtragsofferte wird indes ausdrücklich festgehalten, dass die Verkleidungen der beiden Liftschächte im Annexgebäude in den Offertunterlagen nicht gedämmt seien, weshalb ein Zuschlag für das Schalldämmmaterial Typ Flumroc an- falle. Die Beklagte legt nicht genügend dar, inwiefern sie sich hinsichtlich dieser beschriebenen Ausgangslage in einem Irrtum befunden hätte. Die Vergütungs- klausel ist auf eine Beststellungsänderung nicht anwendbar. Der Betrag von CHF 17'330.00 (exkl. MWST) ist damit geschuldet (act. 1 Rz. 361 ff.; act. 9 Rz. 345 ff.; act. 28 Rz. 2079 ff.; act. 38 Rz. 2564 ff.).

E. 5.13.3.10

Rechnung Nr. 422621 vom 5. September 2012 Die Rechnung Nr. 422621 vom 5. September 2012 über CHF 12'535.55 (exkl. MWST) hat den Abbruch eines Mauerwerks aus Zementstein, die Erstellung eines Backsteinmauerwerks (inkl. Anschlussarbeiten) sowie die Schalung und Betonie- rung eines runden Sturzes zum Inhalt (act. 3/312). Die Rechnung Nr. 422621 be- ruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1036 vom 13. Juni 2012 und ist von Q.____ und N.____ am 21. Juni 2012 unterzeichnet worden (act. 3/313). Überdies haben Q.____ und BP.____ am 6. Juli 2012 den Pauschal-Nachtrag Nr. 38 unter- zeichnet (act. 3/314). Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass es sich um eine Beststellungsänderung handelt. Die Vergütungsklausel kommt nicht zur Anwen- dung. Folglich sind CHF 12'535.55 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 364 ff.; act. 9 Rz. 351 f.; act. 28 Rz. 2092 ff.; act. 38 Rz. 2570 ff.).

E. 5.13.3.11

Rechnung Nr. 422703 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422703 vom 19. Oktober 2012 über CHF 164'493.60 (exkl. MWST) hat die Erstellung der Kanalisation in den Bauten Neubau West, Er- schliessung Kunst des Flaschengeschäfts, des H.____-hauptgebäudes, der Tra- fostation und der Baute Büro Neubaus Ost zum Inhalt (act. 3/315). Rechnung Nr. 422703 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1026a vom 14. Mai 2012 und ist am 17. August 2012 von BF.____ unterzeichnet worden (act. 3/316). Die Beklagte bringt dagegen vor, die Leistungen Kanalisation für sämtliche Teilobjekte seien im Leistungsverzeichnis und damit in der Grundleistung bzw. der Pauschale des Werkvertrags enthalten. Dem entgegnet die Klägerin, auf dem Submissionsplan sei kein Aushub enthalten gewesen. Weiter habe die Ausschreibung auch kein Leistungsverzeichnis für das Kapitel 237 Kanalisation und Entwässerung enthal- ten. Dies wird von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Aus der Beschrei- bung der Ausgangslage auf der Nachtragsofferte, welche von der Beklagten un- terzeichnet wurde, geht hervor, dass diese aufgrund nicht vorhandener oder un- vollständiger Submissionsunterlagen vereinbart wurde (act. 3/316). Die Beklagte legt angesichts dieser Umstände nicht dar, inwiefern sie sich bei der Vereinba- rung dieses Nachtrags in einem Irrtum befunden hätte. Auch wird betreffend die Vergütungsklausel kein gleichgelagerter Anspruch behauptet. Folglich sind CHF 164'493.60 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 367 f.; act. 9 Rz. 353 ff.; act. 28 Rz. 2098 ff.; act. 38 Rz. 2572 ff.).

E. 5.13.3.12

Rechnung Nr. 422704 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422704 vom 19. Oktober 2012 über CHF 15'351.80 (exkl. MWST) hat die Erstellung von Ytong-Wänden im Neubau West zum Inhalt (act. 3/317). Die Rechnung Nr. 422704 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1033 vom 1. Mai 2012, welche von BF.____ am 18. August 2012 unterzeichnet worden ist (act. 3/318). Die Beklagte führt demgegenüber ins Feld, es sei eine gesamtheitli- che Betrachtung der Nachträge Nr. 1033, Nr. 1037a und Nr. 1037 erforderlich. In den Nachträgen Nr. 1037 und Nr. 1037a sei ein Verweis "wurde mit Nachtragsof- ferte Nr. 1033 abgerechnet" ersichtlich, so dass der im Nachtrag Nr. 1037a aus- gewiesene Betrag mit dem Nachtrag Nr. 1033 abgerechnet werden müsse. Wie

- 69 - die Klägerin dagegen zu Recht vorbringt, geht es bei Nachtrag Nr. 1033 nur um eine Verstärkung der Ytong-Wände. So wird in Nachtrag Nr. 1037 denn auch le- diglich präzisierend festgehalten: „Die grössere Wandstärke, die in der Aufsto- ckung bestellt wurde, wurde mit der Nachtragsofferte Nr. 1033 abgerechnet" (act. 3/350). Entgegen der Beklagten folgt daraus nicht, dass der in Nachtrag Nr. 1037(a) ausgewiesene Betrag aufgrund eines Verweises mit Nachtrag Nr. 1033 abgerechnet werden müsste. Aus der Nachtragsofferte geht hervor, dass die Leistung Zuschläge zu bereits vorhandenen Position betrifft. Mithin han- delt es sich um eine Beststellungsänderung, auf welche die Vergütungsklausel kei- ne Anwendung findet. Willensmängel werden nicht näher substantiiert. Folglich ist der Betrag von CHF 15'351.80 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 369 f.; act. 9 Rz. 359 ff.; act. 28 Rz. 2109 ff.; act. 38 Rz. 2580 ff.).

E. 5.13.3.13

Rechnung Nr. 422705 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422705 vom 19. Oktober 2012 über CHF 4'544.– (exkl. MWST) hat einen Zuschlag für das Erstellen von

Ytong-Wänden (Stärke: 320 Millimeter) anstelle der Steine mit einer Stärke von 200 Millimeter zum Inhalt (act. 3/319). Die Rechnung Nr. 422705 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1034 vom 03. Mai 2012 und ist von BF. _____ am 18. August 2012 unterzeichnet worden (act. 3/320). Die Beklagte bestreitet nicht, dass es sich beim Nachtrag um eine Bestellsände- rung handelt, die nicht unter die Komplettheitsklausel fällt. Damit ist keine Leis- tung betroffen, auf welche die Vergütungsklausel anwendbar ist. Der Betrag von CHF 4'544.– (exkl. MWST) ist folglich geschuldet (act. 1 Rz. 372 f.; act. 9 Rz. 364 ff.; act. 28 Rz. 2120 ff.; act. 38 Rz. 2583).

E. 5.13.3.14

Rechnung Nr. 422706 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422706 vom 19. Oktober 2012 über CHF 71'031.85 (exkl. MWST) hat den Wegfall sowie die zusätzliche Erstellung der Ytong-Wände in der Baute Neubau West zum Inhalt (act. 3/321). Sie beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1038 vom 25. Juni 2012 und ist von BF. _____ am 18. August 2012 unter- zeichnet worden (act. 3/322). Die Beklagte bestreitet nicht, dass es sich beim Nachtrag um eine Bestellsänderung handelt, die nicht unter die Komplet-

- 70 - heitsklausel fällt. Zudem ist keine Leistung betroffen, auf welche die Vergütungs- klausel anwendbar ist. Folglich sind CHF 71'031.85 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 373 f.; act. 9 Rz. 367 ff.; act. 28 Rz. 2129 ff.; act. 38 Rz. 2588).

E. 5.13.3.15

Rechnung Nr. 422707 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422707 vom 19. Oktober 2012 über CHF 7'116.70 (exkl. MWST) hat Projektänderungen in Zusammenhang mit den Ytong-Wänden im Ge- bäude Aufstockung Kunst zum Inhalt (act. 3/323). Die Rechnung Nr. 422707 be- ruht auf Nachtragsofferte Nr. 1039 vom 25. Juni 2012 und ist von BF. _____ am 18. August 2012 unterzeichnet worden (act. 3/324). Die Beklagte anerkennt, dass es sich bei diesem Nachtrag um eine Bestellsänderung handelt, die somit nicht unter die Vergütungsklausel fällt. Damit sind CHF 7'116.70 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 375 f.; act. 9 Rz. 370 ff.; act. 28 Rz. 2136 ff.; act. 38 Rz. 2589).

E. 5.13.3.16

Rechnung Nr. 422708 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422708 vom 19. Oktober 2012 über CHF 20'063.65 (exkl. MWST) hat die Erstellung von 2 Stelen (Aussenstelen) an der ...-Strasse ... zum Inhalt (act. 3/325). Die Rechnung Nr. 422708 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1040 vom 11. Juli 2012. Sie ist von BG. _____ und BP. _____ am 12. Juli 2012 unterzeichnet worden (act. 3/326). Die Beklagte bringt dagegen vor, die Arbeiten seien nicht durch die Klägerin erbracht worden, unterlässt es aber, genauere Aus- führungen diesbezüglich zu machen. Ohnehin handelt es sich um einen nachträg- lich vereinbarten Pauschalbetrag hinsichtlich einer Bestellsänderung, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten wird. Die Vergütungsklausel ist dem- nach nicht anwendbar und der Betrag von CHF 20'063.65 (exkl. MWST) folglich geschuldet (act. 1 Rz. 377 ff.; act. 9 Rz. 373 ff.; act. 28 Rz. 2146 ff.; act. 38 Rz. 2592 ff.).

E. 5.13.3.17

Rechnung Nr. 422709 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422709 vom 19. Oktober 2012 über CHF 211'405.15 (exkl. MWST) hat eine Mehrmenge an Armierungseisen gegenüber dem Vorausmass

- 71 - im Werkvertrag sowie die Kosten der Expresslieferung zum Inhalt (act. 3/327). Die Rechnung Nr. 422709 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1041 vom 13. Juli 2012 und ist von BF._____ am 18. August 2012 unterzeichnet worden (act. 3/328). Die Beklagte macht geltend, die Leistung falle unter die Komplettheitsklausel. Die klä- gerische Behauptung, wonach nur 2'682'000 kg Armierungseisen in den Leis- tungsverzeichnissen enthalten gewesen seien, sei unzutreffend. Dem Nachtrag ist jedoch zu entnehmen, dass ein Mehrverbrauch regelmässig anlässlich der Bau- sitzungen angemeldet wurde, wobei die Berechnung der Mehrmenge ausgewie- sen wurde. Ein Willensmangel wird angesichts dessen von der Beklagten nicht genügend dargelegt. Folglich ist der Betrag von CHF 211'405.15 (exkl. MWST) geschuldet, zumal auch die Voraussetzungen der Vergütungsklausel nicht darge- legt sind (act. 1 Rz. 380 f.; act. 9 Rz. 377 ff.; act. 28 Rz. 2155 ff.; act. 38 Rz. 2598 ff.).

E. 5.13.3.18

Rechnung Nr. 422710 vom 19. Oktober 2012 Die Rechnung Nr. 422710 vom 19. Oktober 2012 über CHF 59'000.00 (exkl. MWST) hat den Anschluss der Kanalisationsleitungen und des Wasseranschlus- ses an das öffentliche Netz (auf der Seite der Baute Neubau West an die Kanali- sationsleitung in der ...-Strasse und auf der Nordseite an die Kanalisation ...-Weg/...) zum Inhalt. Rechnung Nr. 422710 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1032 vom 1. Juni 2012 und ist von BF._____ am 4. Juni 2012 unterzeichnet worden. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass es sich dabei um eine Beststellungsände- rung handelt. Die Vergütungsklausel kommt nicht zur Anwendung, der Betrag von CHF 59'000.– (exkl. MWST) ist folglich geschuldet (act. 1 Rz. 382 f.; act. 9 Rz. 383 ff.; act. 28 Rz. 2167 ff.; act. 38 Rz. 2606 ff.).

E. 5.13.3.19

Rechnung Nr. 422785 vom 30. November 2012 Die Rechnung Nr. 422785 vom 30. November 2012 über CHF 23'200.00 (exkl. MWST) hat die Lieferung und das Versetzen von zwei gewundenen Fertigele- menttreppen im Wohnhochhaus Mitte zum Inhalt (act. 3/331). Die Rechnung Nr. 422785 beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1029 vom 24. Februar 2012 und ist von BF._____ und BE._____ am 16. März 2012 unterzeichnet worden

- 72 - (act. 3/332). Die Beklagte bringt vor, die Nachtragshöhe sei fehlerhaft und belaufe sich richtigerweise auf CHF 20'700.– (exkl. MWST), da der Nachtrag Nr. 1029 vom 24. Februar 2012 durch den Nachtrag 1029a vom 15. August 2012 (act. 10/83) ersetzt worden sei, was von der Klägerin nicht bestritten wird. Sodann stellt die Beklagte nicht in Abrede, dass eine Beststellungsänderung vor- liegt. Die Beklagte behauptet, dass keine Mehrkosten für die Klägerin resultieren würden, weil die neue Treppe die gleiche Anzahl an Tritten habe sowie die glei- che Breite aufweise wie die bisher vorgesehene und im Leistungsverzeichnis ent- haltene Treppe, und die ursprüngliche Variante sogar als umfangreicher betrach- tet werden könne, da bei dieser ein Zwischenpodest und je zwei Treppenläufe vorgesehen gewesen seien. Dem hält die Klägerin richtigerweise entgegen, dass in der Nachtragsofferte Nr. 1029a die Leistungen für die ursprüngliche Treppe ab- gezogen wurden. Die Vergütungsklausel ist auf die Beststellungsänderung nicht anwendbar und im Übrigen werden keine substantiierten Ausführungen zu etwai- gen Willensmängeln gemacht. Der Betrag von CHF 20'700.– (exkl. MWST) ist folglich geschuldet (act. 1 Rz. 384 f.; act. 9 Rz. 386 ff.; act. 28 Rz. 2176 ff.; act. 38 Rz. 2177 ff.).

E. 5.13.3.20

Rechnung Nr. 422820 vom 12. April 2013 Die Rechnung Nr. 422820 vom 12. April 2013 über CHF 62'651.70 (exkl. MWST) hat die Lieferung und das Versetzen von Stahlplatten unterhalb der Fahrbahnplatte für die Fassadenputzmaschine, das Einlegen von Drainagerohren sowie die Lieferung und das Einbringen von Beton auf dem Dach des Wohnhochhauses Mitte zum Inhalt (act. 3/333). Die Rechnung Nr. 422820 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1043a vom 1. November 2012 und ist von N._____ und BF._____ am

E. 5.13.3.21

Rechnung Nr. 422867 vom 30. Januar 2013 Die der Rechnung Nr. 422867 vom 30. Januar 2013 (act. 3/335) zugrunde liegende Forderung von CHF 29'840.10 wird von der Klägerin replicando nicht mehr geltend gemacht (act. 28 Rz. 2119).

E. 5.13.3.22

Rechnung Nr. 422940 vom 1. März 2013 Die Rechnung Nr. 422940 vom 1. März 2013 über CHF 77'676.45 (exkl. MWST) hat das Anbringen zusätzlicher Unterfangungen und Betonwände zum Inhalt (act. 3/337). Die Rechnung Nr. 422940 beruht auf der Nachtragsofferte Nr. 1046a vom 31. Januar 2013 und ist von BC._____ am 15. Februar 2013 unterzeichnet worden (act. 3/338). Die Beklagte bringt vor, die geltend gemachten Leistungen seien im Leistungsverzeichnis und damit in der Pauschale des Werkvertrags enthalten. Der Umbau und deren Probleme (Etappierungen, Kran, Hindernisse etc.) seien zum Zeitpunkt der Submission erkennbar gewesen. Die Klägerin führt demgegenüber ins Feld, während der Erstellung der Ausführungsplanung habe die Beklagte die Klägerin angewiesen, die an der Ostseite des H._____ - hauptgebäudes befindliche Wand komplett abzurechen und somit neu zu erstellen, was im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen gewesen sei. Dies wird von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Folglich liegt eine Beststellungsänderung vor, auf welche die Vergütungsklausel nicht anwendbar ist. Der Betrag von CHF 77'676.45 (exkl. MWST) ist damit geschuldet (act. 1 Rz. 390 f.; act. 9 Rz. 398 ff.; act. 28 Rz. 2202 ff.; act. 38 Rz. 2623 f.).

- 74 -

E. 5.13.3.23

Rechnung Nr. 423041 vom 12. April 2013 Die Rechnung Nr. 423041 vom 12. April 2013 über CHF 163'903.75 (exkl. MWST) hat Projektänderungen an den Fertigelementstützen beim Wohnhochhaus Mitte gegenüber der Ausschreibung zum Inhalt (act. 3/339). Die Rechnung Nr. 423041 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1045a vom 6. Februar 2013, welche von BC._____ am 14. Februar 2013 unterzeichnet worden ist (act. 3/340; act. 3/341). Die Beklagte führt demgegenüber ins Feld, die von der Klägerin geltend gemachten Leistungen seien im Leistungsverzeichnis, Angebot 12, NPK 315, und damit in der Grundleistung bzw. der Pauschale des Werkvertrags enthalten. Auf der Nachtragsofferte Nr. 1045a wird festgehalten, dass eine statische Anpassung der Stützen gegenüber dem Ausführungsprojekt erfolgt, mithin eine Beststellungsänderung vorliege. Zudem wird auf eine Liste verwiesen, auf der die einzelnen Projektänderungen im Zusammenhang mit diesem Nachtrag ersichtlich sind (act. 29/1811). Angesichts dessen wird seitens der Beklagten kein Willensmangel substantiiert dargetan. Auch die Vergütungsklausel ist nicht anwendbar. Damit ist der Betrag von CHF 163'903.75 (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 392 f.; act. 9 Rz. 404 ff.; act. 28 Rz. 2219 ff.; act. 38 Rz. 2631 ff.)

E. 5.13.3.24

Rechnung Nr. 423182 vom 31. Mai 2013 Die Rechnung Nr. 423182 vom 31. Mai 2013 über CHF 29'000.– (exkl. MWST) hat zusätzliche Maurerarbeiten im Untergeschoss der Baute "Bestand" zum Inhalt (act. 3/342). Sie beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1050 vom 24. Mai 2013, welche indes von der Beklagten nicht unterzeichnet wurde (act. 3/343). Dagegen ist die Genehmigung und Vereinbarung vorliegend im mit "Ausmass" bezeichneten Dokument vom 13. Dezember 2011 zu sehen, welches von BF._____ unterzeichnet wurde. Aus diesem geht klar hervor, dass es sich sinngemäss um eine Bestel- lungsänderung handelt ("Zusatzarbeiten Mauerwerk"; zudem ist die Konto Nr. des zu bezahlenden Betrages aufgeführt; vgl. act. 3/344), womit die Vergütungsklau- sel nicht anwendbar ist. Auch Willensmängel bleiben unsubstantiiert. Folglich ist der Betrag von CHF 29'000.– (exkl. MWST) geschuldet (act. 1 Rz. 394 ff.; act. 9 Rz. 411 ff.; act. 28 Rz. 2234 ff.; act. 38 Rz. 2636).

- 75 -

E. 5.13.3.25

Rechnung Nr. 423183 vom 31. Mai 2013 Die Rechnung Nr. 423183 vom 31. Mai 2013 über CHF 25'000.– (exkl. MWST) hat eine Kostenbeteiligung der Beklagten für die Benutzung der Installationsflä- chen auf dem Grundstück der L._____ zum Inhalt (act. 3/348). Die Rechnung Nr. 423183 beruht auf Nachtragsofferte Nr. 1051 vom 24. Mai 2013 sowie auf Nachtragsofferte Nr. 1037a vom 24. Januar 2013 (act. 3/349; act. 3/350), die von der Beklagten beide nicht unterzeichnet worden sind. Die Klägerin stützt sich auf ein als "Auftrag für Zusatzarbeiten" bezeichnetes Dokument, wobei sie geltend macht, dabei handle es sich um eine Vereinbarung zwischen den Parteien und der L._____, wonach die Klägerin ihre Forderung gegenüber der L._____ in der Höhe von CHF 40'921.90 (Verstärkung der Rampenabfahrt) auf CHF 25'000.– (exkl. MWST) reduziere und dass diese Rechnung nicht von der L._____, son- dern von der Beklagten beglichen werde (act. 3/352). Die Klägerin bringt vor, das Dokument sei auf der Zeile "Visum Auftraggeber" u.a. von N._____ unterzeichnet worden, was von der Beklagten vehement bestritten wird. Bei den Unterschriften handle es sich um jene von Herr O._____ und von Herrn BQ._____ (beide von L._____). In der Tat weist die zweite Unterschrift auf der Zeile "Visum Auftragge- ber", die von N._____ stammen soll, kaum Übereinstimmung zu seinen übrigen Unterschriftsbildern auf, die im Recht liegen (vgl. beispielhaft act. 3/271; act. 3/143). Graphologische Gutachten werden nicht beantragt. Damit scheidet ein Anspruch der Klägerin am Vereinbarungs- und Genehmigungsvorbehalt (act. 1 Rz. 399 ff.; act. 9 Rz. 416 ff.; act. 28 Rz. 2247 ff.; act. 38 Rz. 2642 ff.).

E. 5.14

Geldkosten

E. 5.14.1

Skonto

E. 5.14.1.1

Die Klägerin fordert sowohl für strittige als auch bereits bezahlte Nach- träge den Skontoabzug von 3% infolge zu später Bezahlung ein (act. 1 Rz. 595 ff.). Die Beklagte hat bei Nachträgen Anspruch auf 3 Prozent Skonto, falls die Rechnung innerhalb von 30 Tagen beglichen wird (Ziff. 2 der Vertragsurkunde; act. 3/2). Nach Ablauf dieser Frist geht ein

vereinbarter Skontoabzug verlustig, wie Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 festschreibt.

- 76 - Hinsichtlich der Rechnungen im Tiefbau macht die Klägerin folgende Geldkosten geltend (act. 1 Rz. 610): Im Hochbau werden folgende Geldkosten geltend gemacht (act. 1 Rz. 645):

- 77 -

E. 5.14.1.2

Die Beklagte bestreitet die generelle Skontoberechtigung nicht und erhebt auch keine substantiierten Einwände gegen die Berechnung (Rechnungsbetrag inkl. MWST / 0.97 [Skontoverfall] * 0.03) bzw. gegen die behaupteten zu spät erfolgten Bezahlungen (act. 9 Rz. 583 ff.), weshalb auf die klägerischen Angaben – soweit die Nachtragsforderungen nicht tiefer als in ihrer Berechnung ausfallen – abgestellt werden kann. Die bisher als Nachträge ausgewiesenen Beträge verstehen sich alle abzüglich Skonto, womit der verlustig gegangene Skontoabzug zu addieren ist.

E. 5.14.1.3

Im Nachfolgenden gilt es die von der Beklagten bereits bezahlten Nachträge (act. 1 Rz. 610 ff.) im Hinblick auf die Einforderung des Skontos zu beurteilen.

E. 5.14.1.4

Rechnung Nr. 405817 vom 22. September 2011 geht auf Nachtragsofferte Nr. 14 zurück, die von der Beklagten unterzeichnet worden ist. Sie betrifft die Demontage von Leitungen und wäre geschuldet gewesen, weshalb die Klägerin zu Recht den Skontoabzug einfordert (act. 9 Rz. 839 ff.; act. 10/100).

E. 5.14.1.5

Bei Rechnung Nr. 405818 vom 5. Oktober 2011 wird die Einforderung des Skontoabzugs von der Beklagten anerkannt (act. 9 Rz. 587).

E. 5.14.1.6

Bei Rechnung Nr. 405819 vom 5. Oktober 2011 beruft sich die Beklagte auf die Vergütungsklausel (act. 9 Rz. 589). Die Anrufung der Vergütungsklausel kommt nicht mehr in Betracht, nachdem ein Betrag gegenüber dem Subunternehmer bzw. vorliegend gegenüber der Klägerin beglichen wurde; mit der Bezahlung geht ein konkludenter Verzicht einher. Die vorliegend getroffene Vergütungsklausel bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass mit ihr auch eine nachträgliche Absicherung des Bonitäts- bzw. Insolvenzrisikos (d.h. nach der Bezahlung) beabsichtigt gewesen wäre.

E. 5.14.1.7

Auch bei Rechnung Nr. 405820 vom 5. Oktober 2011 beruft sich die Beklagte erfolglos auf die Vergütungsklausel (act. 9 Rz. 604). Bei Rechnung

- 78 - Nr. 422203 vom 23. Januar 2012 beruft sich die Beklagte ebenso erfolglos auf die Vergütungsklausel (act. 9 Rz. 610).

E. 5.14.1.8

Rechnung Nr. 422254 vom 1. März 2012 und Rechnung Nr. 422255 vom 1. März 2012 wurden fristgerecht beglichen, wie sich aus den klägerischen Ausführungen ergibt (act. 1 Rz. 615 f.).

E. 5.14.1.9

Rechnung Nr. 422447 vom 29. Juni 2012 wird von der Klägerin nicht substantiiert, wie die Beklagte zu Recht vorträgt. Demzufolge ist auch keine Beurteilung der Skontoforderung möglich (act. 9 Rz. 618; act. 28 Rz. 2545). Dies gilt auch für Rechnung Nr. 422448 vom 29. Juni 2012 (act. 9 Rz. 621; act. 28 Rz. 2548), für Rechnung Nr. 422449 vom 29. Juni 2012 (act. 9 Rz. 619; act. 28 Rz. 2546) sowie für Rechnung Nr. 422450 vom 29. Juni 2012 (act. 9 Rz. 627; act. 28 Rz. 2554).

E. 5.14.2

Verzugszins

E. 5.14.2.1

Unbestritten ist, dass die Parteien in Ziff. 9 des Werkvertrags eine Zahlungsfrist für sonstige Rechnungen (d.h. für Nachtrags- und Regierechnungen) von 30 Tagen ab Eingang der Rechnung vereinbart haben, was gemäss Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 zulässig ist. Mit Blick auf den Verzug sieht Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 sodann vor, dass nach Ablauf der Zahlungsfrist der Besteller durch Mahnung in Verzug gesetzt werden kann (Art. 102 Abs. 1 OR). Dass keine Verfalltagsabrede vorliegt (anders als bei den Akonto-Rechnungen), ist zu Recht unstrittig (act. 3/2; act. 1 Rz. 597 ff.; act. 9 Rz. 579 ff.; act. 28 Rz. 2508).

E. 5.14.2.2

Die Klägerin argumentiert nun, dass aufgrund der Hinweise auf den Rechnungen "Zahlung netto innert 30 Tagen" oder "30 Tage netto" eine antizipierte Mahnung zusammen mit der Rechnung vorliege, wodurch sich eine weitere Mahnung erübrige. Die Beklagte sei folglich mit Ablauf der Zahlungsfrist von 30 Tagen zugleich auch in Verzug geraten. Die Klägerin beruft sich dabei auf verschiedene Literaturmeinungen (act. 1 Rz. 598; vgl. RÜETSCHI, Zahlbar „30 Tage netto“, in: SJZ 14/99 [2003], S. 341 ff., S. 343 f., m.w.H.). Die Beklagte macht

- 79 - demgegenüber geltend, es sei eine zusätzliche Mahnung für die Inverzugsetzung erforderlich; eine solche sei jedoch noch nicht erfolgt (act. 9 Rz. 580).

E. 5.14.3

Eine Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR ist eine unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung ohne weitere Säumnis zu erbringen (GAUCH/STÖCKLI, SIA-118 Komm., N. 12 zu Art. 190 SIA-Norm 118). Auf den Meinungsstreit in der Lehre, ob ein Zusatz "Zahlung netto innert 30 Tagen" oder "30 Tage netto" eine derartige unmissverständliche Aufforderung zum Ausdruck bringt, braucht vorliegend nicht vertieft eingegangen zu werden. Die Parteien haben vorliegend die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart, welche eine entsprechende Regelung in Art. 190 Abs. 1 vorsieht. Danach erfolgt eine Inverzugsetzung durch Mahnung grundsätzlich nach Fristablauf, selbst wenn eine entsprechende Zahlungsfrist geregelt worden ist. Dass die Parteien eine davon abweichende Regelung getroffen hätten, ist nicht ersichtlich. Angesichts dessen kann nicht gefolgert werden, durch das Anbringen der Zusätze "Zahlung netto innert 30 Tagen" oder "30 Tage netto" auf den Rechnungen sei die unmissverständliche Aufforderung erfolgt, die geschuldete Leistung ohne weitere Säumnis zu erbringen. Zudem gilt es festzuhalten, dass die Rechtsprechung in der Annahme einer gleichzeitigen Mahnung mit den erwähnten Zusätzen eher zurückhaltend ist (RÜETSCHI,

a.a.O., Fn. 26). Die Klägerin hätte die Beklagte folglich noch mahnen müssen, damit die Verzugsfolgen eintreten. Es ist indes unbestritten, dass entsprechende Mahnungen hinsichtlich der Nachtrags- und Regierechnungen bis zur Klageeinleitung nicht erfolgt sind. Wie die Klägerin jedoch zu Recht schliesst, ist die Beklagte spätestens mit der Einreichung der Klage am 26. Februar 2014 in Verzug geraten, da die Erhebung einer Leistungsklage Verzugsfolgen begründet (BGE 130 III 597), was von der Beklagten nicht in Frage gestellt wird (act. 28 Rz. 2654; act. 38 Rz. 2772).

E. 5.15

Geleistete "Express-Zahlung" Die von der Beklagten geleistete "Express-Zahlung" in Höhe von CHF 1'000'000.– (inkl. MWST) gemäss Ziff. 2.2 der Vereinbarung vom 26. Juni 2013 zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten (act. 3/19; act. 1 Rz. 123; act. 46 Rz. 127) wurde als Anzahlung auf den von der Klägerin geltend gemachten Restbetrag defi-

- 80 - niert. Ob diese der Pauschale, den Nachträgen oder der Überschreitung von Budgetpositionen angerechnet werden sollte, wurde von den Parteien nicht festgelegt. Damit greift Art. 87 Abs. 1 OR, wonach die Anrechnung auf die früher fällig gewordene Schuld erfolgt. Dies betrifft vorliegend die Nachträge, die am frühesten fällig geworden sind (vgl. act. 1 Rz. 601 ff.).

E. 5.16

Zusammenfassung Quantitativ Die vorstehenden Erwägungen führen zu folgender Berechnung: Nachträge Tiefbau Betrag 8% MWST Betrag Skonto CHF Total CHF (exkl. CHF (Inkl. CHF (inkl. MWST, Ra- MWST) MWST und batt und Skonto) Skonto) strittige Nachträge Rechnung Nr. 405876 vom 30. August 2012 0.00 0.00 0.00 0.00 0.00 Rechnung Nr. 405910 vom 15. April 2013 110'654.33 8'852.35 119'506.68 3'696.08 123'202.76 Rechnung Nr. 405929 vom 4. September 2013 99'000.00 7'920.00 106'920.00 3'306.80 110'226.80 Rechnung Nr. 405931 vom 13. September 2013 0.00 0.00 0.00 0.00 0.00 Rechnung Nr. 405932 vom 4. November 2013 36'960.20 2'956.82 39'917.02 1'234.55 41'151.56 bezahlte Nachträge Rechnung Nr. 405817 vom 22. September 2011 6'079.18 6'079.18 Rechnung Nr. 405818 vom 5. Oktober 2011 60.04 60.04 Rechnung Nr. 405819 vom 5. Oktober 2011 62.99 62.99 Rechnung Nr. 405820 vom 5. Oktober 2011 233.81 233.81 Zwischentotal Tiefbau 246'614.53 19'729.16 266'343.69 14'673.45 281'017.15 Hochbau strittige Nachträge Akontogesuch Nr. 1 vom 20. September 2011 218'250.00 17'460.00 235'710.00 7'290.00 243'000.00 Akontogesuch Nr. 2 vom 25. November 2011 218'250.00 17'460.00 235'710.00 7'290.00 243'000.00 Akontogesuch Nr. 3 vom 21. Februar 2012 218'250.00 17'460.00 235'710.00 7'290.00 243'000.00 Rechnung Nr. 422451 vom 29. Juni 2012 18'008.25 1'440.66 19'448.91 601.51 20'050.42 Rechnung Nr. 422452 vom 29. Juni 2012 11'719.50 937.56 12'657.06 391.46 13'048.52 Rechnung Nr. 422452a vom 29. Juni 2012 125'100.00 10'008.00 135'108.00 4'178.60 139'286.60 Rechnung Nr. 422453 vom 29. Juni 2012 128'500.00 10'280.00 138'780.00 4'292.16 143'072.16 Rechnung Nr. 422617 vom 5. September 2012 8'329.95 666.40 8'996.35 278.24 9'274.58 Rechnung Nr. 422618 vom 5. September 2012 12'040.00 963.20 13'003.20 402.16 13'405.36 - 81 - Rechnung Nr. 422619 vom 5. September 2012 9'200.00 736.00 9'936.00 307.30 10'243.30 Rechnung Nr. 422620 vom 5. September 2012 17'330.00 1'386.40 18'716.40 578.86 19'295.26 Rechnung Nr. 422621 vom 5. September 2012 12'535.55 1'002.84 13'538.39 418.71 13'957.11 Rechnung Nr. 422703 vom 19. Oktober 2012 164'493.60 13'159.49 177'653.09 5'494.43 183'147.51 Rechnung Nr. 422704 vom 19. Oktober 2012

15'351.80 1'228.14 16'579.94 512.78 17'092.73 Rechnung Nr. 422705 vom 19. Oktober 2012 4'544.00 363.52 4'907.52 151.78 5'059.30 Rechnung Nr. 422706 vom 19. Oktober 2012 71'031.85 5'682.55 76'714.40 2'372.61 79'087.01 Rechnung Nr. 422707 vom 19. Oktober 2012 7'116.70 569.34 7'686.04 237.71 7'923.75 Rechnung Nr. 422708 vom 19. Oktober 2012 20'063.65 1'605.09 21'668.74 670.17 22'338.91 Rechnung Nr. 422709 vom 19. Oktober 2012 211'405.15 16'912.41 228'317.56 7'061.37 235'378.93 Rechnung Nr. 422710 vom 19. Oktober 2012 59'000.00 4'720.00 63'720.00 1'970.72 65'690.72 Rechnung Nr. 422785 vom 30. November 2012 20'700.00 1'656.00 22'356.00 691.42 23'047.42 Rechnung Nr. 422820 vom 12. April 2013 62'651.70 5'012.14 67'663.84 2'092.70 69'756.53 Rechnung Nr. 422867 vom 30. Januar 2013 0.00 0.00 0.00 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422940 vom 1. März 2013 77'676.45 6'214.12 83'890.57 2'594.55 86'485.12 Rechnung Nr. 423041 vom 12. April 2013 163'903.75 13'112.30 177'016.05 5'474.72 182'490.77 Rechnung Nr. 423182 vom 31. Mai 2013 29'000.00 2'320.00 31'320.00 968.66 32'288.66 Rechnung Nr. 423183 vom 31. Mai 2013 0.00 0.00 0.00 0.00 0.00 bezahlte Nachträge Rechnung Nr. 422203 vom 23. Januar 2012 749.53 749.53 Rechnung Nr. 422254 vom 1. März 2012 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422255 vom 1. März 2012 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422447 vom 29. Juni 2012 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422448 vom 29. Juni 2012 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422449 vom 29. Juni 2012 0.00 0.00 Rechnung Nr. 422450 vom 29. Juni 2012 0.00 0.00 Zwischentotal Hochbau 1'904'451.90 152'356.15 2'056'808.05 64'362.15 2'121'170.20 Zwischentotal Nachträge 2'151'066.43 172'085.31 2'323'151.74 79'035.60 2'402'187.35 -/- "Express-Zahlung" -1'000'000.00 Gesamttotal 1'402'187.35

E. 5.17

Fazit Die Beklagte schuldet der Klägerin unter dem Titel Nachträge CHF 1'402'187.35 (inkl. MWST) zzgl. Verzugszins zu 5% ab dem 26. Februar 2014 (Datum der Klageeinleitung). 6. Zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten

E. 6

Aufl. 2015, N. 16 zu Art. 33 OR, N. 6 zu Art. 458 OR sowie N. 2 zu Art. 462 OR). Dies gilt um so mehr angesichts der Häufigkeit und der langen Dauer der durch die örtlichen Bauleiter vorgenommenen Handlungen (ZÄCH/KÜNZLER, in: Berner Kommentar, Art. 32-40 OR, Stellvertretung Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2014, N. 49 zu Art. 33 OR). Auch hat die Beklagte während der Projektdauer Nachträge der Klägerin bezahlt, die nicht von der Gesamtprojektleitung, sondern nur von einem einzelnen örtlichen Bauleiter unterzeichnet worden sind: so beispielsweise Nachtragsofferte Nr. 1005 vom 16. Mai 2011 oder Nachtragsofferte Nr. 1016 vom 13. Oktober 2011 (act. 28 Rz. 1621; act. 10/129; act. 10/135). Unbehelflich sind die dagegen erhobenen beklaglichen Ausführungen, wonach ihre Finanzbuchhaltung irrtümlich keine Prüfung der Dokumente vorgenommen habe (act. 38 Rz. 2386 ff.), zumal es bereits ausreichend ist, wenn durch die während der Projektdauer vorgenommenen Zahlungen ein entsprechender Rechtsschein gegenüber der Klägerin geschaffen wurde.

E. 6.1

Einleitung Die Klägerin macht eine Forderung für zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten in der Höhe von CHF 260'693.85 (exkl. MWST) geltend, die nicht mehr von der

- 82 - Budgetposition (NPK-Kapitel 993: "Regiearbeiten allg.") erfasst seien (act. 1 Rz. 405 ff.; act. 28 Rz. 2255 ff.). Sie stützt sich dabei auf folgende Rechnungen (act. 1 Rz. 527):

Dem hält die Beklagte entgegen, dass es die Position "zusätzlich zu vergütende Regiearbeit" nach dem Konzept des von den Parteien eingegangenen Werkvertrags gar nicht gebe, da sämtliche Regiearbeiten entweder unter die Werkpreispause oder unter die vertraglichen Budgetpositionen (bzw. allenfalls unter die Überschreitung derselbigen) fallen würden (act. 9 Rz. 423 ff.; act. 38 Rz. 2646 ff.).

E. 6.2

Unvereinbarkeit mit Komplettheitsklausel Als Ausnahme zur vereinbarten Komplettheitsklausel haben die Parteien Budgetpositionen ausgeschieden, die in Regie abzurechnen waren (vgl. dazu Ziff. 7 her- nach). Wie die Klägerin selber ausführt, sind die vorliegenden Regiearbeiten nicht mehr von einer der ausgeschiedenen Budgetpositionen erfasst, d.h. sie liegen

- 83 - ausserhalb der Budgetliste bzw. des entsprechend vereinbarten Ablaufs zur Genehmigung von Regiearbeiten. Demgemäss besteht aufgrund der Komplettheitsklausel, welche sich grundsätzlich auf alle für die Ausführung der vereinbarten Baumeisterarbeiten notwendigen Leistungen ausdehnt, kein Raum für die Vergütung von Regiearbeiten ausserhalb der vertraglich vereinbarten Budgetpositionen. Dies gilt selbst, soweit sich die Klägerin auf einzelne unterzeichnete Tagesrapporte zu stützen vermag (vgl. beispielhaft act. 3/376 [nicht unterzeichnet]; act. 3/378 [unterzeichnet]). Mit der Unterzeichnung eines Rapports wird dieser lediglich zur Beweisurkunde, womit eine tatsächliche Vermutung dafür begründet wird, dass der Inhalt des Rapports der Wahrheit entspricht und der darin ausgewiesene Aufwand erforderlich war (GAUCH/STÖCKLI, SIA-Komm. 118, N. 15.1 zu Art. 47 SIA-Norm 118). Die von der Klägerin dargelegten Regiearbeiten betreffen allesamt Arbeiten und Materiallieferungen in geringfügigem Umfang, verglichen mit den Kosten des Gesamtprojekts (act. 1 Rz. 411 ff.; Armierung von Netzen, Anpassarbeiten, längeres Vorhalten von Kränen, Spitzarbeiten, Kleinmaterial, Aufräumarbeiten, Freispitzen von Öffnungen und dgl.). Dies sind alles Leistungen, die sinn- gemäss mit der Erstellung des Werkes verbunden und damit von der Komplettheitsklausel erfasst sind; Gegenteiliges wird von der Klägerin nicht dargetan.

E. 6.3

Anerkannte Regiearbeiten

E. 6.3.1

Die Beklagte anerkennt indes Regiearbeiten für Drittunternehmer in Höhe von CHF 76'454.85 (exkl. MWST) betreffend die Rechnungen Nr. 422476 vom 16. Juli 2012, Nr. 422857 vom 24. Januar 2013, Nr. 423058 vom 18. April 2013 sowie Nr. 423207 vom 5. Juni 2013 (act. 9 Rz. 425 und 500).

E. 6.3.2

Zu erwähnen ist dabei, dass die anerkannte Rechnung Nr. 422476 vom 16. Juli 2012 als Ausnahme zu den übrigen von der Klägerin dargelegten Regiearbeiten durch ein Formular "Auftrag für Zusatzarbeiten" von der Beklagten unterzeichnet wurde (act. 1 Rz. 419; act. 3/362) und sich auch sinngemäss als Nachtrag einordnen liesse. Als weitere Ausnahme wurde bei der nicht anerkannten Rechnung Nr. 422629 vom 9. Februar 2012 ein entsprechendes Formular unterzeichnet (act. 1 Rz. 427; act. 3/368), wobei jedoch kein Vergütungsbetrag festgelegt wurde, weshalb die Forderung – soweit sie

- 84 - sinngemäss als Nachtrag einzuordnen wäre – am Genehmigungsvorbehalt scheitert (vgl. Ziff. 5.5 hiervor). Betreffend Rechnung Nr. 423113 vom 15. Mai 2013 (act. Rz. 460 ; act. 3/390) sowie Rechnung Nr. 10573 vom 26. August 2013 (act. 1 Rz. 526; act. 3/430) vermag sich die Klägerin auf unterzeichnete Budget- Auswertungen zu stützen. Wie sie selber ausführt, beinhalten diese lediglich eine chronologische Auflistung bzw. Zusammenfassung der ausgeführten Arbeiten (act. 1 Rz. 72). Insofern kommt auch diesen nicht mehr als eine tatsächliche Vermutung zu, wonach die darin ausgewiesenen Leistungen der Wahrheit entsprechen und erforderlich waren, was nichts an deren Unvereinbarkeit mit der Komplettheitsklausel ändert.

E. 6.4

Geldkosten

E. 6.4.1

Skonto Die Beklagte hat bei Regierechnungen Anspruch auf 3% Skonto, falls sie die entsprechenden Rechnungen innerhalb der Zahlungsfrist bezahlt, was sich aus Ziff. 2 des Werkvertrags ergibt (act. 3/2). Da die Zahlungen der anerkannten Regiearbeiten ausgeblieben sind, hat entsprechend kein Skontoabzug zu erfolgen, was es zu berücksichtigen gilt (act. 1 Rz. 661 ff.). Für bereits bezahlte Regierechnungen steht der Klägerin keine Skontoforderung gut, da es ihr infolge der Komplettheitsklausel nicht gelingt, über die anerkannten Regiearbeiten hinaus einen Anspruch zu begründen.

E. 6.4.2

Verzug Es kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Ziff. 5.14.3 hiervor). Verzugszins ist damit erst ab Datum der Klageeinleitung geschuldet, mithin ab 26. Februar 2014.

- 85 -

E. 6.5

Zusammenfassung Quantitativ Aus dem Ausgeführten resultiert folgende Berechnung:
zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten Betrag 8% Betrag Skonto Total CHF (exkl. MWST CHF (inkl. CHF CHF (inkl. MWST, Ra- MWST) MWST und batt und Skonto)
Skonto) Rechnung Nr. 422476 vom 16. Juli 2012 29'812.00 2'384.96 32'196.96 995.78
33'192.74 Rechnung Nr. 422857 vom 24. Januar 2013 8'446.70 675.74 9'122.44 282.14
9'404.57 Rechnung Nr. 423058 vom 18. April 2013 35'384.65 2'830.77 38'215.42 1'181.92
39'397.34 Rechnung Nr. 423207 vom 5. Juni 2013 2'811.50 224.92 3'036.42 93.91 3'130.33
Total 76'454.85 6'116.39 82'571.24 2'553.75 85'124.99

E. 6.6

Fazit Die Beklagte schuldet der Klägerin für anerkannte Regiearbeiten CHF 85'124.99 (inkl. MWST) nebst Verzugszins zu 5% seit 26. Februar 2014.

E. 7

Februar 2013 mit dem Stand der Budget-Auswertung per 31. Januar 2013 nicht mehr geschuldet (act. 1 Rz. 567; act. 3/453), wobei die zugrunde liegenden Leistungen demzufolge unter die Komplettheitsklausel fallen. Von den noch offenen Rechnungen im Gesamtbetrag von CHF 2'492'405.85 (exkl. MWST; act. 1 Rz. 535) ist die Rechnung Nr. 422888 vom 7. Februar 2013 in Höhe von CHF 55'303.70 (exkl. MWST; act. 1 Rz. 568) demnach abzuziehen, womit ein Betrag von CHF 2'437'102.15 (exkl. MWST) resultiert.

Der Betrag versteht sich ab- züglich der Skonti und der gewährten Rabatten.

E. 7.1

Einleitung Die Klägerin bringt dazu vor, dass der im Werkpreis enthaltene Betrag für Regie- arbeiten in Höhe von CHF 2'765'996.80 (exkl. MWST) im Januar 2012 erstmals überschritten worden sei. Vor diesem Hintergrund habe sie der Beklagten infolge der Budget-Überschreitung zwölf Rechnungen in der Höhe von insgesamt CHF 2'588'255.55 (exkl. MWST) gestellt. Von diesen zwölf Rechnungen seien derzeit elf Rechnungen in der Höhe von insgesamt CHF 2'492'405.85 (exkl. MWST) noch offen, CHF 95'849.70 (exkl. MWST) seien bezahlt worden. Aus Budgetpositionen resultiere somit eine Schuld der Beklagten gegenüber der Klä- gerin in der Höhe von CHF 2'492'405.85 (exkl. MWST), die anerkannt worden sei und sich wie folgt zusammensetze (act. 1 Rz. 528 ff.; act. 28 Rz. 2378 ff.):

- 86 - Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass nur Regieleistungen für Dritte unter die Budgetpositionen zu subsumieren seien, was gemäss einer Zusammenstellung der I. _____ GmbH einem Umfang von CHF 1'144'399.81 entspreche (act. 9 Rz. 518). Alles andere falle unter die Komplettheitsklausel. Seit dem Sommer 2011 habe es zudem keine formalen Freigabe der Budgetliste mehr gegeben, was einem Anspruch ebenfalls entgegenstehe. Zudem stelle die Unterzeichnung einer Budgetliste ohnehin keine Schuldanererkennung dar, weshalb die Klägerin gehalten sei, ihre Regieleistungen detailliert zu substantiieren (act. 9 Rz. 501 ff.; act. 38 Rz. 2692 ff.).

E. 7.2

Vertragliche Grundlagen

E. 7.2.1

Optimierungs-, Risiko- und Budgetpositionen Baumeister Werkgruppenan- gebot Die Parteien haben in Beilage 2.2. zum Werkvertrag vom 25. November 2010 (Beilage Optimierungs-, Risiko- und Budgetpositionen Baumeister Werkgruppen- angebot vom 21. Mai 2010; act. 3/431) vereinbart, dass gewisse Arbeitsgattungen in Regie abzurechnen sind (sog. Budgetpositionen). Dabei handelt es sich um fol- gende Arbeitsgattungen:

- 87 - Diese Liste wurde um folgende Budgetpositionen ergänzt: 1901 Schneeräumung Installationsflächen; 1902 Winterbaumassnahmen an allen Wintertagen; 1903 Bauwasser bis Ende Rohbau 1; 1904 Baustrom bis Ende Rohbau 1; 1905 länge- res Vorhalten Kran mit Hakenhöhe bis 45m. Die Ergänzung ergibt sich einerseits aus den handschriftlichen Bemerkungen auf dem Dokument Optimierungs-, Risi- ko- und Budgetpositionen Baumeister-Werkgruppenangebot vom 21. Mai 2010 (act. 3/431) sowie aus sämtlichen in der Folge unterzeichneten Budgetlisten. Dies steht auch in Einklang mit Ziff. 10 der Zusatzbemerkungen zu den Generellen Be- dingungen – die ebenfalls Vertragsbestandteil bilden –, wonach Kosten für Bau- wasser, Baustrom und Schuttabfuhr bis zum Ende der Rohbauzeit 1 direkt begli- chen werden, wobei überdies zur Klarstellung handschriftlich noch Folgendes er- gänzt worden ist: "Als Budgetposition (offene Abrechnung)" (act. 3/33). Für die erwähnten Budgetpositionen war ein Betrag in Höhe von CHF 2'765'996.80 bereits im Werkpreis enthalten, wie bereits ausgeführt wurde (act. 1 Rz. 529 ff.; act. 9 Rz. 501 ff.; vgl. Ziff. 4 hiervor).

E. 7.2.2

Generelle Bedingungen Ziff. 3.12 der Generellen Bedingungen der Beklagten enthält folgende Bestimmung zu Regiearbeiten (act. 3/3 S. 3): "Regiearbeiten dürfen nur mit vorgängiger schriftlicher und rechtsgültig unterzeichneter Bewilligung des Bauherrn und nach vorgängiger gegenseitiger Vereinbarung eines Kostendachs ausgeführt werden, auch wenn sie vertraglich vereinbart wurden. Vorbehalten bleibt Art. 45 Abs. 2 SIA-Norm 118. Die Rapporte über Regiearbeiten sind dem Bauherrn spätestens am folgenden Arbeitstag zur Prüfung vorzulegen. Bei Verletzung dieser Vorschriften verliert der Unternehmer den Vergütungsanspruch." Diese Bestimmung wurde in der Folge durch die in der Rangfolge mit den Generellen Bedingungen gleichgesetzten Zusatzbemerkungen dahingehend ergänzt, dass die Regierapporte innerhalb der wöchentlichen Besprechungen verhandelt werden (vgl. act. 3/33 = act. 10/23). Andere Änderungen bzw. Ergänzungen gab es in diesem Zusammenhang nicht.

- 88 -

E. 7.3

Ablauf zur Erfassung der Regiearbeiten unter die Budgetpositionen

E. 7.3.1

Die Beklagte bringt verschiedentlich vor, dass die Regiearbeiten – unter Berufung auf Ziff. 3.12 der Generellen Bedingungen – nicht rechtsgültig beauftragt und freigegeben worden seien (beispielhaft act. 38 Rz. 2692). Zunächst ist zu prüfen, ob sich die Parteien anlässlich der 19. Baukoordinations-Sitzung vom 19. Januar 2011 auf ein von den Generellen Bedingungen abweichendes Verhalten geeinigt haben, wie die Klägerin dartut (act. 1 Rz. 66 ff.).

E. 7.3.2

Unter Ziff. 6.5.8 des betreffenden Protokolls wird folgendes ausgeführt (act. 3/136 S. 3): "A._____ [die Klägerin] hat ein Arbeitsblatt [act. 3/137] erstellt für den Ablauf Genehmigung Arbeiten aus Budgetliste (inkl. allg. Regie)- C._____ [die Beklagte] hat es gutgeheissen, es wird dem Protokoll beigelegt." Gemäss klägerischer Darstellung haben die Parteien dabei folgenden Ablauf zur Erfassung der Regiearbeiten unter die Budgetpositionen festgelegt (act. 1 Rz. 69 ff.; act. 28 Rz. 1703 ff.): – Erkenne der zuständige Polier der Klägerin, dass eine Arbeit nicht unter die Pauschale falle, sondern in Regie ausgeführt werde, fülle er eine entsprechende Formulartabelle aus, welche sodann durch den Bauleiter zu visieren sei (vgl. beispielhaft Tabelle "Auftragserteilung" act. 3/138). – Während der Ausführung der Regiearbeit führe der zuständige Polier die geleisteten Arbeiten in einem Arbeitsrapport nach und lege diesen der Bauleitung zur Unterzeichnung vor, worin der Aufwand festgehalten werde (vgl. beispielhaft Arbeitsrapport act. 3/139). – Sodann übertrage der zuständige Bauführer den in den Arbeitsrapporten festgehaltenen Aufwand und die dafür geschuldete Vergütung täglich in einen Regierapport und lasse diesen vom zuständigen Bauleiter unterzeichnen (vgl. beispielhaft Regierapport act. 3/140). Es bestehe insofern eine Besonderheit, als nicht nur die geleistete Arbeit, sondern auch die damit verbundenen Einheitspreise sowie die daraus resultierende Vergütung beziffert werde.

- 89 - – Schliesslich fasse der klägerische Projektleiter die Regierapporte monatlich in einer Budget-Auswertung für jede einzelne Budgetkategorie zusammen. Diese Auswertung liste chronologisch die ausgeführten Arbeiten, die damit verbundenen Regierapporte sowie die

daraus resultierende Vergütung auf (vgl. beispielhaft Budget-Auswertung act. 3/141). – Danach erstelle der klägerische Projektleiter anhand der Budget-Auswertungen eine sogenannte Budgetliste, welcher entnommen werden könne, ob und wieweit die vertraglich vereinbarten Budgetpositionen verbraucht beziehungsweise überschritten worden seien. Diese Liste weder monatlich aktualisiert und alsdann der Projekt-/Bauleitung der Beklagten zur Unterzeichnung zugestellt, wie dies im Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 1. März 2011 (act. 3/143) festgehalten sei. – Sofern die Budgetliste der Klägerin auf Ausmassen beruhe und es bei der Bereinigung dieser Ausmasse zu Abweichungen komme, würde ein zusätzliches Ausmass als inhaltliche Grundlage für die Budgetabrechnung verwendet. Diesfalls erfolge die „Prüfung und Freigabe“ der Budgetliste in einem zusätzlichen Schreiben (analog jenem der Beklagten an die Klägerin vom 1. März 2011).

E. 7.3.3

Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin dargelegten Ablauf nicht substantiiert. Die Parteien haben darin präzisierend und ergänzend festgelegt, wie die Regiearbeiten aus tatsächlicher Sicht zu genehmigen sind und wie sie unter die entsprechenden Budgetpositionen eingeordnet werden können (act. 9 Rz. 48). Ein Widerspruch zu den Voraussetzungen gemäss Ziff. 3.12 der Generellen Bedingung (Bewilligungspflicht, Formvorbehalt und Prüfungs- bzw. Genehmigungspflicht) kann darin nicht ausgemacht werden. Somit ist vom definierten Prozedere auszugehen.

E. 7.4

Unterzeichnung der Budgetliste als Schuldanerkennung

E. 7.4.1

Die Klägerin ist der Auffassung, mit der jeweiligen Unterzeichnung der Budgetliste habe die Beklagte eine Schuldanerkennung abgegeben (act. 1 Rz. 84 ff.; act. 28 Rz. 1594 ff.). Die Beklagte führt demgegenüber ins Feld, sie habe mit

- 90 - der Freigabe der Budgetlisten lediglich eine Wissenserklärung abgegeben, wonach die Abrechnung ihrer Sicht nach richtig erfolgt sei (act. 9 Rz. 125 ff.; act. 38 Rz. 2371 ff.)

E. 7.4.2

Mit einer Schuldanerkennung erklärt der Anerkennende dem Anerkennungsempfänger, dass ihm gegenüber eine Schuld besteht, es handelt sich mitunter um eine rechtsgeschäftliche Erklärung. Eine Schuldanerkennung bewirkt die Umkehr der Beweislast, unabhängig davon, ob sie abstrakt oder kausal ist. Der Gläubiger muss weder den Rechtsgrund seiner Forderung, noch die Verwirklichung anderer als der in der Urkunde aufgeführten Bedingungen beweisen. Es obliegt dem Schuldner, den angegebenen Schuldgrund zu entkräften (Urteil des Bundesgerichts 4C.433/1999 vom 22. Februar 2000 E. 3; KRAUSKOPF, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005, S. 178). Eine Schuldanerkennung hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den materiellen Bestand der schuldnerischen Verpflichtung. Der Schuldner kann sich grundsätzlich auf sämtliche Einreden und Einwendungen berufen, die sich gegen die anerkannte Schuld richten (BGE 131 III 268 E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.3; 4A_152/2013 vom 20. September 2013 E. 2.3; 4A_757/2011 vom 3. April 2012 E. 2.1; 4A_119/2010 vom 29. April 2010 E. 2.1). Nur ausnahmsweise ist mit der Schuldanerkennung eine

zusätzliche Abrede verbunden, dass der Schuldner bezüglich der anerkannten Schuld auf bestimmte Einreden verzichtet. Ein solcher Einredeverzicht ist nicht leichthin anzunehmen und muss eindeutig sein, da er für den Schuldner von grosser Tragweite ist (BGE 65 II 66 E. 8b S. 82). Die Beweislast für eine derartige Einredebefreiung trägt der Gläubiger (Urteile des Bundesgerichts 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.3; 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007 E. 6.3; 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.2).

E. 7.4.3

Ist zu prüfen, ob eine Erklärung eine Schuldanererkennung beinhaltet, wenn die Rechtsprechung auf deren Auslegung die Grundsätze an, die auch für die Auslegung von Verträgen gelten (Urteil des Bundesgerichts 4A_426/2013 vom 27. Januar 2014 E. 3.4.). Davon abzugrenzen ist der Fall, dass ein Schriftstück lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung als Beweismittel berücksichtigt wird in

- 91 - dem Sinn, dass es zusammen mit weiteren Umständen die Existenz der strittigen Forderung beweist (Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4). Da kein tatsächlicher Konsens vorliegt, sind die im Zusammenhang mit der Genehmigung abgegebenen Willenserklärungen so auszulegen, wie sie ihr Empfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste.

E. 7.4.4

Anlässlich der 19. Baukoordinationssitzung vom 19. Januar 2011 haben die Parteien einen Ablauf zur Prüfung und Freigabe des aktuellen Standes der Budgetpositionen festgelegt (vgl. Ziff. 7.3 hier vor). Der Unterzeichnung einer Budgetliste ging die Prüfung und Unterzeichnung der ihr zu Grunde liegenden Arbeits- und Regierapporthe sowie Budget-Auswertungen voraus. Dabei ist zu erwähnen, dass auf den Regierapporthen nicht nur die geleisteten Arbeiten, sondern auch die dafür geschuldete Vergütung ausgewiesen wurde, so dass eine betragsmässige Zusammenrechnung in der Budgetliste erfolgen konnte. Die Beklagte hatte die Möglichkeit, die einer solchen Budgetliste zu Grunde liegenden Unterlagen bzw. Regierapporthe einzusehen und zu prüfen. Etwas anderes behauptet sie nicht. Insgesamt unterzeichneten Bauleiter der Beklagten 25 solche Budgetlisten betreffend den Zeitraum vom 31. Dezember 2010 bis zum 31. Dezember 2012.

E. 7.4.5

Wie die Klägerin zu Recht folgert, macht die Festlegung eines entsprechenden monatlichen Ablaufs zur Prüfung und Freigabe der Budgetpositionen über eine derart lange Projektdauer nach Treu und Glauben nur Sinn, wenn am Ende anerkannte Forderungen vorliegen (act. 1 Rz. 85). Lediglich um Budgetpositionen aufzulisten, wie die Beklagte vorträgt (act. 9 Rz. 125), hätte es keiner "Prüfung und Freigabe" bedurft. In Übereinstimmung damit stehen auch die beklagten Ausführungen in den Schreiben vom 1. März 2011 [act. 3/143], vom 20. Mai 2011 [act. 29/513], vom 21. Juni 2011 [act. 29/514] und nochmals vom 21. Juni 2011 [act. 29/515]), wonach der Betrag auf der Budgetliste von den zur Verfügung stehenden Budgetpositionen gemäss Werkvertrag in Abzug gebracht würden und sowohl inhaltlich als auch rechnerisch geprüft und freigegeben werde.

- 92 -

E. 7.4.6

Die Unterzeichnung einer Budgetliste durfte die Klägerin nach Vertrauens- prinzip demnach als rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstehen, wonach sich die Beklagte nach Massgabe der Budgetliste (bzw. nach Massgabe der zugrunde liegenden Regieleistungen) verpflichtet (auch "konstitutive" Schuldanerkennung genannt; vgl. KRAUSKOPF, a.a.O., S. 171). Damit genügt die Klägerin ihren pro- zessualen Obliegenheiten, wenn sie sich auf die Budgetliste als Anerkennungs- schuld beruft. Dennoch steht es der Beklagten frei, Einwendungen und Einreden gegen die Regieleistungen vorzutragen, welche es nachfolgend zu würdigen gilt. Gleichwohl kommt der anerkannten Budgetliste insofern eine bereinigende Wir- kung zu, als die Parteien damit aufgrund der dargelegten Umstände umfangmäs- sig Unsicherheiten über geleistete Regiearbeiten ausgeräumt haben (KRAUSKOPF, a.a.O., S. 174).

E. 7.4.7

Daraus folgt, dass mit der Unterzeichnung der Budgetliste die Regiearbei- ten geprüft und genehmigt wurden und umfangmässig eine bereinigende Wirkung eingetreten ist.

E. 7.5

Verzicht auf Formvorbehalt? Entgegen der Klägerin (act. 1 Rz. 66 ff.) ist davon auszugehen, dass die in den Generellen Bedingungen vorbehaltene Form der Schriftlichkeit für Regiearbeiten nicht aufgehoben wurde, zumindest was die Prüfung- und Genehmigung der Budgetliste betrifft: Weder den Zusatzbemerkungen vom 8. November 2010 (act. 3/33), welche lediglich eine Ergänzung in zeitlicher Hinsicht darstellen, noch dem anlässlich der Baukoordinations-Sitzung vom 19. Januar 2011 festgelegten Ablauf (act. 3/137) kann solches entnommen werden. Dagegen wurde mit der Prüfung und der schriftlichen Genehmigung der Budgetliste durch konkludentes Handeln nachträglich auf die vorbehaltene Form bzw. auf den vereinbarten Ablauf hinsichtlich der Bewilligung (Ziff. 3.12 der Generellen Bedingungen) verzichtet, soweit dies die einzelnen zugrunde liegenden Regierapporte oder auch die Budget-Auswertungen betrifft, zumal die Beklagte diesbezüglich während der ge- samten Genehmigungsphase nie etwaige Beanstandungen angebracht hat (BGE 125 III 263 E. 4.c; Urteil des Bundesgerichts 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2).

- 93 -

E. 7.6

Genehmigung der Budgetliste durch die Gesamtprojektleitung?

E. 7.6.1

Die Beklagte stellt sich sodann auf den Standpunkt, dass eine Freigabe der Budgetliste durch die Gesamtprojektleitung (N._____ und Q._____) mit einem zu- sätzlichen Schreiben erforderlich gewesen wäre, was im Schreiben vom 1. März 2011 (act. 3/143) der Beklagten an die Klägerin festgehalten worden sei. Dies gel- te auch für den Fall, dass keine Ausmasse strittig seien (act. 9 Rz. 48 ff. und 117; act. 38 Rz. 2415).

E. 7.6.2

Im Schreiben vom 1. März 2011 wurde hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Aktualisierung der Budgetliste Folgendes festgehalten (act. 3/143): "Die Liste wird jeweils monatlich aktualisiert und entsprechend monatlich zur Prüfung und Freigabe eingereicht. Nach Prüfung durch C._____ AG wird im Rahmen der monatlichen Projekt- durchsprachen

diese [sic!] Aufstellungen verhandelt und visiert. Für den Fall, dass Ausmasse als Grundlage für die Budgetliste dienen, und es zwischen den Ausmassen der Firma A._____ und denen Kontrollausmassen der C._____ AG zu Abweichungen kommt, wird ein gemeinsam durchgeführtes zusätzliches Ausmass als inhaltliche Grundlage für die Budgetabrechnungen verwendet. Nach der erfolgten Prüfung der eingereichten Unterlagen und Verhandlung mit Fa. A._____ dazu erfolgt noch die formale schriftliche Freigabe durch C._____ AG an A._____ AG analog zu diesem Schreiben."

E. 7.6.3

Es ist unbestritten, dass in vier Fällen ein zusätzliches Schreiben seitens der Beklagten zur Freigabe der Budgetliste erfolgt ist, welches von N._____ und Q._____ (Gesamtprojektleitung) unterzeichnet wurde (act. 28 Rz. 37; act. 38 Rz. 87; vgl. die Schreiben vom 1. März 2011 [act. 3/143], vom 20. Mai 2011 [act. 29/513], vom 21. Juni 2011 [act. 29/514] und nochmals vom 21. Juni 2011 [act. 29/515]).

E. 7.6.4

Entgegen der Beklagten kann nicht geschlossen werden, dass eine Unterschrift der Gesamtprojektleitung für die Genehmigung der Budgetlisten in jedem

- 94 - Fall erforderlich war. Einerseits ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass sich das Erfordernis eines zusätzlichen Schreibens auf den Fall strittiger Ausmasse bezog, was sich aufgrund der systematischen Stellung des letzten Absatzes ergibt, der auf den Absatz zuvor betreffend strittige Ausmasse Bezug nimmt (act. 28 Rz. 37). Andererseits ist die klägerische Behauptung, wonach sich Q._____ und N._____ in einer späteren Phase nicht mehr hauptsächlich operativ um die Baustelle gekümmert haben und andere Bauleiter diese Aufgabe übernommen haben (insbesondere BF._____), von der Beklagten nicht substantiiert bestritten worden (act. 28 Rz. 37; act. 38 Rz. 87). Seit den letzten beiden Schreiben vom 21. Juni 2011 [act. 29/514; act. 29/515] wurden bis zuletzt am 31. Dezember 2012 monatlich Budgetlisten seitens der Beklagten vorbehaltlos (d.h. ohne ein zusätzliches Schreiben) unterzeichnet, unter anderem durch den beklagten Bauleiter BF._____ alleine (act. 28 S. 78 ff.; vgl. beispielhaft: act. 3/452; act. 3/450; act. 3/348; act. 3/446; act. 3/444; act. 3/442). Durch diese andauernde und unwidersprochen gebliebene Praxis wäre das Genehmigungsverfahren mit einem zusätzlichen Schreiben ohnehin stillschweigend ausgesetzt worden, selbst wenn es ursprünglich für sämtliche Budgetlisten angedacht gewesen wäre. Überdies läge auch eine Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht hinsichtlich der durch die einzelnen Bauleiter vorgenommenen Genehmigungen der Budgetlisten vor. Die Beklagte (insbesondere Q._____ und N._____) hätte(n) vom Umstand, dass BF._____ bzw. andere Bauleiter für sie zahlreiche Budgetlisten unterzeichneten, wissen müssen, zumal von der Beklagten nicht vorgebracht wird, die Parteien seien in grundsätzlicher Weise vom monatlichen Prüfungs- und Genehmigungsverfahren der einzelnen Budgetlisten abgewichen.

E. 7.6.5

Die Budgetlisten konnten damit rechtsgültig durch einen einzelnen Bauleiter der Beklagten geprüft und genehmigt werden. Eine Abweichung von der Vollmachtregelung gemäss der SIA-Norm 118 liegt damit nicht vor (vgl. Ziff. 5.7 hier- vor).

E. 7.7

Budgetpositionen auch für Eigenleistungen der Klägerin

E. 7.7.1

Ferner besteht ein Auslegungstreit zwischen den Parteien, ob die Budgetpositionen auch für Eigenleistungen der Klägerin gedacht sind. Die Beklagte ist

- 95 - der Auffassung, die Budgetpositionen seien ausschliesslich für Leistungen für Dritte vorgesehen gewesen. Leistungen für Dritte seien solche, welche vom Unternehmer für andere Subunternehmer einer Total- oder Generalunternehmerin erbracht würden. Aufgrund der Schwierigkeit, solche Leistungen für Dritte zu pauschalisieren bzw. abzuschätzen, sei vereinbart worden, diese in Regie bzw. nach Aufwand abzurechnen. Dementsprechend würden auch sämtliche Regiearbeiten für eigene Baumeisterarbeiten der Klägerin zu ihren Grundleistungen bzw. zur Pauschale gehören, womit eine Vergütung über die Werkpreispauschale hinaus zwingend ausser Betracht falle (act. 9 Rz. 40 ff.). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie sei berechtigt gewesen, sämtliche Budgetpositionen aufwandsbezogen abzurechnen (act. 28 Rz. 1551 ff.).

E. 7.7.2

Die Beklagte begründet ihre Auffassung im Wesentlichen damit, dass in den Leistungsverzeichnissen Budgetpositionen im Umfang von CHF 2'804'629.00 enthalten gewesen seien (gemäss Zusammenstellung der I._____ GmbH; act. 10/27), welche in der bereinigten klägerischen Offerte vom 21. Mai 2010 aber nur mit CHF 1'765'996.80 berücksichtigt worden seien (act. 10/15; act. 10/26). Bei der daraus resultierenden Differenz von CHF 1'038'632.20 handle es sich demgemäss um die für die eigene Leistungserbringung notwendigen Leistungen und Aufwände der Klägerin, welche Bestandteil der Werkpreispauschale von CHF 34'713'174.20.– gewesen seien. Die verbleibenden Budgetpositionen für Leistungen für Dritte in der Höhe von CHF 1'765'996.80 seien im Zuge der Schlussverhandlung handschriftlich nochmals um CHF 1'000'000.– auf CHF 2'765'996.80 erhöht worden (act. 9 Rz. 42 ff.).

E. 7.7.3

Ein tatsächlicher Konsens wird von den Parteien nicht behauptet, weshalb eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen hat: Zunächst gilt es festzuhalten, dass in den Vertragsdokumenten nirgends eine Beschränkung der Budgetpositionen auf Leistungen für Dritte zu finden ist (vgl. insbesondere Ziff. 3 des Werkvertrags vom 23. November 2010 [act. 3/2] wie auch die Beilage Optimierung-, Risiko- und Budgetpositionen Baumeister Werkgruppenangebot vom 21. Mai 2010 [act. 3/431]). Der Wortlaut spricht damit gegen das beklagtische Vertragsverständnis. Wenn die Budgetpositionen nur für Leistungen für Dritte vor-

- 96 - gesehen gewesen wären, fragt sich, weshalb dies nur für die in den Budgetpositionen aufgeführten Arbeitsgattungen gelten sollte. Es wurde mithin keine allgemeine Formulierung für Leistungen für Dritte gewählt, was ebenfalls nicht für die beklagtische Auslegungsvariante spricht. Vielmehr erscheint die klägerische Auslegungsvariante (act. 28 Rz. 1552) naheliegender und sachgerechter, wonach das mit den Budgetpositionen einhergehende Mengen- bzw. Aufwandrisiko in gewisser Masse begrenzt und auf die Beklagte übertragen werden sollte (als Korrekturfaktor zur Komplettheitsklausel). Dafür sprechen auch die Umstände hinsichtlich der Vertragsverhandlungen, in deren Zuge der Betrag von CHF 2'765'996.80 aus der Pauschale herausgelöst wurde, wobei auch eine Reduktion des Offertpreises von CHF 43'100'000.– (exkl. MWST) auf CHF 38'500'000.– (exkl. MWST; act. 29/1750; act. 29/1751) erfolgte. Auch die Überschrift

"Risikopositionen" auf der Budgetliste spricht dafür, dass es darum ging, das Mengen-/ bzw. Aufwandrisiko für die Klägerin zu begrenzen (act. 3/431). Wie die Bezeichnung "Budget" bereits impliziert, ist die Klägerin demnach auch berechtigt, eine Forderung aus Überschreitung des im Werkpreis enthaltenen Budgetbetrages von CHF 2'765'996.80 zu fordern, wie dies in den entsprechenden Budgetlisten ausgewiesen wurde (vgl. zuletzt act. 3/452). Zudem gilt es anzufügen, dass die Beklagte fast während der gesamten Projektphase klägerische Eigenleistungen bei der Prüfung der Budgetlisten genehmigt hat.

E. 7.7.4

Zusammenfassend ist dem klägerischen Vertragsverständnis zu folgen, wonach die Budgetpositionen auch Eigenleistungen der Klägerin umfasst haben.

E. 7.8

Regieleistungen durch Werkpreispauschale gedeckt?

E. 7.8.1

Die Beklagte bringt endlich vor, viele erbrachte Regieleistungen der Klägerin seien auch im Leistungsverzeichnis enthalten. Eine Entschädigung über die Werkpreispauschale hinaus sei aus diesem Grund nicht geschuldet (act. 38 Rz. 146 ff.).

E. 7.8.2

Die Beklagte nimmt dazu einen Abgleich zwischen den Regierapporten und den Leistungsverzeichnissen vor. Sie beschränkt sich dabei jedoch darauf, eine Zuordnung des einzelnen Regierapports zur Position im Leistungsverzeichnis zu

- 97 - behaupten. Eine genauere Umschreibung der entsprechenden Leistung erfolgt nicht. Da sowohl Regierapporte als auch die Positionen in den Leistungsverzeichnissen (sofern aufgrund der Komplettheitsklausel überhaupt vorhanden) teils diverse Leistungen ausweisen, wäre eine nähere und konkrete Umschreibung der einzelnen Leistung erforderlich gewesen, damit eine Übereinstimmung in einem Beweisverfahren überhaupt festgestellt werden könnte. Die beklagten Ausführungen erweisen sich somit als unsubstantiiert.

E. 7.8.3

In Erinnerung zu rufen gilt es zudem, dass der Unterzeichnung der Budgetliste bereinigende Wirkung hinsichtlich des Umfangs der geleisteten Regiearbeiten zukommt (vgl. Ziff. 7.4.6 hiervor).

E. 7.8.4

Schliesslich gilt es Folgendes zu beachten: Durch die Prüfung und Genehmigung der Budgetliste wurde zwischen den Parteien ein Konsens hinsichtlich der einzelnen Regieleistungen erzielt, sowohl bezüglich Notwendigkeit, Angemessenheit und Vergütungshöhe. Es obläge damit der Beklagten im Einzelnen darzutun, dass hinsichtlich der genehmigten Regieleistungen ein Willensmangel vorliegt. Die Beklagte beschränkt sich darauf, der Klägerin pauschal intransparentes Verhalten vorzuwerfen, womit eine absichtliche Täuschung bzw. eventualiter ein Grundlagenirrtum vorliege (vgl. beispielhaft act. 38 Rz. 159). Sie unterlässt es jedoch, hinsichtlich der jeweiligen Regiepositionen einen Willensmangel im Einzelnen darzutun. Im Übrigen müsste das Vorliegen eines Willensmangels angesichts der vorliegenden Umstände ohnehin verneint werden (es kann sinngemäss auf die Ausführungen in Ziff. 5.11 hiervor zu den Nachträgen verwiesen

werden).

E. 7.8.5

Damit kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Re- gieleistungen seien durch die Pauschale abgedeckt gewesen.

E. 7.9

Auswertung gemäss Budgetliste per 31. Dezember 2012 Die Budgetliste per 31. Januar 2013 (act. 3/454) wurde von der Beklagten nicht mehr unterzeichnet bzw. genehmigt (act. 38 Rz. 1455 ff.). Abzustellen gilt es auf die zuletzt durch den beklagtischen Bauleiter BF._____ unterzeichnete Budgetlis- te per 31. Dezember 2012 (act. 3/452). Folglich ist die Rechnung Nr. 422888 vom

- 98 -

E. 7.10

Geldkosten Keine der klägerischen Rechnungen im Zusammenhang mit der Überschreitung der Budgetpositionen wurde fristgerecht bezahlt, womit auf sämtlichen geschulde- ten Rechnungen noch der erfolgte Skontoabzug von 3% gemäss der klägerischen Berechnungsweise zu addieren ist (act. 1 Rz. 682 ff.). Auf der geschuldeten, aber bereits bezahlten Rechnung Nr. 422465 vom 16. Juli 2012 gilt es ebenfalls noch den Skontoabzug zu addieren. Verzugszins von 5% ist ab Datum der Klageeinlei- tung geschuldet.

E. 7.11

Zusammenfassung Quantitativ Aus dem Ausgeführten resultiert folgende Berechnung:
Überschreitung der Budgetpositio- nen Betrag 8% MWST Betrag Skonto Total CHF (exkl. CHF CHF (Inkl. CHF CHF (inkl. MWST, Ra- MWST) MWST und batt und Skonto)
Skonto) offene Rechnungen Rechnung Nr. 422566 vom 23. August 2012 471'562.85
37'725.03 509'287.88 15'751.17 525'039.05 Rechnung Nr. 422567 vom 23. August 2012
285'051.35 22'804.11 307'855.46 9'521.30 317'376.76 Rechnung Nr. 422630 vom 14.
September 2012 349'437.85 27'955.03 377'392.88 11'671.94 389'064.82 Rechnung Nr.
422631 vom 14. September 2012 380'092.25 30'407.38 410'499.63 12'695.86 423'195.49
Rechnung Nr. 422692 vom 8. Oktober 2012 326'372.95 26'109.84 352'482.79 10'901.53
363'384.32 Rechnung Nr. 422693 vom 8. Oktober 2012 180'240.00 14'419.20 194'659.20
6'020.39 200'679.59 Rechnung Nr. 422749 vom 9. November 2012 151'974.40 12'157.95
164'132.35 5'076.26 169'208.61 Rechnung Nr. 422810 vom 14. Dezember 2012 149'465.30
11'957.22 161'422.52 4'992.45 166'414.97 Rechnung Nr. 422811 vom 14. Dezember 2012
108'821.30 8'705.70 117'527.00 3'634.86 121'161.86 Rechnung Nr. 422859 vom 24. Januar
2013 34'083.90 2'726.71 36'810.61 1'138.47 37'949.08 Rechnung Nr. 422888 vom 7.
Februar 2013 0.00 0.00 0.00 0.00 0.00

- 99 - bezahlte Rechnung Rechnung Nr. 422465 vom 16. Juli 2012 3'201.58 3'201.58 Total
2'437'102.15 194'968.17 2'632'070.32 84'605.82 2'716'676.14

E. 7.12

Fazit Es resultiert ein total geschuldeter Betrag von CHF 2'716'676.14 (inkl. MWST) nebst Zins zu 5% seit 26. Februar 2014 (Datum Klageeinleitung) im Zusammen- hang mit der Überschreitung der vertraglichen Budgetpositionen.

E. 8

Mängel

E. 8.1

Schiefe Wand

E. 8.1.1

Im Abnahmeprotokoll vom 29. November 2013 wurde in Pos. 8 festgehalten, dass die "Aussenwand Ost gegen Silo schief betoniert" sei. Der Mangel sei durch die Klägerin zu erledigen und die Parteien würden eine Lösung über den Kostenteiler im Sinne einer Minderung suchen (act. 10/171). Gemäss der Beklagten rühre der Mangel daher, dass die Wand nicht masshaltig gebaut worden sei. Die Beklagte schätzt den Schaden auf CHF 25'000.– (act. 9 Rz. 928 ff.; act. 38 Rz. 2916 und 3022 ff.). Die Klägerin anerkennt zwar den Mangel, erachtet die Schätzung von CHF 25'000.– jedoch als unbelegt und unsubstantiiert (act. 28 Rz. 3099 ff.; act. 48 Rz. 153).

E. 8.1.2

Der klägerische Einwand der mangelnden Substantiierung ist berechtigt. Die Beklagte macht keine näheren Ausführungen zum Quantitativ bzw. zu ihrer "Schätzung". Sie legt auch nicht dar, dass eine nähere Bezifferung nach Art. 42 Abs. 2 OR unzumutbar wäre. Ein Anspruch steht ihr damit bezüglich der schiefen Wand nicht zu.

E. 8.2

Feuchtigkeitsschäden

E. 8.2.1

Die Beklagte beanstandete mit Mängelrüge vom 19. April 2013 Feuchte- und Wasserschäden an verschiedenen Wänden, so im Wandbereich des Neubaus West (act. 9 Rz. 932 ff.; act. 10/174). Die Beklagte machte in diesem Zu-

- 100 - sammenhang verschiedene Forderungen geltend (Feuchtigkeitsschaden CHF 1'000'000.–; Nachbesserungskosten CHF 930'960.–; Mangelfolgeschäden CHF 530'440.–; Nachbesserungskosten Zwischengeschoss CHF 153'755.28; act. 38 Rz. 2992 ff.).

E. 8.2.2

Am 8. bzw. 22. April 2016 haben die Parteien diesbezüglich eine aussergerichtliche Vereinbarung geschlossen (act. 47/1). In dieser haben die Parteien vereinbart, dass die Klägerin den Feuchtigkeitsschaden gegen eine zusätzliche Vergütung in der Höhe von insgesamt CHF 540'000.00 (inkl. MWST) während des Zeitraums vom 1. Oktober 2016 bis zum 28. Februar 2017 nachbessert (Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 6). Die Beklagte ist dabei ohne schriftliches Einverständnis der Klägerin nicht berechtigt, diese Zahlungsverpflichtung mit anderen Forderungen zur Verrechnung zu bringen (Ziff. 7). Umgekehrt ist die Klägerin verpflichtet, die von ihr in diesem Verfahren erhobene Forderungsklage nach vollständiger Bezahlung durch die Beklagte um CHF 540'000.00 (inkl. MWST) zu reduzieren (Ziff. 8). Eine entsprechende Klagesenkung ist erfolgt (vgl. Ziff. 1.3 hiervor). Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass sich die Parteien mit der aussergerichtlichen Vereinbarung vollständig hinsichtlich der Mängel geeinigt haben, was von der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 14. Juli 2016 im Rahmen ihres Replikrechts auch nicht weiter bestritten (act. 46 Rz. 132 ff. und 141 ff.; act. 50; vgl. auch Saldoklausel in Ziff. 10 der Vereinbarung) und durch die Eingabe vom 28. September 2017 bestätigt wird (act. 66). Folglich besteht auch keine Grundlage mehr für einen Rückbehalt (act. 38 Rz. 3019 ff.;

act. 46 Rz. 132 ff.).

E. 8.3

Fazit Die Forderung bezüglich der schiefen Wand erweist sich als unsubstantiiert. Die Feuchtigkeitsschäden sind durch die aussergerichtliche Vereinbarung hinfällig geworden.

E. 9

Widerklage

E. 9.1

Die Beklagte begründet ihre Widerklage mit Minderleistungen, den Mängeln (Feuchtigkeitsschaden und schiefe Wand), der Rückforderung von Krankos-

- 101 - ten und den Nachträgen "ausserhalb der Klageschrift" (act. 39 Rz. 2937 ff.). Sie errechnet demzufolge ein Guthaben von CHF 6'937'339.95 (inkl. MWST) zzgl. 5% Zins seit 27. Mai 2014 gemäss ihrer korrigierten Schlussrechnung vom 26. Mai 2014 (act. 10/95).

E. 9.2

Hinsichtlich der Minderleistungen und Krankosten kann auf Ziff. 4.2 hiervoor verwiesen werden.

E. 9.3

Hinsichtlich der Mängel kann auf Ziff. 8 hiervoor verwiesen werden. Hinsichtlich des Feuchtigkeitsschadens hat die Beklagte die Widerklage zurückgezogen.

E. 9.4

Nachträge ausserhalb der Klageschrift

E. 9.4.1

Die Beklagte fordert widerklageweise bereits bezahlte Nachträge betreffend Tiefbau von CHF 904'924.30 (exkl. MWST) und bereits bezahlte Nachträge betreffend Hochbau im Umfang von CHF 349'667.30 (exkl. MWST), d.h. insgesamt CHF 1'254'591.60 (exkl. MWST) gemäss Art. 63 Abs. 1 OR zurück. Sie beruft sich wiederum auf eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR sowie eventualiter auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 4 OR, womit sie einräumt, dass es zu einer konsensualen Einigung hinsichtlich der bezahlten Nachträge gekommen sei (act. 1 Rz. 831 ff.; act. 28 Rz. 2806 ff.; act. 38 Rz. 8214 ff. und 3049).

E. 9.4.2

Wie bereits ausgeführt, gelingt es der Beklagten nicht, sich mit Erfolg auf einen Willensmangel zu berufen (vgl. sinngemäss die Ausführungen in 5.11 Ziff. hiervoor). Eine Rückerstattung der entsprechend bezahlten Nachträge – die übrigens bis auf wenige Ausnahmen (act. 28 Rz. 2814, 2854, 2862 und 2879; zur Bedeutung dazu vgl. Ziff. 5.6.5 hiervoor) allesamt unterzeichnet wurden – kommt damit nicht Betracht.

E. 9.5

Fazit Es besteht folglich kein Saldo zugunsten der Beklagten gemäss ihrer eigenen Schlussrechnung, weshalb die Widerklage abzuweisen ist, sofern sie nicht zufolge Rückzugs teilweise als erledigt abzuschreiben ist (vgl. Art. 241 ZPO).

E. 10

Ergebnis Die Klägerin macht erfolgreich noch ausstehende Zahlungen für die Werkpreispauschale und die im Werkpreis inbegriffenen Budgetpositionen geltend. Obwohl die Parteien dem Grundsatz nach eine Komplettheitsklausel vereinbart haben, die sinngemäss sämtliche Leistungen für die Erstellung des Werkes abdeckt, gelingt es der Klägerin ungeachtet dessen, Forderungen für Nachträge geltend zu machen, die allesamt auf einer konsensualen Einigung der Parteien beruhen. Die Beklagte vermag dagegen keine Willensmängel genügend darzutun und kann sich auch nicht mit Erfolg auf die Vergütungsklausel berufen. Die Beklagte ist sodann gehalten, die von ihr anerkannten zusätzlich zu vergütenden Regiearbeiten zu bezahlen. Darüber hinaus besteht infolge der Komplettheitsklausel kein Anspruch auf Regiearbeiten, soweit nicht vertragliche Budgetpositionen betroffen sind. Zwar haben die Parteien dem Grundsatz nach einen Pauschalpreis mit Komplettheitsklausel vereinbart, dennoch waren die Budgetpositionen davon ausgenommen und mussten nach Regie abgerechnet werden. Zur Genehmigung der Regieleistungen wurde in Übereinstimmung mit den vertraglichen Grundlagen ein Ablauf definiert, der in der monatlichen Unterzeichnung der Budgetliste mündete, wobei die Beklagte mit deren Unterzeichnung eine Schuldanererkennung abgegeben hat, welcher umfangmässig bereinigende Wirkung zukommt. Somit macht die Klägerin zu Recht noch eine ausstehende Forderung aus der Überschreitung der vertraglichen Budgetpositionen geltend. Da sich die Parteien aussergerichtlich auf die Behebung der Mängel geeinigt haben, besteht diesbezüglich keine beklagliche Gegenforderung mehr. Auch gelingt es der Beklagten nicht, bereits bezahlte Rechnungen widerklageweise zurückzuverlangen. Somit resultiert folgendes Ergebnis:

- 103 - Ergebnis Total CHF (inkl. MWST, Verzugszins Erw. hier Skonto und aufgerechneter vor Verzugszins) Pauschale und im Werk- 2'052'758.45 5% auf 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017 4.9 preis inbegriffene Budgetpositionen Nachträge 1'402'187.35 5% auf 1'402'187.35 ab 26. Februar 2014 5.17 zusätzlich zu vergütende 85'124.99 5% auf 85'124.99 ab 26. Februar 2014 6.6 Regiearbeiten Überschreitung der ver- 2'716'676.14 5% auf 2'716'676.14 ab 26. Februar 2014 7.12 traglichen Budgetpositio- nen Total 6'256'746.93 5% auf CHF 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017 sowie auf CHF 4'203'988.48 ab dem 26. Februar 2014 Die Beklagte hat der Klägerin folglich CHF 6'256'746.93 (inkl. MWST) nebst Ver- zugszins zu 5% auf 2'024'146.29 ab dem 15. März 2017 sowie 5% auf CHF 4'203'988.48 ab dem 26. Februar 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Hauptklage abzuweisen. Die Widerklage ist abzuweisen, sofern sie nicht teilweise durch Rückzug erledigt abzuschreiben ist.

E. 11

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 11.1

Streitwert Gestützt auf Art. 94 Abs. 2 ZPO ist der Streitwert von Haupt- und Widerklage zusammenzurechnen, wenn sich die Begehren nicht gegenseitig ausschliessen. Vorliegend folgt aus der Gutheissung der Hauptklage die Abweisung der Widerklage, da kein Saldo zugunsten der Beklagten besteht. Damit bemisst sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren, womit ein Streitwert von CHF 7'882'360.39 resultiert (Art. 94 Abs. 1 ZPO).

E. 11.2

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m.

- 104 - § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des sehr grossen Zeitaufwandes des Falles (die Rechtsschriften umfassen insgesamt über 2700 Seiten; zwei erfolglos durchgeführte Vergleichsverhandlungen), ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf rund das Doppelte der Grundgebühr festzusetzen. Die beidseits erfolgten Klagesenkungen führten nicht zu weniger Aufwand. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Gerichtsgebühr den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen. Die Beklagte hat folglich 9/10 und die Klägerin 1/10 der Gerichtskosten zu tragen. Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von CHF 100'000.– und die Beklagte einen von CHF 90'000.– geleistet. Beide Kostenvorschüsse sind zur Kostendeckung heranzuziehen (Art. 111 ZPO). Für ihren Anteil an den Prozesskosten hat die Klägerin CHF 20'000.– zu leisten. Von ihrem Vorschuss von CHF 100'000.– abgezogen verbleibt ein Betrag von CHF 80'000.–. In diesem Umfang ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

E. 11.3

Parteientschädigung Die Höhe der Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1-3 AnwGebV festzulegen und richtet sich ebenfalls nach dem Obsiegen und Unterliegen. Auch diesbezüglich rechtfertigt sich aufgrund des sehr grossen Aufwandes eine Verdoppelung. Die Beklagte hat der Klägerin folglich eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 144'000.– auszurichten. Mangels Begründung bleibt die Mehrwertsteuer unberücksichtigt (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Das Handelsgericht beschliesst:

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