

ZH_HANDELSGERICHT HG140147 vom 15. November 2019

Zh Handelsgericht, 2019-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140147

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140147 du 15 novembre 2019

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140147 del 15 novembre 2019

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Bestand KB 2 / GSA (act. 4/66; act. 4/68) 1'534.95 1'534.95 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); Briefkastenanlage (act. 4/69) 2'177.10 2'177.10 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); LCD Monitor (act. 4/70) 3'048.00 3'048.00 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); AC._____ Schrank (act. 4/71) 3'370.10 0.00 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); Notlicht Bestand (act. 4/72) 18'163.50 18'163.50 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); USV AA._____ Lift (act. 4/73) 3'714.90 0.00 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); Aussensprechstelle ... & 270 (act. 4/74) 4'052.85 0.00 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); AD._____ Storensteuerung (act. 4/75) 13'726.20 0.00 Rechnung Nr. 130756 vom 9. April 2013 (act. 4/77); Türe FG.E0.03.01 / EK.E0.00.02 / RWA Türen (act. 4/76) 15'831.60 0.00 Zwischentotal TO 1.1 W._____ -Lager 1 / W._____ -Lager 2 / Flaschengeschäft 94'031.65 49'663.50

- 88 -

E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit In Ziff. 9 der Generellen Bedingungen der Beklagten, welche einen integrierenden Bestandteil des Werkvertrages bilden (vgl. act. 4/1 S. 2 ff.; act. 16/16), haben die Parteien Zürich als Gerichtsstand festgelegt. Die örtlich Zuständigkeit ist damit nach Art. 17 ZPO gegeben. Dies wird von der Beklagten denn auch nicht bestritten (vgl. act. 14 Rz. 63).

E. 1.1.2

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. 1.2

Erschliessung Kunst 40'384.45 40'384.45

E. 1.3

Neubau ... / AE._____ 357'297.35 377'575.10

E. 1.3.1

Klageänderung Die Klägerin konkretisierte mit der Replik ihr Rechtsbegehren gemäss Hauptklage mit mehreren Eventual- bzw. Subeventualbegehren (vgl. act. 47 S. 2).

- 15 - Als Klageänderung gilt die inhaltliche Änderung des Streitgegenstandes nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Sie kann bei nicht individualisierten Ansprüchen (wie Geldforderungen) in der Änderung des Rechtsbegehrens und / oder des Klagefundamentes, d.h. des Lebenssachverhaltes, bestehen. Unter dem Lebenssachverhalt ist der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchem die Klage abgeleitet wird. Keine Klageänderung liegt dagegen vor, wenn gestützt auf die vorgetragenen Tatsachen ein neuer Rechtsgrund geltend gemacht wird, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat und an eine unrichtige Begründung nicht gebunden ist ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Keine Klageänderung liegt damit bspw. vor, wenn die klagende Partei ihre in unveränderter Höhe erhobene Schadenersatzklage zunächst mit vertraglicher und später mit ausservertraglicher Haftung begründet. Ebenfalls keine Klageänderung liegt vor, wenn die klagende Partei gestützt auf den gleichen Lebensvorgang und ohne Erhöhung des Rechtsbegehrens neben Schadenersatz nachträglich einen Genugtuungsanspruch geltend macht (KILLIAS, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 227 N. 8 f.; WILLISEGGER [Hrsg.], in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 227 N. 14 ff. sowie N. 23; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., 2016, Art. 227 N. 3 ff.). Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO), oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Regeln über die Klageänderung finden auch Anwendung auf die Widerklage bzw. die Widerklageänderung (vgl. dazu: PAHUD, a.a.O., Art. 227 N. 5). Da die Klägerin mit der Replik ihr Rechtsbegehren gemäss Hauptklage anpasste bzw. mit mehreren Eventual- bzw. Subeventualbegehren konkretisierte, liegt eine Klageänderung vor. Da der geänderte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart (ordentliches Verfahren) zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht, ist diese zulässig.

- 16 -

E. 1.3.2

Widerklageänderung(en) Die Beklagte passte mit der Widerklagereplik ihr Rechtsbegehren gemäss Widerklage an. Anstelle des bisherigen Betrages von CHF 5'560'456.13 (inkl. MWST) zuzüglich 5 % Zins seit 11. November 2014 fordert die Beklagte widerklageweise neu den Betrag von CHF 5'644'290.35 (inkl. MWST) zuzüglich 5 % Zins seit 28. November 2014 (vgl. act. 51 S. 3; act. 14 S. 5). Zur Begründung führt die Beklagte aus, in der Klageantwort und Widerklage vom 28. November 2016 habe sie die Minderleistungen mit CHF 563'307.35 (inkl. MWST) beziffert. Nun habe sie die Minderleistungen sowie deren Umfang jedoch nochmals im Detail geprüft und festgestellt, dass sich diese auf CHF 647'141.55 (inkl. MWST) belaufen würden. Diesbezüglich erfolge somit eine Änderung im Rahmen der Widerklagereplik, indem der effektive Minderpreis von insgesamt CHF 647'141.55 (inkl. MWST) berücksichtigt, vom Werkpreis in Abzug gebracht und damit zurückgefordert werde. Die Widerklageforderung erhöhe sich damit um CHF 83'834.20 (inkl. MWST). Bei den dargelegten Forderungen sei die Konnexität der Ansprüche

gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zu bejahen. Vorliegend erfol- ge durch die korrekte Berücksichtigung der entstandenen Minderleistungen um CHF 83'834.20 (inkl. MWST) eine Erhöhung der Streitsumme im Rahmen der Wi- derklageänderung. Die Voraussetzungen des sachlichen Zusammenhangs bzw. der Konnexität und der gleichen Verfahrensart seien damit unbestrittenermassen erfüllt (act. 51 Rz.14 f.). Nicht strittig ist, dass hinsichtlich der ziffernmässigen Erhöhung der Widerklage- summe um CHF 83'834.20 (inkl. MWST) eine Widerklageänderung vorliegt (act. 51 Rz. 14; act. 65 Rz. 19 ff.). Diese ziffernmässige Änderung resultiert aus einer Anpassung der geltend gemachten strittigen Minderleistungen. Der geän- derte bzw. erhöhte Anspruch ist nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen und steht mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang. Demnach ist diese Widerklageänderung zulässig (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Dies wird von der Klägerin denn grundsätzlich auch nicht bestritten.

- 17 - Strittig ist dagegen, ob neu eine objektive Klagenhäufung und damit eine zusätzli- che Widerklageänderung vorliegt, deren Zulässigkeit es zu prüfen gilt. So bringt die Klägerin vor, neben der Änderung des beklagtischen Widerklagebegehrens in ziffernmässiger Hinsicht ändere die Beklagte ihre Widerklage auch inhaltlich. Es sei unstrittig, dass die Beklagte ihren Anspruch in der Widerklagebegründung ein- zig auf Art. 62 f. OR gestützt habe. Mit der Widerklagereplik werde nun die Wider- klage in einem Teil neu auf Vertrag gestützt. Neu liege eine objektive Klagenhäu- fung und damit auch eine Klageänderung vor. Der eine Lebenssachverhalt sei ein angeblicher Bereicherungsanspruch infolge Täuschung bzw. Irrtum, während der andere ein angeblicher Rückforderungsanspruch gestützt auf einen Vertrag sei. Das führe zu einer massiven Verkomplizierung des Verfahrens und einem hohen Mehraufwand, der primär der Verzögerung der Hauptklage diene. Ein "sachlicher Zusammenhang" im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO sei nicht mehr zu erken- nen. Die Beklagte mache nicht ansatzweise geänderte Umstände, Zeitabläufe oder sonstige externe Faktoren geltend, sondern klage aus einer taktischen Lau- ne heraus in geänderter Form. Entsprechend sei die Klageänderung nicht zuzu- lassen und auf die geänderte Widerklage im Umfang von CHF 2'389'933.63 nicht einzutreten; im übrigen Umfang von CHF 3'254'356.72 sei sie abzuweisen (act. 65 S. 2 sowie Rz. 19 ff.). In der Tat macht die Beklagte neu unter dem Haupttitel "Vertragliche Rückerstat- tungsansprüche" einerseits Rückerstattungsansprüche aus Abrechnungsverhält- nis (Budgetpositionen, Minderleistungen, abgegrenzte Leistungen) sowie Rücker- stattungsansprüche aus Schuldanerkennung geltend. Aus dem Abrechnungsver- hältnis verlangt die Beklagte für angeblich zu viel geleistete Akontozahlungen wi- derklageweise CHF 1'457'492.33 (inkl. MWST) zurück, worunter auch der um CHF 83'834.20 (inkl. MWST) ziffernmässig erhöhte Anspruch aus strittigen Min- derleistungen fällt (act. 51 Rz. 361). Aus Schuldanerkennung macht die Beklagte widerklageweise CHF 932'441.30 (inkl. MWST) geltend (act. 51 Rz. 362 ff.). Ge- samthaft fordert die Beklagte somit unter dem Titel vertragliche Rückerstattungs- ansprüche den Betrag von CHF 2'389'933.63 (inkl. MWST) (act. 51 Rz. 369). Wei- ter fordert die Beklagte Rückerstattungsansprüche aus ungerechtfertigter Berei- cherung. Hinsichtlich der Bezahlung ungerechtfertigter Nachträge verlangt sie auf

- 18 - der Grundlage von Art. 63 Abs. 1 OR (infolge Berufung auf den Konformitätsvor- behalt, eventualiter Putativänderung, subeventualiter absichtliche Täuschung und subsubeventualiter Grundlagenirrtum) den Betrag von CHF 2'568'734.13 (inkl. MWST) (act. 51 Rz. 370 ff. sowie Rz. 386). Hinsichtlich der Bezahlung ungerech- fertigter Regien macht die Beklagte ebenfalls auf der Grundlage von Art. 63 Abs. 1 OR (wiederum infolge

Berufung auf den Konformitätsvorbehalt, eventualiter Putativänderung, subeventualiter absichtliche Täuschung und subsubeventualiter Grundlagenirrtum) den Betrag von CHF 687'381.70 (inkl. MWST) geltend (act. 51 Rz. 387 ff. sowie Rz. 402). Unter dem Titel Rückerstattungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangt die Beklagte somit total CHF 3'256'115.83 (inkl. MWST). Gesamthaft errechnet sich gestützt auf diese Einzelbeträge ein Quantitativ von total CHF 5'646'049.46 (inkl. MWST). Wie die Klägerin zu Recht ausführt (act. 65 Rz. 22), macht die Beklagte mit ihrem Rechtsbegehren gemäss Widerklagereplik jedoch lediglich einen Betrag von CHF 5'644'290.35 geltend (act. 51 S. 3). Auf diese Differenz ist die Beklagte zu behaften. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob hinsichtlich der bereits beschriebenen inhaltlichen Anpassung der Widerklage, mit welcher die Beklagte einen Betrag von CHF 2'389'933.63 (inkl. MWST) neu unter dem Titel vertragliche Rückerstattungsansprüche geltend macht – anstatt wie ursprünglich auf der Grundlage von Art. 62 ff. OR – nun von zwei unterschiedlichen Lebenssachverhalten auszugehen ist, wie dies die Klägerin behauptet, oder ob die Beklagte gestützt auf den gleichen (ursprünglichen) Lebenssachverhalt lediglich ihre rechtliche Begründung angepasst hat. Wie bereits ausgeführt (siehe oben), ist unter Lebenssachverhalt der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchem die Klage abgeleitet wird. Bei nicht individualisierenden Rechtsbegehren ist der Lebenssachverhalt, d.h. das Tatsachenfundament, auf das sich das Rechtsbegehren stützt, heranzuziehen. Dieser gibt Aufschluss darüber, ob es beim fraglichen Rechtsbegehren um einen einzelnen Streitgegenstand geht oder – wenn auch zusammengefasst in einem Rechtsbegehren – mehrere Streitgegenstände zur Beurteilung vorgelegt werden (BGE 142 III 683 E. 5.3.1).

- 19 - Das beklagte Widerklagebegehren lautet auf die Bezahlung einer Geldforderung und ist demnach nicht individualisierend. Die Beklagte äussert sich nicht eindeutig zur Frage, auf welchen bzw. welche Lebenssachverhalt(e) sie ihre Widerklage genau stützt. Zu beachten gilt es jedoch, dass die Beklagte sowohl die Budgetpositionen, Minderleistungen und abgegrenzten Leistungen als auch die Rückerstattungsansprüche aus Schuldanererkennung von CHF 932'441.30 (inkl. MWST), welche gesamthaft neu als vertragliche Rückerstattungsansprüche qualifiziert werden (zumindest dem Grundsatz nach), bereits in der Widerklage abgehandelt und dort gestützt auf Art. 62 ff. OR eingefordert hat (act. 14 Rz. 32, Rz. 682, Rz. 683, Rz. 929, Rz. 935 ff. sowie Rz. 946; act. 16/245). Es ist demnach – entgegen den klägerischen Behauptungen in der Widerklageduplik – nicht so, dass die Beklagte "auf fast 100 Seiten" neuen Prozessstoff ausgebreitet hätte, "um den neu auf Vertrag gestützten Widerklageanspruch ansatzweise zu begründen" (vgl. act. 65 Rz. 32 ff.). Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte gestützt auf den gleichen (ursprünglichen Lebenssachverhalt), nämlich die Rückforderung von bezahlten Geldleistungen für die Erbringung bzw. vermeintliche Erbringung von Elektroinstallationsarbeiten im streitgegenständlichen Projekt F.____-Areal seitens der Klägerin, die rechtliche Begründung angepasst und mit der Klage ursprünglich gestützt auf Art. 62 ff. OR eingeforderte Rückforderungsansprüche neu gestützt auf Vertrag geltend macht. Demnach liegt – mit Ausnahme der bereits abgehandelten ziffernmässigen Anpassung – keine (weitere) Widerklageänderung vor. Selbst wenn man jedoch – entgegen diesen Ausführungen – davon ausgehen würde, dass neu zwei unterschiedliche Lebenssachverhalte vorliegen würden bzw. dass neu ein Lebenssachverhalt in einem angeblichen Bereicherungsanspruch infolge Täuschung bzw. Irrtum zu erblicken wäre, während es sich beim anderen Lebenssachverhalt um einen angeblichen Rückforderungsanspruch gestützt auf einen Vertrag handle, wie dies die Klägerin

behauptet (vgl. act. 65 Rz. 27), mit anderen Worten eine objektive Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 lit. a ZPO vorliegen würde, könnte das Vorgehen der Beklagten aus formeller Sicht nicht beanstandet werden. So ist eine (Widerklage-)änderung dann zulässig, wenn die Konnexität objektiv gegeben ist, d.h. wenn der geänderte oder der neue

- 20 - Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Sachzusammenhang ist dann zu bejahen, wenn die beiden prozessualen Ansprüche dem gleichen oder benachbarten Lebensvorgang entstammen. Sofern die prozessualen Ansprüche lediglich benachbarten Lebensvorgängen entstammen, mithin auf verschiedenen Clustern im Sachverhalt beruhen, müssen sich die Lebensvorgänge immerhin berühren und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen, um noch konnex zu sein. Das Konnexitätserfordernis eröffnet hier einen gewissen Entscheidungsspielraum. Hilfsweise ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen, inwieweit sich die Änderung auf die Rechtsstellung der Beklagten auswirkt und ob der bisherige Prozessstoff der Klage bzw. Widerklage nach der Änderung verwertbar bleibt (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N. 28 ff.). Wie bereits ausgeführt, haben sowohl der angebliche Bereicherungsanspruch infolge Täuschung bzw. Irrtum, als auch der angebliche Rückforderungsanspruch gestützt auf Vertrag, ihren Ursprung in der zwischen den Parteien vertraglich vereinbarten Erbringung von Elektroinstallationsarbeiten im streitgegenständlichen Projekt F. _____-Areal. Somit berühren sich die beiden Ansprüche bzw. entstammen diese (zumindest) benachbarten Lebenssachverhalten. Hinzu tritt, dass der bisherige Prozessstoff – entgegen den Ausführungen der Klägerin (vgl. act. 65 Rz. 35) – grundsätzlich weiterhin verwertbar bleibt. Es ist zudem auch nicht so, dass die Beklagte den Prozessstoff signifikant erweitert hätte. Vielmehr hat die Beklagte die neu als vertraglich qualifizierten Rückerstattungsansprüche – wie bereits ausgeführt (siehe oben) – bereits in der Widerklagebegründung abgehandelt und dort gestützt auf Art. 62 ff. OR eingefordert. Es ist demnach nicht ersichtlich, inwiefern der Klägerin ein Nachteil erwachsen sollte, welcher stärker zu gewichten wäre als die Prozessökonomie. Daran ändert auch nichts, dass vorliegend eine allfällige Widerklageänderung zur Diskussion steht und nicht eine Klageänderung. Selbst wenn vorliegend somit eine (weitere) Widerklageänderung vorliegen würde, wäre diese aufgrund des gegebenen sachlichen Zusammenhanges sowie der gleichen anwendbaren Verfahrensart gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig.

- 21 -

E. 1.4

Aufstockung Kunst 17'280.00 17'280.00

E. 1.5

Klagerreduktion durch Teilanerkennung? Die Klägerin verlangt eventualiter, es sei von der Anerkennung der Klage im Umfang von CHF 310'838.28 Vormerk zu nehmen. Subeventualiter sei von der Anerkennung im Umfang von CHF 240'327.40 Vormerk zu nehmen (vgl. act. 47 S. 2). Wie bereits ausgeführt (siehe oben), ist auch eine teilweise Klageanerkennung, d.h. eine Anerkennung, die sich nur auf einen Teil des Rechtsbegehrens bezieht, möglich. Diesfalls hat die Anerkennung für den von der Anerkennung erfassten Teil des Rechtsbegehrens die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids und das Gericht muss nur noch über den verbleibenden Teil des Rechtsbegehrens entscheiden. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, liegt dergleichen – entgegen den Behauptungen der Klägerin (act. 33 Rz. 10; act. 47 Rz. 17, Rz. 796 sowie Rz. 1222) – vorliegend nicht vor.

Obwohl die Beklagte in der Klageantwort teilweise von "berechtigten" Forderungen bzw. Beträgen spricht (vgl. act. 14 Rz. 874 sowie Rz. 928) und in der Duplik ausführt, sie "anerkennt" Nachträge im Umfang von CHF 238'981.16 an (act. 51 Rz. 25), anerkennt diese nicht etwa, wie es für eine teilweise Klageanerkennung erforderlich wäre, einen Teil des klägerischen Rechtsbegehrens an, sondern sie beantragt vielmehr mit ihrem Hauptantrag ausdrücklich – sowohl mit der Klageantwort, als auch mit der Duplik – die vollumfängliche Abweisung der Klage. Hinzu tritt, dass es an einer klaren, bedingungslosen und zweifelsfreien Parteierklärung seitens der Beklagten fehlt. So sind die von der Beklagten als "berechtigt" bzw. als "anerkannt" bezeichneten Beträge letztlich doch nur als Eventual- bzw.

- 24 - Subeventualbegründungen zu verstehen. Anderes bringt die Beklagte nicht substantiiert und widerspruchsfrei vor. Zusammenfassend liegen demnach mangels konkretem Bezug zum klägerischen Rechtsbegehren sowie mangels klarer, bedingungsloser und zweifelsfreier Parteierklärung seitens der Beklagten keine teilweisen Klageanerkennungen vor. Vielmehr haben die von der Beklagten genannten Beträge prozessual als nicht bestritten zu gelten.

E. 1.6

Nachklagevorbehalt Die Beklagte hat ihre Widerklage unter dem Vorbehalt der Nachklage erhoben (vgl. Rechtsbegehren Widerklage Ziffer 2; act. 51 S. 3). Nach der Dispositionsmaxime steht es den Parteien frei, lediglich einen Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen (vgl. Art. 86 ZPO). Dem Urteil über die Teilklage kommt indessen grundsätzlich nur materielle Rechtskraft mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch zu (vgl. BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., 2016, Art. 86 N. 10 f.); eines Nachklagevorbehaltes bedarf es nicht. Auf Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Widerklage ist somit mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

E. 1.7

Fazit Abgesehen von Rechtsbegehren Widerklage Ziffer 2, auf welches mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist, erweisen sich die übrigen Prozessvoraussetzungen als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage und (im verbleibenden Umfang) auf die Widerklage einzutreten.

- 25 -

E. 2

Werkpreis - mit der dazugehörigen Beilage Auftragsbestätigung/Werkvertrag vom 4. August 2011 (act. 16/13)

E. 2.1

/ Türverkabelung BHG (act. 16/111; act. 16/112) 0.00 0.00 Rechnung Nr. 122293 vom 20. September 2012 (act. 4/119); BHG Kältemaschine (act. 48/391) 5'107.00 0.00
Sammelrechnung Nr. 140338 betr. Teilprojekt 2.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/44); MK
H._____-Hauptgebäude (act. 4/120) 152'280.00 0.00 Zwischentotal TO 2.1
H._____-Hauptgebäude 157'387.00 0.00

- 90 -

E. 2.2

Hochhausmitte 1'550'203.35 1'553'238.20

E. 2.3

Neubau ... 0.00 0.00

E. 2.4

I. _____ 0.00 0.00

E. 2.5

Tiefgarage (act. 4/217), sowie die Nachtragsofferte Nr. 131686 in Höhe von CHF 122'040.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 4.1 G. _____-Hallen (act. 4/233), wovon jedoch lediglich noch CHF 4'998.70 geltend gemacht werden (vgl. act. 47 Rz. 335 ff. sowie Rz. 762). Eine unterschriftliche Genehmigung der besagten 7 Mehrkosten-Nachtragsofferten durch die Beklagte erfolgte (unbestrit- tenerweise) nie. Andererseits beruft sich die Klägerin hinsichtlich der besagten Mehrkosten- Forderungen im Gesamtumfang von CHF 852'798.70 jedoch (sinngemäss) auch auf Bauablaufstörungen, welche aufgrund des "chaotischen Bauablaufs" im Pro- jekt F. _____-Areal entstanden seien. So habe die Beklagte im Verfahren gegen die E. _____ den chaotischen Bauablauf selbst zugegeben. Es gehöre jedoch zu den Pflichten der Beklagten als Bestellerin, für die rechtzeitige Koordination der Arbeiten aller am Bauwerk beteiligten Unternehmer besorgt zu sein (Art. 34 Abs. 3 SIA-Norm 118). Nach Art. 94 Abs. 1 SIA-Norm 118 und dem Marginal die- ser Bestimmung gehöre es zu den Pflichten (und nicht etwa Obliegenheiten) der Bestellerin, die Ausführungsunterlagen dem Unternehmer so frühzeitig zur Verfü- gung zu stellen, dass dieser die vertraglichen Fristen einhalten könne. In erster Linie gehe es nicht um einen Annahmeverzug des Gläubigers, sondern um die

- 80 - Verletzung einer vertraglichen Pflicht der Beklagten als Bestellerin. Es gehöre zu den vertraglichen Pflichten der Beklagten, ein Terminprogramm zu erstellen. Da die Beklagte dies anerkanntermassen nicht getan habe, habe sie elementare ver- tragliche Pflichten verletzt (act. 47 Rz. 324 ff.). Die Verletzung vertraglicher Pflich- ten führe zu Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR. An dieser dogmatischen Ein- stufung ändere sich nichts, wenn die Schadenersatzforderung in die Form eines "Nachtrages" gekleidet werde. Im Übrigen führe es zum selben Resultat, wenn man den Anspruch auf Art. 58 der SIA-Norm 118 stütze, was hiermit eventualiter erfolge. Es liege in der Natur der Sache, dass ein derartiger Schaden nur ge- schätzt werden könne. Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR sei der nicht bezifferbare Schaden vom Richter ermessensweise zu schätzen. Anders als im Rahmen der Behandlung des Annahmeverzuges gehe es nicht um eine "sinngemässe" An- wendung von Art. 42 Abs. 2 OR, sondern um eine direkte. Anders als im Annah- meverzug müsse im Falle der hier gegebenen positiven Vertragsverletzung die Klägerin zudem weder ihre Leistungsbereitschaft anzeigen noch den Besteller in Verzug setzen. Die Pflichtverletzung per se begründe den Schadenersatzan- spruch (act. 47 Rz. 333 ff.). Selbst wenn man eventualiter nicht von einer Pflicht- verletzung im engeren Sinne seitens der Beklagten ausgehen würde, sondern von einem Annahmeverzug, würde dies zum selben Resultat führen. Auch diese Form der Rechtsverletzung führe gestützt auf Art. 374 OR zu einem Anspruch, wobei ebenfalls Art. 42 Abs. 2 OR anwendbar sei (act. 47 Rz. 367).

E. 3

Vergütung von Regiearbeiten

E. 3.1

Allgemeine Kosten 65'769.20 64'210.70

E. 3.2

Umgebung Gesamtareal 0.00 0.00

E. 4

Ausführungsfristen und Termine

E. 4.1

G._____-Halle 4'998.70 4'998.70

E. 4.2

K._____-Museum 36'659.45 64'797.55

E. 4.3

Minderleistungen Die Beklagte macht weiter diverse strittige Minderleistungen im Umfang von insgesamt CHF 647'141.55 (inkl. MWST) geltend. Zur Begründung führt sie aus, aufgrund diverser Projektänderungen sowie den damit im Zusammenhang stehenden Nachträgen habe die Klägerin vereinbarte Positionen im Werkvertrag

- 30 - nicht ausführen müssen. So wie die Klägerin Anspruch auf Vergütung einer von ihr erbrachten Zusatzleistung in Form eines Nachtrags habe, habe die Beklagte einen Anspruch auf Reduktion der Werkpreispauschale, wenn eine im Werkvertrag enthaltene Position nicht ausgeführt werde. Es liege dann eine Minderleistung der Klägerin vor, welche sie – ebenfalls in der Form von Nachträgen, nämlich Mindernachträgen – gegenüber der Beklagten ausweisen müsse und welche der Beklagten gutgeschrieben würden. Die Klägerin habe jedoch einen grossen Teil der Minderleistungen nicht ausgewiesen und damit der Beklagten auch nicht gutgeschrieben (act. 14 Rz. 929; act. 51 Rz. 44 ff. sowie Rz. 349). 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 und insbesondere 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 verzichtet in solchen Fällen auf Schadenersatz und Schadloshaltung (vgl. act. 16/16). Dazu gilt es jedoch Folgendes zu bemerken: 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. 16/16). 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.

- 31 - Sodann gilt es zu beachten, dass aufgrund des Pauschalvertrags mit Komplettheitsklausel Minderleistungen zu Gunsten der Beklagten nur zu berücksichtigen sind, wenn sie aus einer Projektänderung stammen. So stützt sich die Beklagte denn hinsichtlich der strittigen Minderleistungen auch ausschliesslich auf "diverse Projektänderungen sowie den damit im Zusammenhang stehenden Nachträgen" (act. 14 Rz. 929). Eine Projektänderung untersteht jedoch den Vorschriften gemäss Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen (Änderungen des Werkvertragsumfanges), wonach eine schriftliche Vereinbarung vorausgesetzt wird (vgl. zum Formvorbehalt und zur Vereinbarungsklausel Ziff. 5.4 und 5.6 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). Die Beklagte bringt hinsichtlich sämtlicher von ihr geltend gemachten Minderleistungen jedoch nie substantiiert vor, dass die Parteien einen Konsens erzielt hätten (vgl. act. 14 Rz. 929 ff.; act. 51 Rz. 45 ff.). Zudem liegen auch keine von den Parteien beidseitig unterzeichnete Dokumente vor. Die Voraussetzungen für eine Abänderung des Werkvertragsumfanges 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 Dritte nie förmlich angezeigt. Zudem ist bei den Einzelpositionen jeweils nicht ersichtlich, dass die Beklagte die Klägerin (hinsichtlich konkreter Leistungen) in Verzug gesetzt hätte. Hinzu tritt, dass die pauschalen Ausführungen der Beklagten hinsichtlich angeblicher Minderleistungen unsubstantiiert bleiben, worauf die Klägerin zu Recht hinweist (vgl. act. 65 Rz. 63). Insbesondere geht es nicht an, einerseits zu behaupten, der von der Beklagten beauftragte "Gutachter" Q._____ habe im streitrelevanten Zeitraum im Projekt F._____ -Areal "schlicht keine Rolle" gespielt (act. 51

- 32 - Rz. 427), um diesen andererseits als (einzigen) Zeugen hinsichtlich angeblicher Änderungen des Leistungsumfanges während der Bauphase zu offerieren (vgl. act. 51 Rz. 45 ff.). Zusammenfassend ist demnach kein Abzug für Minderleistungen im Umfang von CHF 647'141.55 (inkl. MWST) vorzunehmen.

E. 4.4

Ausgegliederte Leistungen Nicht strittig ist, dass die Parteien hinsichtlich der Teilobjekte 2.2 (Wohnhaus Mitte, Etagen 18, 19 und 20) und 2.4 (I._____) übereingekommen sind, gewisse im Werkvertrag vorgesehene, von der Klägerin aber noch nicht erbrachte Leistungen aus diesem auszugliedern und zum Gegenstand neuer Verträge zu machen. Als Stichtag wurde der 31. Dezember 2013 definiert (act. 1 Rz. 60; act. 14 Rz. 18; act. 47 Rz. 1216). Strittig ist dagegen die betragsmässige Höhe der ausgegliederten Leistungen. In diesem Zusammenhang verlangt die Beklagte einen Abzug vom pauschalen Werkpreis für das I._____ von CHF 68'080.50 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) und für das Wohnhaus Mitte von CHF 55'902.28 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto), was einen Gesamtbetrag von CHF 123'982.78 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) ergibt (act. 14 Rz. 683 ff.). Die Klägerin anerkennt für das I._____ einen Abzug von CHF 68'080.50 netto, im Übrigen

bestreitet sie jedoch die Herleitung und Berechnung durch die Beklagte (act. 47 Rz. 1217 ff.; act. 33 Rz. 143). Insbesondere die Berechnung der von der Beklagten geltend gemachten Summe von CHF 55'902.28 hinsichtlich dem Wohnhaus Mitte sei nicht nachvollziehbar, unsubstantiiert und werde bestritten. Für den Endausbau der Wohnungen ergebe sich ausgehend vom Bruttobetrag von CHF 25'000.– vielmehr ein Betrag von CHF 20'250.– (netto), welcher von der ursprünglichen Werkvertragssumme in Abzug zu bringen sei. Dieser Betrag von CHF 20'250.– netto werde anerkannt (act. 47 Rz. 1219). Strittig ist demnach nur noch die Höhe des (Rest-)Abzuges für den Endausbau des Wohnhauses Mitte (Etagen 18, 19 und 20).

- 33 - Wie die Klägerin zu Recht ausführt (vgl. act. 47 Rz. 1219), ist die Herleitung des von der Beklagten hinsichtlich des Endausbaus des Wohnhauses Mitte (Etagen 18, 19 und 20) geltend gemachten Betrages von CHF 55'902.28 unklar und bleibt unsubstantiiert. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern die angeblichen Minderleistungen von CHF 55'902.28 gestützt auf die von der Beklagten eingereichten Leistungsverzeichnisse erkennbar sein sollten bzw. worin der angeblich veranschlagte Betrag hinsichtlich der Rohreinlagen (18. bis 20. Etage) sowie der Kabelzüge (18. Etage), welcher der beigezogene "Gutachter" Q._____ in Abzug gebracht habe (vgl. dazu act. 14 Rz. 686), zu erblicken wäre. Vielmehr ergibt sich in diesem Zusammenhang bereits aus dem Protokoll vom 30. September 2014, dass die Parteien von einem Abgrenzungsbetrag für das Wohnhaus Mitte von CHF 25'000.– (exkl. MWST) und einem Abgrenzungsbetrag von CHF 84'302.64 (exkl. MWST) für das I._____ ausgegangen sind (vgl. act. 16/10 S. 2). Hinsichtlich dem I._____ ist demnach ein Abgrenzungsbetrag von CHF 25'000.– brutto bzw. CHF 20'250 netto (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) und hinsichtlich dem Wohnhaus Mitte von CHF 84'302.64 brutto bzw. CHF 68'080.50 netto (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) massgeblich. Insgesamt resultiert somit ein Betrag von CHF 88'330.50 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto), welcher von der Werkvertragspauschale von CHF 5'750'000.– (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) ausgegrenzt wurde und demnach davon in Abzug zu bringen ist. Somit resultiert ein für den Werkvertrag relevanter Preis von CHF 5'661'669.50 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto).

E. 4.5

Geleistete Zahlungen Die Klägerin macht geltend, die gesamte ursprüngliche Forderungssumme belaufe sich auf CHF 14'032'432.–. Davon seien durch Zahlungen sowie Verrechnungen und Storni CHF 11'133'211.25 getilgt (act. 1 Rz. 541). Die mit Bezug auf die Werkvertragspauschale bisher geleisteten Akonto-Zahlungen der Beklagten würden sich auf den Betrag von CHF 5'335'200.– (inkl. MWST) belaufen (vgl. act. 33 Rz. 873). Die Beklagte stellt sich in der Klageantwort und Widerklage auf den Standpunkt, sie habe der Klägerin insgesamt eine Vergütung von

- 34 - CHF 11'380'354.67 (inkl. MWST, Rabatt und Skonto) bezahlt (act. 14 Rz. 930). An anderer Stelle der Klageantwort und Widerklage führt die Beklagte jedoch abweichend davon aus, sie habe der Klägerin insgesamt eine Vergütung von CHF 11'477'951.62 (inkl. MWST) entrichtet (act. 14 Rz. 946; act. 16/245). Wie diese Differenz zu Stande kommt bzw. welcher der beiden von der Beklagten genannten Beträge richtig ist, erläutert diese nicht. Unabhängig davon führt die Beklagte aus, die Parteien hätten keinen Zahlungsplan vereinbart. Vielmehr habe ihr die Klägerin hinsichtlich der Werkvertragspauschale nach eigenem Gutdünken insgesamt 17 Akontozahlungsgesuche gestellt. Obwohl die klägerischen Akontozahlungsgesuche nicht den vereinbarten formellen Anforderungen

entsprochen hätten, sei der Beklagten aufgrund des Zeitdruckes nichts anderes übrig geblieben, als 16 Akontozahlungsgesuchen zu entsprechen. Die gestützt auf die klägerischen Akontozahlungsgesuche entfallenden Zahlungen würden sich auf einen Betrag von CHF 5'335'200.– belaufen (act. 14 Rz. 90 sowie Rz. 933). In der Duplik und Widerklagereplik bringt die Beklagte dagegen neu vor, der genannte Betrag von CHF 5'335'200.– stimme nicht, da sie die Akontorechnung vom 2. September 2012 in Höhe von CHF 388'800.– nicht in die Berechnung mit einbezogen habe und diese demnach im Endbetrag fehle. Insgesamt habe die Beklagte somit einen Gesamtbetrag an insgesamt 17 Akontozahlungen in der Höhe von CHF 5'724'000.– (inkl. MWST) geleistet (act. 51 Rz. 358 f.). Nicht strittig ist, dass die Beklagte der Klägerin hinsichtlich der Werkvertragspauschale (zumindest) 16 Akontozahlungsgesuche im Betrag von insgesamt CHF 5'335'200.– (inkl. MWST) bezahlt hat. Dies deckt sich im Übrigen mit den von der Beklagten eingereichten Akontozahlungsgesuchen der Klägerin und Belastungsanzeigen der R. _____ (vgl. act. 16/29; act. 16/30). Strittig ist dagegen, ob die von der Beklagten zusätzlich zu den 16 Akontozahlungen weiter geleistete Akontozahlung in Höhe von CHF 388'800.– ebenfalls der Werkvertragspauschale zuzurechnen ist, wie die Beklagte dies behauptet. Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten und hält fest, die von der Beklagten angegebene weitere Akonto-Zahlung über CHF 388'800.– habe mit der Werkvertragspauschale nichts zu tun gehabt. Vielmehr sei dies eine Akonto-Zahlung für Nachträge gewesen (act. 65 Rz. 230). In der Tat ist – entgegen den pauschalen und unsubstantiierten

- 35 - Ausführungen der Beklagten – nicht ersichtlich, inwiefern die von der Beklagten geleistete weitere Akonto-Zahlung von CHF 388'800.– der Werkvertragspauschale zugerechnet werden sollte. Insbesondere lässt sich der Belastungsanzeige der R. _____ vom 4. Oktober 2012 (act. 52/26), welche von der Beklagten diesbezüglich als einziges Beweismittel ins Recht gelegt wurde, nicht entnehmen, ob die geleistete Zahlung von CHF 388'800.– der Werkvertragspauschale zuzurechnen ist oder nicht. Zudem ist der beklagte Parteivortrag widersprüchlich. So führte die Beklagte in ihrer Klageantwort und Widerklage selbst aus, dass die Klägerin der Beklagten am 25. September 2012 ein Akontozahlungsgesuch mit Nr. 122304 in der Höhe von CHF 388'800.– (inkl. MWST) "für Nachträge" gestellt habe (act. 14 Rz. 872 ff.). Zudem enthält das genannte Akontozahlungsgesuch mit Nr. 122304 unter dem Titel "1. Akontozahlungsgesuch" den Vermerk "Zusammenstellung Nachtragsbestellungen" (act. 16/568). Zwar spricht die Klägerin in der Duplik und Widerklagereplik von einer Akontorechnung vom 2. September 2012 und nicht vom 25. September 2012. Aus der von der Beklagten zweimal als (identisches) Beweismittel eingereichten Ausführungsbestätigung der R. _____ (act. 16/569 sowie act. 52/26) geht jedoch hervor, dass die Beklagte sowohl in der Klageantwort und Widerklage als auch in der Duplik und Widerklagereplik die selbe Akontozahlung gemeint haben muss. Dieser Parteivortrag ist – worauf die Klägerin zu Recht hinweist (vgl. act. 65 Rz. 676 ff.) – in der Tat verwirrend und widersprüchlich. Zudem geht – worauf die Klägerin zu Recht hinweist (vgl. act. 65 Rz. 230) – auch aus dem klägerischen Auftrags-Controlling (act. 4/33) hervor, dass die strittige Akonto-Zahlung im Betrag von CHF 388'800.– für (diverse) Nachträge bestimmt war und nicht für die Werkvertragspauschale. Zusammenfassend ist demnach erstellt, dass die Beklagte hinsichtlich der Werkvertragspauschale 16 Akontozahlungsgesuche im Betrag von insgesamt CHF 5'335'200.– (inkl. MWST) bezahlt hat und nicht deren 17. Offen bleiben kann, ob das noch nicht bezahlte 17. Akontozahlungsgesuch vom 28. Mai 2013 (act. 4/40)

sowie die offene Rechnung Nr. 140330 vom 18. Februar 2014 (act. 4/55) in formeller Hinsicht den werkvertraglich definierten Anforderungen genügt haben. So hat die Beklagte zugegebenermassen – nachdem sie die ersten drei Akontozahlungsgesuche ursprünglich noch beanstandet hatte

- 36 - (vgl. act. 14 Rz. 90; act. 16/26; act. 16/27) – diese sowie sämtliche weiteren 13 analog ausgestellten Akontozahlungsgesuche letztlich vorbehaltlos bezahlt und demnach konkludent auf die vereinbarte Form verzichtet.

E. 4.6

J._____ 4'674.35 4'674.35

- 77 - Total ergibt dies einen offenen Betrag gemäss Replik von CHF 2'405'553.70. Sämtliche genannten Beträge verstehen sich inklusive 8 % MWST. Mit Ausnahme der Mehrkosten-Nachträge (siehe unten) beinhalten die Nachtragspositionen zudem jeweils einen Skontoabzug von 2 %, etwaige Rabatte sowie weitere Abzüge. Geldkosten (namentlich hinsichtlich dem Skonto) werden keine geltend gemacht. Die Klägerin gliedert ihre Forderung nach Positionen sowie Teilprojekten bzw. Teilobjekten. Dies ist nicht zu beanstanden und deckt sich mit der Vorgabe gemäss Ziff. 3 der Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F._____ -Areal, Zürich, wonach Rechnungen gegliedert nach Teilprojekt sowie Teilobjekt auszustellen sind (vgl. act. 16/18 S. 3). Zudem wurde in Ziff. 3 der Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F._____ -Areal Zürich – worauf die Beklagte zu Recht hinweist (vgl. act. 14 Rz. 78) – auch vereinbart, dass Rechnungen eine separate Leistungs- und Abrechnungsaufstellung nach Teilprojekt aufweisen müssen (vgl. act. 16/18 S. 3). Mit anderen Worten muss den Rechnungen der Klägerin grundsätzlich zu entnehmen sein, welche Leistungen damit abgegolten werden sollen bzw. müssen sich diese auf eine Offerte oder einen Pauschalnachtrag beziehen. In Ziff. 3 der Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F._____ - Areal Zürich wurde jedoch auch vereinbart, dass "eingehende Rechnungen, die nicht alle diese Merkmale aufweisen, zur Korrektur retourniert werden" (vgl. act. 16/18 S. 3). Sofern seitens der Beklagten hinsichtlich einzelner Rechnungen demnach vorgebracht wird, aus der Rechnung ergebe sich nicht, welche Positionen diese enthalte, müsste sie den Nachweis erbringen, dass sie die betreffende Rechnung zur Korrektur an die Klägerin retourniert hat. Die Beklagte reichte jedoch – ausser hinsichtlich der ersten drei Akontozahlungsgesuche, welche ursprünglich beanstandet, letztlich aber dennoch vorbehaltlos bezahlt wurden (vgl. act. 14 Rz. 90; act. 16/26; act. 16/27; siehe oben) – keine Nachweise allfälliger weiterer Beanstandungen der klägerischen Rechnungen ein, insbesondere nicht in Bezug auf Nachträge und Regien. Demnach können die fraglichen Rechnung im Nachhinein seitens der Beklagten nicht mehr beanstandet werden.

- 78 -

E. 4.7

Verzugszins Unbestritten ist, dass die Parteien in Ziff. 3.14.1 der Generellen Bedingungen vereinbart haben, dass Rechnungen oder Gesuche für Abschlagszahlungen innert 60 Tagen zur Zahlung fällig werden. Die Frist beginnt dabei am auf den Rechnungseingang folgenden 10. eines Monats (vgl. act. 16/16). Diese Vereinbarung ist gemäss Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 zulässig. Mit Blick auf den Verzug sieht Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 sodann vor, dass nach Ablauf der Zahlungsfrist der

- 37 - Besteller durch Mahnung in Verzug gesetzt werden kann (Art. 102 Abs. 1 OR). Dass eine Verfalltagsabrede vorliegen würde, wird von den Parteien nicht behauptet. So ist denn auch nicht ersichtlich, dass – mit Ausnahme von Ziff. 9 des Vergabeprotokolls, wo unter dem Titel "Möglicher Zahlungsplan für Pauschalangebot" der handschriftliche Vermerk "à conto's" steht (vgl. act. 16/11) – ein konkreter Zahlungsplan vereinbart worden wäre. Dies wird von den Parteien denn auch nicht in Abrede gestellt (act. 14 Rz. 90; act. 47 Rz. 181). Die Klägerin argumentiert nun, dass aufgrund der Hinweise auf den Rechnungen "60 Tage netto" eine antizipierte Mahnung zusammen mit der jeweiligen Rechnung vorliege, wodurch sich eine weitere Mahnung erübrige. Die Beklagte sei folglich mit Ablauf der Zahlungsfrist von 60 Tagen zugleich auch in Verzug geraten. Die Klägerin beruft sich dabei auf verschiedene Literaturmeinungen. Dass die Klägerin vereinzelt noch zusätzliche Mahnungen verschickt habe, ändere am Inhalt der ursprünglich abgegebenen Willenserklärung nichts (act. 1 Rz. 544; act. 47 Rz. 1202 ff.). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, es sei eine zusätzliche Mahnung für die Inverzugsetzung erforderlich; die Klägerin unterlasse es jedoch bis auf wenige Ausnahmefälle, in Bezug auf die einzelnen Forderungen Mahnungen einzureichen (act. 14 Rz. 670 ff.). 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, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017, Art. 190 N. 12). Auf den Meinungsstreit in der Lehre, ob ein Zusatz "Zahlung netto innert 60 Tagen" oder "60 Tage netto" eine derartige unmissverständliche Aufforderung zum Ausdruck bringt, braucht vorliegend nicht vertieft eingegangen zu werden. Die Parteien haben 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 (teilweise) Anbringen der Zusätze "Zahlung netto innert 60 Tagen" oder "60 Tage netto" auf

- 38 - 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, Zahlbar „30 Tage netto“, SJZ 14/99 [2003], S. 341 ff.). Die Klägerin hätte die Beklagte folglich noch mahnen müssen, damit die Verzugsfolgen eintreten. Die Klägerin macht in der Replik weiter geltend, sofern aus dem Verhalten des Schuldners hervor gehe, dass sich die Ansetzung einer Nachfrist als unnützerweisen würde, werde eine Mahnung obsolet. Eine Mahnung werde insbesondere dann überflüssig, wenn der Schuldner unmissverständlich erkläre, dass er nicht leisten wolle. Mit Abgabe einer solchen Erklärung falle der Schuldner in Verzug (act. 47 Rz. 1206). Die Beklagte habe bereits mit Schreiben vom 18. Oktober 2013 mitgeteilt, dass sie die über den Werkvertrag hinaus gehenden Forderungen zurückweise und habe sich die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen vorbehalten. Damit habe sie ihre Leistungsverweigerung unmissverständlich kundgetan und sei mithin ab dem 18. Oktober 2013 in Verzug geraten (act. 47 Rz. 1207). Die Beklagte hält dem lediglich pauschal entgegen, es werde bestritten, dass der Verzug am 18. Oktober 2013 eingetreten sei (act. 51 Rz. 2149). Neben den in Art. 102 Abs. 2 OR genannten Fällen gibt es noch weitere Konstellationen, bei denen der Gläubiger zur Auslösung des Verzuges von einer vorgängigen Mahnung absehen kann.

Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn der Schuldner unmissverständlich erklärt, dass er nicht leisten werde und sich demzufolge eine Mahnung als überflüssig erweisen würde. In diesem Fall kann der Gläubiger analog Art. 108 Abs. 1 OR auf eine Mahnung verzichten (WIEGAND, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, Art. 102 N. 11, m.w.H.). Im streitgegenständlichen Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 18. Oktober 2013 führt die Beklagte aus (act. 34/351): "Der Werkvertrag statuiert nämlich genügend Reservepositionen und -mengen, sodass wir Ihre uns zugestellten über den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden weiteren Forderungen vollumfänglich

- 39 - zu unserer Entlastung zurückweisen. In diesem Zusammenhang müssen wir uns auch vorbehalten, allenfalls bereits geleistete Zahlungen zurückzufordern." Wie die Klägerin zu Recht ausführt, geht aus dieser Mitteilung der Beklagten an die Klägerin hervor, dass sie die über den Werkvertrag hinaus gehenden Forderungen zurückweise und sich die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen vorbehalte. Demnach ist ersichtlich, dass die Beklagte hinsichtlich der über den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden weiteren Forderungen (d.h. hinsichtlich der Nachträge und Regien) unmissverständlich erklärt hat, dass sie nicht leisten werde. Dies wird von der Beklagten denn auch nicht (substantiiert) bestritten (act. 51 Rz. 2149). Zu klären gilt es dagegen, was hinsichtlich der den Pauschalpreis betreffenden Forderungen der Klägerin im Umfang von CHF 326'389.50 gilt. So hat sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom

E. 4.8

Fazit Zusammenfassend schuldet die Beklagte der Klägerin unter dem Titel Forderung aus der Werkvertragspauschale den Betrag von CHF 326'389.50 (inkl. MWST) zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 14. August 2014 (Datum der Klageeinleitung). 5. Nachträge

E. 5

Gesetzliche Arbeitszeiten

E. 5.1

Einleitung Die Klägerin behauptet infolge von Bestellungenänderungen bzw. Erschwernissen (unvollständige Pläne; mangelhafte Ausschreibungsunterlagen; beispielhaft act. 1 Rz. 123, 130, 133, 170) gemäss Replik eine ausstehende Forderung für Nachträge im Umfang von insgesamt CHF 2'405'553.70, die nicht durch die Pauschale gedeckt sei (act. 47 Rz. 1221). Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass sämtliche Leistungen, welche zur vollständigen, qualitativ einwandfreien und rechtzeitigen Herstellung des Werkes gehören, aufgrund der Komplettheitsklausel vom Pauschalpreis erfasst sind. Nachträge seien nur aufgrund von gültig vereinbarten (und nicht irrtümlich erfolgten) Bestellungenänderungen sowie aufgrund von Änderungen von Plänen seitens der Beklagten möglich (act. 14 Rz. 42 ff.; act. 51 Rz. 1003 ff.). Nachfolgend gilt es die Voraussetzungen zur Vergütung der Nachträge zu erörtern.

- 41 -

E. 5.2

Grundsatz: Komplettheitsklausel bzw. Vollständigkeitsklausel Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der im Werkvertrag vereinbarten Pauschale um eine Pauschale mit Komplettheitsklausel handle. Demnach übernehme der Unternehmer die Erstellung eines Werks (vorliegend die gesamten Elektroinstallationsarbeiten) zu einem im

Voraus fixierten Preis. Der von der Pauschale abgedeckte Leistungsumfang ergebe sich grundsätzlich aus den Leistungsverzeichnissen und den Ausschreibungsplänen, während es aber auf das effektive Ausmass gerade nicht ankomme. Nachträge seien daher von vornherein nur aufgrund von gültig (und nicht irrtümlich) vereinbarten Leistungsänderungen sowie Änderungen von Plänen seitens der Beklagten möglich; alles andere gehöre zu den klägerischen Grundleistungen und sei von der Pauschale abgedeckt (act. 14 Rz. 24 ff.). Die Klägerin stellt im Grundsatz nicht in Abrede, dass eine Komplettheitsklausel vereinbart worden ist. Sie führt demgegenüber jedoch ins Feld, dass auch eine Komplettheitsklausel die Bestellerin nicht zu einem "Wunschkonzert" auf Kosten der Unternehmerin berechtige (act. 47 Rz. 85). 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. Die Komplettheitsklausel (auch "Vollständigkeitsklausel" genannt) ist eine Vertragsklausel, die sich auf den Abgeltungsumfang des Pauschalpreises bezieht. Mit ihr verabreden die Parteien, dass der vereinbarte Pauschalpreis auch solche Leistungselemente der geschuldeten Gesamtleistung abgelte, die in der detaillierten Leistungsbeschreibung nicht speziell aufgeführt, zur vertragsgemässen Ausführung des vereinbarten Werkes aber notwendig sind (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N. 909a).

Vollständigkeitsklauseln, die den Abgeltungsumfang des vereinbarten Pauschalpreises über die detaillierte Leistungsbeschreibung hinaus erstrecken, schliessen zwar weder eine Bestellungenänderung noch einen darauf gestützten Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung aus, sind häufig aber so formuliert, dass sie den Umfang der ursprünglich bestellten Gesamtleistung

- 42 - mitbestimmen. Obwohl Vollständigkeitsklauseln den Unternehmer erheblich belasten, können sie in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) wirksam vereinbart werden. Sie unterliegen jedoch bei unterschiedlichem Verständnis, wie jede Vertragsabrede, der Auslegung. Durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist zunächst, ob eine bestimmte Abrede überhaupt den Sinn einer Vollständigkeitsklausel hat. Dabei kommt es auf die gesamten Umstände des einzelnen Vertrages an. Führt die konkrete Vertragsauslegung zur Bejahung einer Vollständigkeitsklausel, so stellt sich die weitere Auslegungsfrage, ob die konkret vereinbarte Vollständigkeitsklausel den Abgeltungsumfang des Pauschalpreises auf alle für die Ausführung des vereinbarten Werkes notwendigen Leistungen ausdehnt (GAUCH, a.a.O., N 909d und 909e; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 41 N. 6 ff.). Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach dem festgestellten wirklichen Willen der Parteien. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (objektive Auslegung). Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (anstatt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Band I, 10. Aufl., 2014, N. 1200 f.; m.H.a. BGE 133 III 406 E. 2.2; BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 130 III 66

E. 3.2; BGE 129 III 118 E. 2.5). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 207 ff. und N. 1226 m.w.H.). Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, die Parteien hätten die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses verwendet

- 43 - (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1206 f.). Hat ein Wort allerdings bei Abschluss des Vertrages einen besonderen Sinn im Verkehrskreis, dem alle beteiligten Personen angehören, so geht dieser besondere Sinn dem allgemeinen Sprachgebrauch vor (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 1208). Bei der Auslegung von Verträgen ist immer auch das systematische Element zu berücksichtigen: Der einzelne Ausdruck ist stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Sein Sinngehalt wird häufig (mit-)bestimmt durch die Stellung, die er im Vertragstext einnimmt. Aus der Stellung innerhalb des Vertragsganzen kann sich z.B. ergeben, dass ein Wort von den Parteien in einem individuellen Sinn verwendet wurde, der vom allgemeinen oder verkehrsüblichen Sinn abweicht. Dann ist dieser individuelle Sinn massgebend (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1210 m.H.a. BGE 117 II 273 E. 5.a, BGE 122 III 118 E. 2c, BGE 133 III 406 E. 2.2, BGE 110 II 141 E. 2b). Als ergänzendes Auslegungsmittel sind sodann die Umstände heranzuziehen, insbesondere Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss (etwa Vertragsverhandlungen und Erfüllungshandlungen), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss sowie Verkehrsauffassung und Verkehrsübung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 1212 ff. mit Hinweisen). Im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln kommt aber dem Wortlaut der Vorrang zu. Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 1220 m.w.H.). Trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens ist zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und es bleibt für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 f.).

- 44 - In den AGB der Beklagten zum Werkvertrag ist in Ziff. 2.4 in Abs. 3 und 4 Folgendes ausgeführt (act. 16/16 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 "vollständige, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werkes" ist so auszulegen, dass damit alle Leistungen, inkl. Nebearbeiten 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 vorgesehenen Zweck benutzen zu können. Dies gilt aber auch ausdrücklich für solche Leistungen, die in diesem Angebot bzw. Werkvertrag und seinen Beilagen nicht speziell enthalten sind, jedoch sinngemäss zu dem Leistungsumfang dieses Angebots bzw. Werkvertrages gehören (Vollständigkeitsklausel)." Zudem hält Ziff. 3.13.2 Abs. 3 der AGB 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." Bereits durch diesen Wortlaut in den AGB's der Beklagten wird die (explizit so bezeichnete) Vollständigkeitsklausel klar und unmissverständlich definiert. Auch in Ziff. 2.4 der Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F.____ - Areal, Zürich tritt die Komplettheitsklausel mit folgendem Wortlaut in Erscheinung (act. 16/18 S. 3): "Sämtliche Kosten und Leistungen, die zur Erreichung der Terminvorgaben gemäss Grobterminplan der B.____ AG notwendig sind, insbesondere Baustelleninstallation, Anzahl von einzusetzenden Maschinen und Geräten, einzusetzendes Material, Erschwernisse, Zuschläge aller Art, notwendige

- 45 - Etappierungen und unkonventionelle Vorgehens-oder Arbeitsweise, sind im Angebot einzurechnen." Ebenso in Ziff. 3 und Ziff. 7.2 des Vergabeprotokolls vom 22. März 2011, wo es wörtlich heisst (act. 16/11 S. 3 und 5): Ziffer 3: "Die eingesetzten Preise verstehen sich für fix und fertig erstellte Arbeiten, einschliesslich aller Nebenleistungen, die zu deren einwandfreien Ausführung notwendig sind." Ziffer 7.2. "Der Werkpreis gemäss Ziff. 7.1 [des Vergabeprotokolls] wird ausdrücklich als Pauschalpreis gemäss Art. 41 der SIA Norm 118 vereinbart. Dieser Preis schliesst sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot des Unternehmers enthaltenen Leistungen ein, insbesondere auch alle in den Unterlagen nicht speziell aufgeführten Leistungen, sofern sie für die einwandfreie und vollständige Erbringung der beschriebenen Leistungen notwendig oder üblich sind." Schliesslich wird seitens der Klägerin im Formular der Beklagten I Angebot vom 3./5. Mai 2011 in Ziffer 5 noch einmal bestätigt, dass sämtliche, auch nicht explizit ausgeschriebenen Positionen, welche zur vollständigen funktionalen Erfüllung des Werkes notwendig sind, in den Einheitspreisen resp. im Pauschalpreis einkalkuliert sind (vgl. act. 16/12 S. 3). 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 Elektroinstallationen zu errechnen. Die Klägerin war denn auch in der Lage, bewusst und in Kenntnis der Sachlage ein Angebot über CHF 5'750'000.– zu unterbreiten (vgl. Formular der Beklagten / Angebot vom 3./5. Mai 2011; act. 16/12). Wäre die Klägerin mit einer Vollständigkeitsklausel nicht einverstanden gewesen, so hätte von ihr erwartet werden dürfen und müssen, dass sie diese aus den vorstehend zitierten Bestimmungen gestrichen hätte, zumal es immerhin um einen Vertrag mit einem Arbeitsvolumen von CHF 5'750'000.– ging. Zudem war die Klägerin sogar bereit, auf die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR, mithin auf

- 46 - eine Entschädigung für unvorhergesehene Arbeiten zu verzichten, was deutlich für eine Vollständigkeitsklausel spricht. 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 Einheits-

preisverträgen 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 Leistungsverzeichnissen ausmachen will, berechtigt sie dies nicht ohne Weiteres, eine Mehrvergütung zu fordern (EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017, Art. 8 N. 2 und Art. 12 N. 2 ff.). Die Auslegung führt zum Ergebnis, dass zwischen den Parteien eine Komplettheitsklausel vereinbart worden ist, welche weit auszulegen ist und sich grundsätzlich auf alle für die Ausführung des vereinbarten Werkes (Elektroinstallationsarbeiten) 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

- 47 - 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. 16/16 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. 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."

E. 5.4

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

Bestellungsänderungen (bzw. gemäss Bezeichnung in Ziff. 3.13 der Generellen Bedingungen: "Änderungen des Werkvertragsumfangs") stellen eine rechtsge- schäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar. Diese können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien haben oder unter Umständen auch einseitig ver- anlasst werden. Letzteres können die Parteien im Werkvertrag durch eine sog. Vereinbarungsklausel ausschliessen, indem sie vorsehen, dass ohne Vereinba- rung überhaupt keine Bestellungenänderung zustande kommt. Die Bestellungenän- derung durch Vereinbarung beruht auf einem Änderungsvertrag. Unter Vorbehalt

- 48 - einer sich aus der Formabrede ergebenden gegenteiligen Vermutung kann die Bestellungenänderung grundsätzlich auch stillschweigend vereinbart werden, in- dem der Besteller z.B. in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unternehmers anstandslos geschehen lässt. Davon ist jedoch nur mit Zurückhaltung auszugehen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG090303 vom 4. September 2012, E. 4.5.5; GAUCH, a.a.O., N. 768 ff. und Rz. 789b, 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., N. 810b). An die Bestellungenänderung kann ein Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung anknüpfen (GAUCH, a.a.O., N. 785). Zunächst ist festzuhalten, dass mit der Formulierung "Änderungen und Nachträge von Werkverträgen haben nur Gültigkeit, wenn sie im gegenseitigen Einverneh- men schriftlich erfolgen" das Recht des Bestellers auf eine einseitige Änderung der Bestellung wegbedungen wurde (vgl. Ziff. 3.13.2 Abs. 1 der Generellen Be- dingungen): In der Kolonne neben Ziff. 3.13.2 wird entsprechend auf den ein- schlägigen Art. 27 der SIA-Norm 118 hingewiesen (vgl. act. 16/16 S. 4), welcher in Abs. 1 den Grundsatz statuiert, dass Änderungen am Werkvertrag im beidseiti- gen Einvernehmen erfolgen müssen, die Normen zur (einseitigen) Bestellungenän- derung nach Art. 84 ff. jedoch vorbehalten werden. Die von der Parteien getroffe- ne Regelung stellt insoweit eine Abweichung von der SIA-Norm 118 dar, nach welcher eine einseitige Bestellungenänderung möglich wäre (vgl. EGLI, a.a.O., Art. 84 N. 1.1). Hinsichtlich einer Bestellungenänderung bzw. einer "Änderung des Werkvertrags- umfanges" wird somit ein Konsens zwischen den Parteien vorausgesetzt.

- 49 -

E. 5.5

Genehmigungsvorbehalt (Ziff. 3.13.2 Abs. 2 der Generellen Bedingungen) Von einer Vereinbarungsklausel ist ein sog. Genehmigungsvorbehalt zu unter- scheiden. Dieser befasst sich mit dem Anspruch auf Mehrvergütung, der dem Un- ternehmer aus einer bereits erfolgten (vorliegend vereinbarten) Bestellungenände- rung 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 Vorbe- halt, dass der Unternehmer die Mehrforderung, die er für eine erfolgte Bestel- lungenänderung geltend machen will, vor der Ausführung der Bestellungenänderung durch den Besteller genehmigen lässt. Solange die Genehmigung durch den Be- steller ausbleibt, ist der Unternehmer nicht verpflichtet, mit der Ausführung

der erfolgten Beststellungsänderung 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 Beststellungsänderung zu bezahlenden Mehrvergütung eine konsensuale Einigung zustande kommt, welche für die Parteien verbindlich ist. Führt der Unternehmer die Beststellungsänderung ohne Genehmigung der zu bezahlenden Mehrvergütung aus, so scheidet sein Vertragsanspruch auf deren Bezahlung an der hierfür vertraglich vorausgesetzten Genehmigung. Genehmigt der Besteller eine vom Unternehmer in Aussicht gestellte Mehrforderung zwar erst nach begonnener Ausführung der Beststellungsänderung, 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 Beststellungsänderung auf die Geltendmachung des Genehmigungsvorbehaltes verzichtet, so entfällt sein Recht, sich auf den Vorbehalt zu berufen (GAUCH, a.a.O., N. 789 f.). In Ziff. 3.13.2 Abs. 2 der Generellen Bedingungen haben die Parteien die Genehmigung der Nachträge vorbehalten. Führt die Klägerin damit Nachträge ohne

- 50 - 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 voraus (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) 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, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017, Art. 27 N. 6 f.). 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, wobei 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). 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. 789a m.w.H.).

- 51 - Vorliegend haben die Parteien sowohl für die Vereinbarung als auch für die Genehmigung der Nachträge die Schriftlichkeit vereinbart. 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 nachgelebt und Nachträge mehrheitlich 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. Aus der geringen Anzahl an bezahlten, aber nicht unterzeichneten Nachträgen lässt sich – aus den dargelegten Gründen – indes noch keine stillschweigende Aufhebung des Formvorbehalts insgesamt begründen. 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? Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Beauftragung von Nachträgen die rechtsgültige Unterschrift zweier Projektleiter (Gesamtprojektleiter oder Teilprojektleiter) erfordert hätte. Diese Anforderung sei leicht daran zu erkennen, dass in der ganz überwiegenden Zahl die Nachtragsofferten von zwei Projektleitern unterzeichnet worden seien. Hätte für eine rechtsgültige Beauftragung die Unter-

- 52 - schrift eines einzelnen Projektleiters genügt, so hätte man sich die Mühe zur Einholung einer zweiten sparen können (act. 14 Rz. 40). Dazu was folgt: In Ziff. 3.18.1 der Generellen Bedingungen der Beklagten wird zu Art. 33 SIA-Norm 118 Folgendes festgehalten (act. 16/16 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 halten die Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F.____- Areal, Zürich Folgendes fest (act. 16/18 S. 5): "6.1 Bauleitung 6.1.1 Zuständig für die Erteilung von Weisungen auf der Baustelle ist alleine die örtliche Bauleitung der B.____ AG oder von ihr bevollmächtigte Personen. 6.1.2 Werden Arbeiten für Dritte direkt und ohne schriftliche Genehmigung durch die B.____ AG ausgeführt und entstehen der B.____ AG dadurch Kosten, sind diese durch den Unternehmer zu entschädigen. 6.1.3 Werden durch den Architekten, Planer oder Fachingenieur Leistungen verlangt, die Kostenfolgen haben, sind diese vorgängig mit der B.____ AG abzusprechen und schriftlich genehmigen zu lassen. Andernfalls wird deren

Ausführung nicht vergütet. 6.1.4 Weisungen auf Infotafeln der B._____ AG, auf der Baustelle, ist Folge zu leisten. 6.1.5 Die B._____ AG ist berechtigt, die sofortige Ablösung eines Mitarbeiters des Unternehmers zu verlangen, wenn er gegen dessen Eignung begründete Bedenken hat." Eine Einschränkung der Bevollmächtigung ist hinsichtlich der örtlichen Bauleiter der Beklagten somit keine vorgesehen. Lediglich die externen Planer, wie z.B. die N._____ & Partner AG und die O._____ AG, welche für die Fachbauleitung zuständig waren (vgl. act. 14 Rz. 10), waren nicht dazu ermächtigt, Leistungen mit Kostenfolgen in Auftrag zu geben. Vielmehr mussten solche Leistungen vorgängig mit der Beklagten abgesprochen und schriftlich genehmigt werden.

- 53 - Sodann wurde – entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. act. 14 Rz. 40) – in den Generellen Bedingungen (act. 16/16) keine vertragliche Regelung hinsichtlich der Beauftragung von Nachträgen getroffen, wonach lediglich zwei Projektleiter (Gesamtprojektleiter oder Teilprojektleiter) bevollmächtigt gewesen wären; dafür gibt es im Wortlaut keine Anhaltspunkte. Auch unterlässt es die Beklagte, im Werkvertrag eine Stelle zu bezeichnen, wo dieses Erfordernis vereinbart worden wäre bzw. offeriert diesbezüglich als Beweismittel lediglich pauschal den gesamten Werkvertrag vom 29. August 2011 (vgl. act. 51 Rz. 1183). Gemäss Art. 180 Abs. 2 ZPO ist bei umfangreichen Urkunden jedoch die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen. Zudem ist es auch nicht Aufgabe des Gerichts oder der Gegenpartei, in dem als Beilage eingereichten, dreibändigen Konvolut nach einer entsprechenden Belegstelle zu suchen (vgl. dazu: Urteile des Bundesgerichts 4A_281/2017 E. 5; 4A_195 und 197/2014 E. 7.3.3 m.H.). Unbestritten ist, dass die Beklagte im Rahmen und für die Dauer der verschiedenen Teilprojekte (und z.T. auch für die einzelnen Teilobjekte) je unterschiedliche Teilprojektleiter und Bauleiter eingesetzt hat (act. 14 Rz. 14). Durch Urkunden unterlegt und mangels rechtsgenügender Bestreitung seitens der Beklagten anerkannt ist, dass S._____ als "Contract-Manager" und demnach als örtlicher Bauleiter seitens der Beklagten gewirkt hat (vgl. act. 4/24; act. 4/25; act. 1 Rz. 38; act. 14 Rz. 73). Zudem reichte die Klägerin eine Übersicht mit weiteren Personen ein, welche seitens der Beklagten als Projekt- oder Bauleiter tätig gewesen seien (act. 47 Rz. 38). Die Beklagte bestreitet diese Angaben nicht rechtsgenügend (vgl. act. 51 Rz. 1129), weshalb sie als anerkannt gelten. Zudem deckt sich die besagte Übersicht der Klägerin mit den von der Beklagten in der E._____ -Klage selbst gemachten Angaben hinsichtlich ihrer Projekt- und Bauleiter im Projekt F._____ -Areal (vgl. act. 48/362 Rz. 321 a). Demnach gilt als erstellt, dass (unter anderem) die folgenden weiteren Personen für die Beklagte als örtliche Bauleiter Bauleiterfunktionen ausgeübt haben: Name Funktion Periode AI1. _____ Bauleiter 01.01.14 - 28.02.15 AI2. _____ Projektleiter 01.04.12 - 31.03.13 AI2. _____ Projektleiter 01.04.13 - 30.04.13

- 54 - AI3. _____ Projektleiter 01.10.10 - 31.01.12 AI4. _____ Projektleiter 01.10.10 - 30.06.11 AI5. _____ Leiter Kundendienst 01.08.13 - 30.06.15 AI6. _____ Projektleiter 01.08.11 - 31.03.13 AI6. _____ Projektleiter 01.04.13 - 30.09.14 AI7. _____ Bauleiter 01.11.10 - 31.05.11 AI8. _____ Projektleiterin 01.10.12 - 31.01.14 AI9. _____ Junior Bauleiter 01.08.14 - 31.03.15 AI10. _____ Projektleiter 01.09.11 - 30.04.13 AI10. _____ Projektleiter 01.06.13 - 31.01.14 AI11. _____ Projektleiter 01.09.13 - 30.04.15 AI12. _____ Bauleiter 01.08.11 - 28.02.13 AI13. _____ Projektleiter 01.07.11 - 31.01.13 AI13. _____ Projektleiter 01.05.13 - 31.10.15 AI14. _____ Planungsleiterin 01.08.11 - 30.06.12 AI15. _____ Projektleiter 01.10.13 - 31.07.15 AI16. _____ Bauleiter 01.04.11 - 31.12.11 AI17. _____ Bauleiter 01.08.13 - 31.10.15 AI18. _____ Projektleiter 01.07.10 - 31.03.13

AI18. _____ Projektleiter 01.04.13 - 30.09.15 AI19. _____ Bauleiter 01.11.10 - 31.03.13
 AI19. _____ Bauleiter 01.05.13 - 31.12.13 AI20. _____ Projektleiter QSE 01.10.10 -
 31.03.13 AI20. _____ Projektleiter QSE 01.04.13 - 28.02.15 AI21. _____ Projektleiter
 01.08.10 - 31.03.13 AI21. _____ Projektleiter 01.05.13 - 30.09.13 AI21. _____ Projektleiter
 01.10.13 - 30.11.14 AI21. _____ Projektleiter 01.08.15 - 31.08.15 AI22. _____
 Gesamtprojektleiter 01.10.10 - 30.09.11 AI23. _____ Bauleiter 01.08.13 - 31.08.13
 AI24. _____ Bauleiter 01.09.11 - 30.03.13 AI24. _____ Bauleiter 01.04.13 - 30.09.13
 AI25. _____ Leiter QSE/GPL 01.05.11 - 31.08.12 AI25. _____ Leiter QSE/GPL 01.08.13 -
 31.10.15 AI26. _____ Projektleiter 01.04.15 - 31.10.15 AI27. _____ Projektleiter 01.09.10 -
 31.03.13 AI27. _____ Projektleiter 01.04.13 - 31.12.13 AI28. _____ Projektleiterin 01.04.13
 - 31.01.13 AI29. _____ Bauleiter 01.03.12 - 31.03.13 AI29. _____ Bauleiter 01.09.13 -
 30.11.13

- 55 - Zu fragen ist, wie weit die Beklagte durch einzelne Handlungen der örtlichen Bauleiter vertreten werden konnte. 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 Bauleitung als solche kann entweder eine Einzelperson oder eine Personen- gruppe 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, a.a.O., Art. 35 N. 1.1 und N. 4.2). 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 vertrags- beteiligten Bauherrn (HÜRLIMANN, a.a.O., Art. 33 N. 1 und N. 17.1). Vorliegend haben lediglich Angestellte der Beklagten (als Bauherrin) örtliche Bauleitungsfunktionen ausgeübt (vgl. act. 14 Rz. 14.; act. 1 Rz. 38; act. 4/24; act. 4/25). 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 Voll-

- 56 - macht für die einzelnen Bauleiter kundgetan, deren Umfang sich nach den einschlägigen Normen richtet. 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 Vorstellungsäusserung 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, a.a.O., Art. 33 N. 3.1 ff.; GAUCH, a.a.O., N. 297 ff.; SCHWAGER, in: Gauch/Tercier [Hrsg.], 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.). 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, a.a.O., Art. 33 N. 11.1 f.). Eine Beschränkung diesbezüglich wurde in der Vertragsurkunde nicht vorgenommen. 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

- 57 - Vergütungshöhe, wie dies aus den festgelegten Abläufen und den Umständen (insbesondere der nachgelebten Praxis) hervorgeht. Somit kann – entgegen der Beklagten (vgl. act. 14 Rz. 40) – nicht gefolgert werden, ein einzelner Bauleiter sei nicht zur rechtsgültigen Verpflichtung der Beklagten als Bauherrin befugt gewesen (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., Art. 33 N. 15). 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 SIA-Norm 118 gilt (BGE 118 II 313 E. 2a; vgl. ferner BGE 120 II 197 E. 2; HÜRLIMANN, a.a.O., Art. 33 N. 3.3). 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. 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 einschreitet, obwohl sie davon weiss (Duldungsvollmacht) bzw. davon wissen müsste (Anscheinsvollmacht; BGE 120 II 197 E. 2 m.w.H.; WATTER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, Art. 33 N. 16, Art. 458 N. 6 f. sowie Art. 462 N. 2). Dies gilt um so mehr angesichts der Häufigkeit und der langen Dauer der durch die örtlichen Bauleiter vorgenommenen Handlungen (vgl. ZÄCH/KÜNZLER, in: Berner Kommentar, Art. 32-40 OR, Stellvertretung Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., 2014, Art. 33 N. 49 f., m.H.a. BGE 25 II 1016 f.). Auch hat die Beklagte während der Projektdauer Nachträge der Klägerin bezahlt, die nicht von zwei Projektleitern (Gesamtprojektleiter oder Teilprojektleiter), son-

dern nur von einem einzelnen örtlichen Bauleiter unterzeichnet worden sind: so beispielsweise die Nachtragsofferte Nr. 121610 vom 11. Juli 2012 (act. 16/298;

- 58 - act. 16/299; act. 14 Rz. 710; act. 33 Rz. 221; act. 47 Rz. 94). Unbehelflich sind die dagegen erhobenen beklagischen Ausführungen, wonach ihre Finanzbuchhaltung nicht habe davon ausgehen bzw. nicht habe erkennen können, dass ein Vorbehalt der Werksvertragskonformität angebracht worden sei bzw. eine Putativänderung vorliege und diese demnach irrtümlich keine Prüfung der Dokumente vorgenommen habe (vgl. act. 51 Rz. 385), zumal es bereits ausreichend ist, wenn durch die während der Projektdauer vorgenommenen Zahlungen ein entsprechender Rechtsschein gegenüber der Klägerin geschaffen wurde. Somit gilt es festzuhalten, dass ein einzelner örtlicher Bauleiter rechtsgültig Nachträge vereinbaren konnte, auch hinsichtlich der Vergütungshöhe.

E. 5.8

Bedeutung der Unterzeichnung einer Nachtragsofferte Als Zwischenfazit gilt es Folgendes festzuhalten: Soweit die klägerischen Nachtragsofferten jeweils von einem oder bisweilen auch von zwei örtlichen Bauleitern der Beklagten unterzeichnet wurden, sind diese als vereinbart anzusehen. Dagegen scheidet 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, 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 (Vorbehalt der Werksvertragskonformität, Putativänderung, 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. Wieso dieses Vorgehen gewählt wurde, bringen die Parteien nicht vor. Dennoch gilt es die "Pauschal-Nachträge" als Beweismittel zur Frage ob eine Genehmigung der Nachträge vorliegt oder nicht, zu würdigen, weshalb sich die Beklagte deren Unterzeichnung ebenfalls entgegenhalten lassen muss.

- 59 -

E. 5.9

Vorbehalt Werkvertragskonformität

E. 5.9.1

Überblick Die Beklagte macht geltend, die von ihr gültig unterzeichneten Nachträge seien stets unter dem Vorbehalt der Werkvertragskonformität erfolgt. Als Totalunternehmerin habe sie eine Vielzahl von Subunternehmern und Arbeitsgattungen zu koordinieren. In der Hektik eines Bauprozesses, insbesondere bei einem grossen und komplexen sowie unter einem enormen Zeitdruck zu vollendenden Projekt wie dem F. _____-Areal, sei es den Projektleitern kaum möglich, die zahlreich gestellten Nachträge umfassend und abschliessend auf ihre Konformität mit dem Werkvertrag hin zu überprüfen. Deshalb habe sie die Nachtragsofferten jeweils vorbehaltlich der Konformität mit dem Werkvertrag genehmigt. Dies bedeute einerseits, dass die Genehmigung nur insoweit und unter der Bedingung rechtswirksam erteilt worden sei, als die nachträglich offerierten Leistungen

nicht bereits durch die Werkvertragspauschale abgedeckt bzw. im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen seien. Andererseits habe die Genehmigung unter dem Vorbehalt gestanden, dass die berücksichtigten Tarife den Konditionen und Bedingungen im Werkvertrag entsprochen hätten (act. 14 Rz. 47). Beim Vorbehalt der Werksvertragskonformität handle es sich um eine Bedingung gemäss Art. 151 OR. Ein Anspruch auf Mehrvergütung entstehe nur dann, wenn die fraglichen Bedingungen erfüllt seien (act. 51 Rz. 1019 f.).

E. 5.9.2

Rechtliches und Würdigung Grundsätzlich kann jede ungewisse und in der Zukunft liegende Tatsache sowohl als aufschiebende wie auch als auflösende Bedingung ausgestaltet werden. Damit eine Tatsache als Bedingung i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR qualifiziert wird, darf aber bei Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht feststehen, ob sich die Tatsache überhaupt verwirklichen wird oder nicht. Charakteristisches Merkmal einer Bedingung ist damit die objektive Ungewissheit einer zukünftigen Tatsache (ROTH PELLANDA, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 151 N. 20; m.H.a. BGE 122 III 10 E. 4). In der Vergangenheit oder der Ge-

- 60 - genwart liegende Tatsachen sowie zukünftige Tatsachen, die objektiv feststehen, objektiv notwendig oder objektiv unmöglich sind, können keine Bedingungen sein, auch wenn sie den am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien nicht bekannt sind. Subjektive Ungewissheit auch nur einer der Parteien genügt nicht für das Vorliegen einer Bedingung im Rechtssinne, da diese den das bedingte Rechtsgeschäft kennzeichnenden Schwebezustand nicht hervorzurufen vermag (ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 151 N. 21). Entgegen den Ausführungen der Beklagten stellt die Werksvertragskonformität weder eine zukünftige, noch eine ungewisse Tatsache dar. Vielmehr wäre es der Beklagten objektiv gesehen möglich gewesen, zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Nachtragsofferten jeweils abschliessend und verbindlich zu überprüfen, ob die nachträglich offerierten Leistungen nicht bereits durch die Werkvertragspauschale abgedeckt bzw. im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen waren und ob die berücksichtigten Tarife den Konditionen und Bedingungen im Werkvertrag entsprochen haben. In den einzelnen Nachtragsofferten wurden die zu erbringenden Leistungen und Positionen ausgewiesen und beschrieben. Auch wurde jeweils die Vergütungsforderung festgelegt. Angesichts dessen ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte – ausgewiesenermassen eine erfahrene Total- und Generalunternehmerin (vgl. act. 1 Rz. 11; act. 14 Rz. 65) – die Überprüfung mit dem Leistungsverzeichnis nicht bereits vor der Vereinbarung eines Nachtrages hätte vornehmen können, zumal die entsprechenden vertraglichen Grundlagen den Parteien bekannt waren. Die pauschalen und unsubstantiierten Ausführungen der Beklagten, wonach diese als Totalunternehmerin eine Vielzahl von Subunternehmern und Arbeitsgattungen zu koordinieren gehabt habe und es in der Hektik eines Bauprozesses kaum möglich gewesen sei, die zahlreich gestellten Nachträge umfassend und abschliessend auf ihre Konformität mit dem Werkvertrag hin zu überprüfen, vermögen dagegen nicht zu überzeugen. Vielmehr stand bereits bei Abschluss der jeweiligen Nachtragsofferten fest bzw. wäre zumindest objektiv feststellbar gewesen, ob eine Konformität mit dem Werkvertrag vorlag oder nicht. Der von der Beklagten angebrachte Vorbehalt der Werksvertragskonformität kann demnach nicht als Bedingung i.S.v. Art. 151 OR qualifiziert werden.

- 61 - Auch trifft es nicht zu, dass die Beklagte auf den von ihr unterzeichneten Nachträgen stets den Vorbehalt der Werkvertragskonformität angebracht hat. So gibt die Beklagte denn auch unumwunden zu, diesen Vorbehalt "in der Hitze des Gefechts" teilweise vergessen zu haben. Es sei jedoch auch da von einem gültigen Vorbehalt auszugehen, wo ein solcher Vorbehalt ausnahmsweise einmal vergessen gegangen sei, da die Beklagte die Offerten stets vorbehaltlich der Konformität mit dem Werkvertrag genehmigt habe, was auch die Klägerin gewusst habe (vgl. act. 14 Rz. 48; act. 51 Rz. 1200). Die Argumentation der Beklagten ist widersprüchlich. Wie gerade ausgeführt, hat die Beklagte den Vorbehalt der Werksvertragskonformität nicht "stets" auf den Nachträgen angebracht. Zudem bestreitet die Klägerin die Verbindlichkeit bzw. Wirksamkeit dieses Vorbehaltes. Inwiefern die Klägerin deshalb darauf hätte schliessen sollen, dass der Vorbehalt "immer" gelte, kann nicht nachvollzogen werden. Die Beklagte stellt sich weiter auf den Standpunkt, die Genehmigung der Nachtragsofferten habe unter dem Vorbehalt gestanden, dass die berücksichtigten Tarife den Konditionen und Bedingungen im Werkvertrag entsprochen hätten. Dies sei explizit im Vergabeprotokoll vom 22. März 2011, welches Vertragsbestandteil sei, unter Ziff. 7.1 festgehalten worden. Da der Werkvertrag auf Einheitspreisen nach dem Steiger Tarif (2008) mit 60 % Rabatt beruhe, müssten die Nachträge – um werkvertragskonform zu sein – ebenfalls den Steiger Tarif mit einem Rabatt von 60 % als Grundlage haben. Nicht nachvollziehbare Pauschalpreise der Klägerin würden dagegen in keiner Weise dem Werkvertrag entsprechen und seien daher im Grundsatz nicht werkvertragskonform (act. 14 Rz. 47). Sofern die Beklagte behauptet, die Parteien hätten vereinbart, dass Nachtragsleistungen und Regien aufgrund des Steiger-Tarifs 2008 mit einem Rabatt von 60 % zu kalkulieren seien, so ist sie dafür behauptungs- und beweisbelastet. Im Vergabeprotokoll vom 22. März 2011, welches Vertragsbestandteil ist, haben die Parteien unter Ziffer 7.1 in der Tat vereinbart, dass für Nachtragsbestellungen (sowie auch Regiearbeiten) die "gleichen Konditionen und Bedingungen wie für den Hauptauftrag" gelten (vgl. act. 16/11). Entgegen den Behauptungen der Beklagten findet sich in besagtem Vergabeprotokoll vom 22. März 2011 (act. 16/11)

- 62 - jedoch weder das Wort "Steiger", noch ein Verweis auch die Zahl von 60 % bzw. auf einen anderen Tarif. Auch der pauschale Verweis auf den Werkvertrag (act. 16/14), ein äusserst umfangreiches Dokument bestehend aus drei Bänden, ist – wie die Klägerin zutreffend ausführt (vgl. act. 33 Rz. 37) – nicht geeignet, um das beklagte Vorbringen, wonach der Werkvertrag auf Einheitspreisen nach dem Steiger Tarif (2008) mit 60 % Rabatt beruhe, zu untermauern (vgl. Art. 180 Abs. 2 ZPO). Demnach gelingt der Beklagten der Nachweis nicht, wonach Nachtragsleistungen und Regien aufgrund des Steiger-Tarifs 2008 mit einem Rabatt von 60 % zu kalkulieren seien. Weiter führt die Beklagte in der Duplik aus, Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118 sehe im Sinne einer Konkretisierung von Ziff. 7.1 des Vergabeprotokolls vor, dass sich der Nachtragspreis bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage berechne, die im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig sei. Die Klägerin anerkenne die Anwendbarkeit von Art. 89 SIA-Norm 118 selbst an. Immer, wenn die SIA-Norm 118 auf „Kostengrundlagen“ verweise, fingiere sie, dass der Unternehmer in seiner Kalkulation die allgemeinen Marktpreise berücksichtige. Dies bedeute, dass auch Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118 auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung verweise, womit die zwischenzeitlich eingetretene Teuerung berücksichtigt werden solle. Gemäss herrschender Lehre seien Risiko und Gewinn jedoch auftrags- und nicht zeitabhängig, weshalb sie

unverändert von der ursprünglichen Kostengrundlage zu übernehmen seien. Die ursprüngliche Kostenstruktur des Unternehmers müsse (wenn auch mit teuerungsbereinigten Ansätzen) fortgeschrieben werden (Preisfortschreibung). Anhaltspunkte für die ursprüngliche Kostenstruktur würden die Preisanalysen des Unternehmers i.S.v. Art. 18 Abs. 2 SIA-Norm geben. Diesbezüglich gelte: "Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis" (act. 51 Rz. 1051 ff.). Die Beweislast für die Nachtragsforderung und deren Berechnungsgrundlagen liege beim klagenden Unternehmer. Konkret habe er die ursprüngliche Struktur des Preises für die ähnlichste Leistung im Leistungsverzeichnis (inklusive Endzuschläge für Gemeinkosten, Risiko und Gewinn), sowie Kosten- und Lohnansätze im Zeitpunkt der Beststellungsänderung zu beweisen. Diese Nachweise könnten namentlich mit Preisanalysen zu den ursprünglichen Einheitspreisen er-

- 63 - bracht werden, sofern dem Pauschalpreis solche zugrunde liegen würden (act. 51 Rz. 1055 ff.). Gemäss Ziff. 7.2 des Vergabeprotokolls wurde der Werkpreis ausdrücklich als Pauschalpreis gemäss Art. 41 SIA Norm 118 vereinbart (act. 16/11 S. 5). Dies ist zwischen den Parteien denn auch unbestritten (vgl. act. 14 Rz. 24 ff.; act. 47 Rz. 78). Führt eine Beststellungsänderung zur Änderung einer pauschal zu vergütenden Leistung, wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart (Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118). Bei Leistungen zu Pauschalpreisen wird dieser Nachtragspreis auf der Basis jener Kostengrundlage vereinbart, die im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig ist (Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118). Kommt keine Einigung über den Mehr oder Minderpreis zustande, ist der Nachtragspreis nach Art. 89 SIA-Norm 118 durch den Richter zu bestimmen. Dabei wird der Nachtragspreis aus dem zugehörigen Pauschalpreis hergeleitet, unter Berücksichtigung der massgeblichen Unterschiede, die sich aus der Beststellungsänderung ergeben. Ein Leistungsverzeichnis kann dabei als Hilfsmittel dienen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_234/2014 vom 8. September 2014, E. 5.2 sowie EGLI, a.a.O., Art. 89 N. 6.2). Wie sich aus diesen Ausführungen bereits ergibt, wird ein Mehrpreis als Nachtragspreis zwischen den Parteien vereinbart. Dabei wird der Nachtragspreis grundsätzlich auf der Kostengrundlage im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung berechnet. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Parteien trotz übernommener SIA-Norm 118 einen Nachtragspreis individuell nach beliebigen Kriterien einvernehmlich vereinbaren (so ausdrücklich: EGLI, a.a.O., Vorbem. Art. 84 N. 42). Mit anderen Worten gilt die Vertragsfreiheit auch hier. Zudem wurde – wie bereits ausgeführt (siehe oben) – sowohl eine Vereinbarungsklausel, als auch ein Genehmigungsvorbehalt vereinbart. Hinsichtlich einer Beststellungsänderung bzw. einer "Änderung des Werkvertragsumfangs" wird somit ein Konsens zwischen den Parteien vorausgesetzt. Der Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung besteht nur dann, wenn er die Mehrforderung, die er für eine Beststellungsänderung geltend machen will, durch den Besteller genehmigen lässt. Indem die Beklagte vorliegend Nachtragsofferten bzw. "Pauschal-Nachträge" unterzeichnet

- 64 - hat, ist demnach über den Bestand und die Höhe der für die Beststellungsänderung zu bezahlenden Mehrvergütung eine konsensuale Einigung zustande gekommen, welche für die Parteien verbindlich ist. Die von der Beklagten monierten fehlenden Preisanalysen sind somit überall dort, wo von den Parteien unterzeichnete Nachträge vorliegen, irrelevant, da jeweils ein individueller Nachtragspreis vereinbart worden ist. Auch verschiebt sich in diesen Fällen aufgrund der unterschriftlichen Genehmigung der Nachträge durch die

Beklagte die Behauptungs- und Beweislast, welche ursprünglich beim klagenden Unternehmer liegt (vgl. GAUCH, a.a.O., N. 906), wieder zu Lasten der Beklagten, indem diese rechtsgenügend zu behaupten und zu beweisen hat, dass (ungeachtet der Genehmigung) irrtümlich geleistet worden ist. Daraus erhellt, dass es an der Beklagten gelegen wäre, vor Unterzeichnung der jeweiligen Nachtragsofferten bzw.

"Pauschal-Nachträge" zu überprüfen, ob der Mehrvergütungsforderung vertragskonforme Ansätze und Tarife zugrunde lagen. Auch wäre es der Beklagten oblegen, zu überprüfen, ob die der Nachtragsforderung zugrundeliegenden Leistungen nicht bereits zu den vertraglichen Grundleistungen gehörten bzw. ob diese nicht vom Pauschalpreis gedeckt waren. Es geht jedoch nicht an, einerseits Nachträge zu unterzeichnen, deren Ausführung (zu- mindest) zu dulden und diese grösstenteils auch zu bezahlen, um sich andererseits Monate bzw. Jahre später auf den Standpunkt zu stellen, die entsprechenden Nachtragsofferten seien mangels Konformität mit dem Werkvertrag gar nie rechtsgültig zu Stande gekommen. So binden zweiseitig abgeschlossene Verträge denn auch entweder beide Parteien (bei übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserung) oder keine der Parteien (bei Vorliegen eines Dissens; vgl. Art. 1 OR). Weiter stammen die streitgegenständlichen Nachtragsofferten der Klägerin aus den Jahren 2011 bis Mitte 2014. Die Beklagte macht jedoch erstmals in ihrer Klageantwort vom 28. November 2014 geltend, diese seien nicht werkvertragskonform. So führt die Beklagte denn auch aus, wie sich "nun" aufgrund des von ihr am 28. August 2014 – und somit nach Eingang der Klage vom 14. August 2014 beim hiesigen Gericht – beauftragten "externen Gutachters" Q._____ herausgestellt habe, würden die verrechneten Positionen nicht den werkvertraglichen Tarifen entsprechen (act. 14 Rz. 62 sowie Rz. 106 ff.; act. 51 Rz. 509). Daraus

- 65 - geht hervor, dass die Beanstandungen der Beklagten hinsichtlich der fehlenden Werksvertragskonformität erst Monate bzw. Jahre nach Ausstellung der streitgegenständlichen Nachträge erfolgt sind, und dies überdies erst im Rahmen des vorliegenden Gerichtsverfahrens. Ein solches Vorgehen ist – wie die Klägerin zu Recht ausführt (vgl. act. 47 Rz. 119 f.) – widersprüchlich und verstösst gegen das Gebot von Treu und Glauben (vgl. Art. 2 ZGB). Das Vorbringen der Beklagten, wonach die Genehmigung nur insoweit und unter der Bedingung rechtswirksam erteilt worden sei, als die nachträglich offerierten Leistungen nicht bereits durch die Werkvertragspauschale abgedeckt bzw. im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen seien, sowie die Genehmigung andererseits unter dem Vorbehalt gestanden habe, dass die berücksichtigten Tarife den Konditionen und Bedingungen im Werkvertrag entsprochen hätten, ist demnach aufgrund von Rechtsmissbräuchlichkeit nicht zu hören (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB). Abschliessend gilt es zu berücksichtigen, dass die Beklagte einen Grossteil der Nachträge, welche von ihr mit dem "Vorbehalt der Werksvertragskonformität" versehen wurden, bezahlt hat (vgl. bspw. act. 16/284; act. 16/285; act. 14 Rz. 703 f.). Selbst wenn der besagte Vorbehalt der Werksvertragskonformität somit – entgegen den obigen Ausführungen – als zulässig bzw. als nicht rechtsmissbräuchlich betrachtet würde, hätte die Beklagte zumindest in diesen Fällen spätestens mit der Bezahlung der mittels den Nachtragsofferten vereinbarten Beträge den Vorbehalt jeweils konkludent aufgehoben. Auch ist der Klägerin zuzustimmen (vgl. act. 47 Rz. 116), wonach Vorbehalte, welche die Beklagte zwar auf den ursprünglichen klägerischen Nachtragsofferten angebracht hat, nicht mehr jedoch auf den im Anschluss daran von ihr ausgestellten Pauschalnachträgen, spätestens durch diese Unterlassung überholt sind.

E. 5.9.3

Zwischenfazit Die Beklagte kann sich aus den dargelegten Gründen nicht auf den Vorbehalt der Werkvertragskonformität berufen.

- 66 -

E. 5.10

Putativänderung Die Beklagte führt in der Duplik aus, Nachträge aus „Bestellungsänderungen“ seien eventualiter auch ohne expliziten Vorbehalt der Werkvertragskonformität nicht zu vergüten, wenn es sich bei den darin enthaltenen Leistungen um solche handle, welche bereits im Leistungsverzeichnis enthalten bzw. von der Vollständigkeitsklausel umfasst würden, da dann sog. Putativänderungen, also vermeintliche Bestellungsänderungen, vorlägen (act. 51 Rz. 1021; act. 51 Rz. 374). Keine Bestellungsänderung, auch nicht im Sinne der SIA-Norm 118, ist gemäss Gauch die sog. Putativänderung, welche nur eine vermeintliche Bestellungsänderung sei. Ihr Merkmal bestehe darin, dass der Besteller in Verkennung der bestehenden Vertragslage eine "Bestellungsänderung" (einseitig) anordne oder mit dem Unternehmer vereinbare, die in Wirklichkeit keine Änderung der Bestellung sei, weil das mit der "Änderung" Gewollte schon mit der bisher geschuldeten Leistung übereinstimme, also nicht davon abweiche. Dass eine solche Putativänderung, namentlich die Bestellung vermeintlicher „Zusatzleistungen“, die der Unternehmer ohnehin schon schulde, keinen Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung auslösen könne, liege auf der Hand und gelte unbekümmert darum, ob der Unternehmer die Vertragslage in gleicher Weise verkannt habe wie der Besteller oder nicht. Eine Irrtumsanfechtung der Putativänderung sei nicht erforderlich, weil die vermeintliche Bestellungsänderung von vornherein keine rechtsgeschäftliche Wirkung auf die Leistungspflicht des Unternehmers und dessen Vergütungsanspruch entfalte. Das Letztere gelte auch dann, wenn die Parteien sich lediglich über die Art und Weise geeinigt hätten, wie ein Mehraufwand aus der vermeintlichen Bestellungsänderung zu vergüten sei. Eine solche Vereinbarung sei gegenstandslos, da es realiter an einer Bestellungsänderung fehle, die einen Mehraufwand begründe. Anders verhalte es sich dagegen mit einer Vereinbarung, in der sich der Besteller vertraglich verpflichtet habe, dass er dem Unternehmer für die vermeintliche Bestellungsänderung eine Mehrvergütung leiste. Diese Vereinbarung binde den Besteller unter dem Vorbehalt, dass er sich auf einen Willensmangel, namentlich auf einen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR),

- 67 - berufen könne und dies auch rechtzeitig (Art. 31 OR) tue (GAUCH, a.a.O., N. 810c). Die zitierte Lehrmeinung ist – wie die Klägerin zutreffend ausführt (vgl. act. 65 Rz. 277) – unklar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, worin der Unterschied zwischen der "Vereinbarung" einer (vermeintlichen) Bestellungsänderung, sowie der als Ausnahmefall genannten "Vereinbarung, in der sich der Besteller vertraglich verpflichtet habe, dem Unternehmer für die vermeintliche Bestellungsänderung eine Mehrvergütung zu leisten", liegen soll. Auch gilt gemäss dem selben Autor im Vertragsrecht der Grundsatz der Aufhebungsfreiheit, d.h. "die Freiheit, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung wieder aufzuheben (actus contrarius) oder inhaltlich zu ändern" (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 616). Selbst wenn die Nachtragsvereinbarung somit Leistungen beschlagen sollte, welche bereits im Leistungsumfang bzw. in der Vergütungsregelung des bestehenden Vertrages enthalten wären, spricht ausgehend von der Aufhebungsfreiheit grundsätzlich nichts dagegen, dennoch Nachtragsvereinbarungen

abzuschliessen. Diesfalls würden die Parteien lediglich zum Ausdruck bringen, dass sie den bestehenden Leistungsumfang anders oder zusätzlich vergüten oder dass sie Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Leistungsumfang bzw. der Vergütung regeln bzw. klären wollen. Hinzu tritt, dass mit den vorliegend streitgegenständlichen Nachträgen gerade ausschliesslich vertragliche Vereinbarungen i.S. der von Gauch beschriebenen Ausnahme zur Putativänderung in Frage stehen, welche den Besteller unter dem Vorbehalt, dass er sich auf einen Willensmangel – namentlich auf einen Grundlagenerirrung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) – berufen kann und er dies auch rechtzeitig (Art. 31 OR) tut, binden. Mit anderen Worten liegen gerade keine Putativänderungen vor.

- 68 -

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 gewesen wären, hätte sie diese niemals genehmigt bzw. gar teilweise bezahlt (act. 14 Rz. 59 ff.). Sie beruft sich deshalb subeventualiter auf eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR bzw. subsubeventualiter auf einen Grundlagenerirrung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (vgl. act. 51 Rz. 376 ff. sowie Rz. 383 f.).

E. 5.11.2

Rechtliches 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, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., 2013, Art. 28 N. 69 ff.; SCHWENZER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, Art. 28 N. 3 ff.). Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Grundlagenerirrung 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 Vertrages wegen Willensmangels ist ausgeschlossen. Das bewuss-

- 69 - te 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A_308/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 5.2; BGE 130 III 49 E. 1.2;

BGE 88 II 422 E. 2d; BGE 116 II 431 E. 3; BGE 117 II 228 E. 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 761 ff.; SCHWENZER, a.a.O., Art. 23 N. 2 f. und Art. 28 N. 4 ff.; SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 23/24 N. 7 und Art. 28 N. 31 ff. und N. 58 ff.). Der Vertrag gilt indes als 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 Die Beklagte bringt bei den Nachträgen (teilweise) vor, diese seien in den Leistungsverzeichnissen enthalten und damit durch die Pauschale abgedeckt, weshalb sie sich bei deren Unterzeichnung in einem Irrtum befunden habe (vgl. act. 14 Rz. 59 ff.). Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: In den einzelnen Nachtragsofferten wurden die zu erbringenden Leistungen und Positionen ausgewiesen und beschrieben. Auch wurde jeweils die Vergütungsforderung festgelegt. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die Beklagte eine Abweichung von der Richtigkeit ihrer Vorstellung bewusst auf sich genommen hat. Denn es ist – wie bereits ausgeführt (siehe oben) – nicht einzusehen, weshalb die Beklagte als erfahrene Total- und Generalunternehmerin die Überprüfung mit dem Leistungsverzeichnis nicht bereits vor der Vereinbarung eines Nachtrages hätte vornehmen können, zumal die entsprechenden vertraglichen Grundlagen den Parteien bekannt waren. Zudem hat die Beklagte – worauf die Klägerin zu Recht hinweist (vgl. act. 33 Rz. 87 ff.) – spätestens durch das Anbringen des Vorbehaltes der Werksvertragskonformität auf den jeweiligen Nachtragsofferten Zweifel über die Frage, ob die vereinbarten Leistungen nicht bereits im bestehenden Werkvertrag enthalten sind, Ausdruck verliehen. So gibt die Beklagte denn auch

- 70 - unumwunden zu, dass es in der Hektik eines Bauprozesses, insbesondere bei einem derart grossen und komplexen sowie unter einem enormen Zeitdruck zu vollendenden Projekt wie dem F.____-Areal den Projektleitern kaum möglich sei, die zahlreich gestellten Nachträge umfassend und abschliessend auf ihre Konformität mit dem Werkvertrag hin zu überprüfen (vgl. act. 14 Rz. 47). 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. Selbst wenn jedoch – entgegen diesen Ausführungen – 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 Nachhinein 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. 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 begründet und offengelegt wurden. Zudem standen sich stets auf beiden Seiten im

Bauwesen fachkundige Akteure gegen- über, die sich auf "Augenhöhe" begegnet sind. Eine Täuschungsabsicht liesse sich demnach auch nicht begründen. Hinzu kommt, dass eine konkrete Täuschungsabsicht seitens der Beklagten ohnehin nicht hinreichend dargetan wird. Die pauschalen und unsubstantiierten Ausführungen der Beklagten, wonach sich

- 71 - die Täuschungsabsicht der Klägerin aus dem Umstand ergebe, dass diese der Beklagten "eine hohe Quote von unberechtigt gestellten Nachträgen vorgelegt habe" (vgl. act. 51 Rz. 381), verfangen nicht. Vielmehr hätte es der Beklagten ob- legen, hinsichtlich jedes einzelnen Nachtrages substantiiert darzutun, wer von wem inwiefern getäuscht worden sei. Folglich liegen auch die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR nicht vor. Wie bereits ausgeführt (siehe oben), hat die Beklagte die Nachträge jeweils in bewusstem Nichtwissen abgeschlossen, was einen (Grundlagen-)Irrtum bereits ausschliesst. Hinzu tritt jedoch, dass die Beklagte bei den jeweiligen Nachträgen auch nicht vorbringt, weshalb jeweils von einem wesentlichen Irrtum auszugehen wäre bzw. worin die Wesentlichkeit eines allfälligen Irrtums überhaupt liegen soll- te. Zusammenfassend liegen die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR demnach nicht vor. Hinsichtlich der Jahresfrist gemäss Art. 31 OR führt die Beklagte verschiedentlich aus, der Irrtum sei erst infolge des von ihr engagierten "Gutachters" Q._____ be- kannt geworden, welcher seine Resultate der Beklagten "in den letzten Wochen" präsentiert hätte (vgl. act. 14 Rz. 59 und 62), was von der Klägerin bestritten wird (vgl. act. 33 Rz. 126). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb ein Abgleich des Leistungsverzeichnisses mit den klägerischen Nachtragsofferten nicht schon früher möglich gewesen wäre bzw. der Mithilfe von Q._____ bedurft hätte. Inso- weit hätte die Beklagte den Irrtum nach der den Umständen zu erwartenden Auf- merksamkeit bereits viel früher erkennen müssen (BGE 109 II 434 = Pra 73 [1984] Nr. 78, dictum in E. 2 zu Art. 31 OR). Zudem beruft sich die Klägerin mit Bezug auf die Frage der Einhaltung der einjäh- rigen Anfechtungsfrist zu Recht auf das Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 22. Februar 2013 (act. 16/28), worin von der Bereinigung von Abrechnungen, Nachtrags- und Regieforderungen die Rede ist, sowie auf das Schreiben vom

E. 5.11.4

Zwischenfazit Die Beklagte kann sich aus den dargelegten Gründen nicht auf Willensmängel be- rufen.

- 74 -

E. 5.12

Leistungen angeblich nicht erbracht Die Beklagte stellt sich bei der Bestreitung von Einzelpositionen teilweise auf den Standpunkt, diese seien seitens der Klägerin gar nicht erbracht worden (vgl. act. 14 Rz. 93 ff.; act. 51 Rz. 1265 ff.). Wie bereits ausgeführt (siehe oben), stammen die streitgegenständlichen Nach- tragsofferten der Klägerin aus den Jahren 2011 bis Mitte 2014. Nicht erstell ist, wann bzw. ob eine gemeinsame Prüfung des Werks bzw. der jeweiligen Teilpro- jekte stattgefunden hat bzw. ob eine der Parteien eine solche verlangt hat. So bringt die Beklagte lediglich vor, für jedes der einzelnen Teilprojekte und z.T. auch Teilobjekte seien von Anfang an separate Projektleiter und Bauleiter vorgesehen gewesen, welche ihre Tätigkeiten im Rahmen des Projektes F._____ -Areal "nach Abnahme" der verschiedenen Teilprojekte und -objekte beendet hätten (act. 14 Rz. 73). Wann und inwiefern diese angeblichen Abnahmen erfolgt sind, ist unklar. Die Klägerin führt dagegen aus, sie habe – mit Ausnahme der ausgeklammerten Positionen im "I._____"

sowie in den noch auszubauenden Wohnungen – am 8. August 2014 final abgerechnet (act. 1 Rz. 61). Dies deckt sich denn auch mit der klägerischen Schlussabrechnung, welche vom 8. August 2014 datiert (act. 4/32). Die Beklagte bringt dagegen nicht vor, die Schlussabrechnung sei ihr nicht zugestellt worden. Da eine Schlussabrechnung nur zugestellt wird, wenn die Arbeiten abgeschlossen sind, ist darin eine Vollendungserklärung mitenthalten (vgl. Urteil des Handelsgericht des Kantons Zürich HG120015 vom 18. Juni 2013 E. 4.4.3.1). Unterbleibt nach Anzeige der Vollendung (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118) die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen, weil entweder keine Partei die Prüfung verlangt oder von Seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk (oder der Werkteil) mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen (Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118). Ausgehend von dieser Grundregel gilt demnach das streitgegenständliche Werk bzw. gelten die streitgegenständlichen Werkteile – ungeachtet der Tatsache, dass gewisse Teilprojekte und -objekte allenfalls bereits früher abgenommen wurden – mangels gemeinsamer Prüfung innert Monatsfrist spätestens per 10. September 2014 als abgenommen.

- 75 - Die Beklagte bringt jedoch erstmals in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 28. November 2014 und demnach mehrere Monate bzw. Jahre nach Vereinbarung der jeweiligen Nachtragsofferten sowie mehr als zwei Monate nach der spätest möglichen Abnahme des streitgegenständlichen Werkes bzw. Werkteiles vor, dass gewisse per Nachtrag vereinbarte Leistungen angeblich gar nicht ausgeführt worden seien. Dies geht jedoch nicht an. Vielmehr hätte es der Beklagten – aus gewiesenermassen eine erfahrene Total- und Generalunternehmerin (vgl. act. 1 Rz. 11; act. 14 Rz. 65) – obliegen, unmittelbar nach der Vereinbarung der jeweiligen Nachtragsofferten zu prüfen, ob die darin vereinbarten Leistungen ausgeführt wurden oder nicht und dies entsprechend sofort zu rügen. Dies insbesondere deshalb, weil das streitgegenständliche Projekt F. _____-Areal unter einem enormen Zeitdruck zu vollenden war, wie die Beklagte selbst zugibt (vgl. act. 14 Rz. 47). In dem die Beklagte jedoch erst mehrere Monate bzw. Jahre nach Vereinbarung der jeweiligen Nachtragsofferten bzw. sogar erst nach der spätest möglichen Abnahme des Werkes bzw. der jeweiligen Werkteile im Rahmen des vorliegenden Gerichtsverfahrens in der Klageantwort und Widerklage vom 28. November 2014 erstmals pauschal behauptet, gewisse Einzelpositionen seien angeblich gar nie erbracht worden, ist dieses Vorbringen offensichtlich verspätet und aufgrund von Rechtsmissbräuchlichkeit nicht zu hören (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).

E. 5.13

Fazit Die von den 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. Beststellungsänderungen) 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 regel-

- 76 - mässig der Fall war und mit der Bevollmächtigung eines einzelnen Bauleiters in Einklang stand. Die von der Beklagten gegen eine konsensuale Einigung vorgebrachten

Argumente (Vorbehalt der Werksvertragskonformität, Putativänderung, Willensmängel) vermögen nicht durchzudringen. Auch ist das Vorbringen, wonach gewisse Einzelpositionen angeblich gar nicht erbracht worden seien, verspätet und demnach nicht zu hören. Vor diesem Hintergrund gilt es nachfolgend das Quantitativ zu ergründen.

E. 5.14

Einzelne Positionen

E. 5.14.1

Überblick Die Klägerin macht gesamthaft folgende Nachträge geltend (act. 47 Rz. 1221):
offener Betrag ge- offener Betrag mäss Klage gemäss Replik Anlageteil / Beschreibung Nachträge

E. 5.14.2

Mehrkosten-Nachträge / Bauablaufstörungen

E. 5.14.2.1

Einleitung Die Klägerin macht insgesamt Mehrkosten-Nachträge ("MK-Nachträge") im Umfang von CHF 1'653'000.– (exkl. MWST) bzw. CHF 1'785'240.– (inkl. MWST) geltend. Davon seien CHF 932'441.30 (inkl. MWST) bereits getilgt und CHF 852'798.70 (inkl. MWST) noch offen. Die Mehrkosten-Forderungen seien "im Grundsatz an den Prozentanteilen gemäss der beklaglichen Auftragsbestätigung orientiert" auf die einzelnen Teilobjekte aufgeteilt worden, wobei die Prozentanteile in Einzelfällen "angepasst" worden seien. Im Einzelnen resultiere folgende Berechnung (act. 47 Rz. 355 ff.):

Teilobjekt	Betrag	MK-Betrag	%-Anteil an Gerundeter	%-An-	Bemerkungen
Forderung					
Gesamtsumme	5'324'074				exkl. MWST inkl. MWST MK-Summe von CHF
Forderung von	5'324'074				exkl. CHF 1'653'000 MWST exkl. MWST
gemäss Auftragsbestätigung					Erschliessung 28'000 30'240 1.7% 1.875% Kunst Neubau ...
176'000	190'080	10.6%	4.8%		Erhöhter Anteil, AE. _____ da Komplexität relativ gross
Aufstockung	16'000	17'280	1.0%	1.1%	Kunst H. _____ - 141'000 152'280 8.5% 7.0%
Hauptgebäude	402'000	434'160	24.3%	39.7%	Reduzierter Anteil, da Komplexität relativ tief
Tiefgarage	22'000	23'760	1.3%	2.8%	Komplexität tief
G. _____-Halle	113'000, 122'040, wo-	6.8%	4.4%		wovon noch von noch 4'627 offen 4'998 offen

- 79 - Zum einen stützt sich die Klägerin hinsichtlich der offenen Mehrkosten-Forderungen im Gesamtumfang von CHF 852'798.70 auf sieben Nachtragsofferten – allesamt datierend vom 20. August 2013 – welche sie der Beklagten jeweils zur Genehmigung unterbreitet habe. Konkret handelt es sich dabei um die Nachtragsofferte Nr. 131677 in Höhe von CHF 30'240.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 1.2 Erschliessung Kunst (act. 4/84), die Nachtragsofferte Nr. 131678 in Höhe von CHF 190'080.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 1.3 Neubau ... / AE. _____ (act. 4/115), die Nachtragsofferte Nr. 131679 in Höhe von CHF 17'280.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 1.4 Aufstockung Kunst (act. 4/116), die Nachtragsofferte Nr. 131680 in Höhe von CHF 152'280.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 2.1 H. _____-Hauptgebäude (act. 4/120), die Nachtragsofferte Nr. 131681 in Höhe von CHF 434'160.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt 2.2 Hochhaus Mitte (act. 4/150), die Nachtragsofferte Nr. 131683 in Höhe von CHF 23'760.– (inkl. MWST) hinsichtlich dem Teilobjekt

E. 5.14.2.2

Rechtliches und Würdigung Wie die Beklagte zu Recht vorbringt (vgl. act. 51 Rz. 1358), wird aus den klägerischen Ausführungen nicht zweifelsfrei ersichtlich, welche behaupteten Mehraufwendungen nun in Form von Schadenersatz und welche in Form von Nachträgen geltend gemacht werden. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass die Klägerin ihre offenen Mehrkosten-Forderungen im Gesamtumfang von CHF 852'798.70 einerseits gestützt auf die sieben fraglichen Nachtragsofferten geltend macht, diese andererseits jedoch alternativ auch als Schadenersatz einverlangt. Nachfolgend ist deshalb auf beide Anspruchsgrundlagen einzugehen.

- 81 - Offen bleiben kann, ob die klägerischen Schadenersatzforderungen für Mehrkosten bereits auf formalen Gründen scheitern bzw. ob diese vertraglich wegbedungen wurden, wie dies die Beklagte behauptet (vgl. act. 14 Rz. 46; act. 51 Rz. 1086 sowie Rz. 1348), und was von der Klägerin bestritten wird (vgl. act. 47 Rz. 110 ff.). Ebenfalls offen bleiben kann die in der Lehre umstrittene Frage, ob die Vorschriften gemäss Art. 34 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 1 der SIA-Norm 118 sowie die Erstellung eines Terminprogramms seitens der Bauherrin als vertragliche Pflichten zu qualifizieren sind, wie dies die Klägerin behauptet (act. 47 Rz. 331 f.), oder ob diese lediglich Obliegenheiten darstellen, wie von der Beklagten ausgeführt (act. 51 Rz. 1357 ff., vgl. zu dieser Frage: SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 94 N. 2, STÖCKLI/REY, Mehrvergütung wegen Mitwirkungsverzugs des Bestellers, Die Rechtsprechung/La Jurisprudence, BR/DC 6/2016, S. 334 f.). So legt die Klägerin einerseits – worauf die Beklagte zu Recht hinweist (vgl. act. 51 Rz. 1349 ff.) – nicht ausreichend dar, worin die (angebliche) Pflichtverletzung liegen soll bzw. inwiefern die Beklagte konkret Art. 34 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 1 SIA-Norm 118 verletzt haben soll. Insbesondere geht es nicht an, pauschal auf (angebliche) Zugeständnisse der Beklagten in der E.____-Klage abzustellen. So wird von der Beklagten im vorliegenden Verfahren denn auch bestritten, dass der Bau des streitgegenständlichen Projektes F.____-Areal nicht organisiert gewesen bzw. dass die Projektplanung der Beklagten schon von Beginn an unstrukturiert und chaotisch gewesen sei, so dass dadurch „erhebliche Mehrkosten“ auf Seiten der Klägerin entstanden seien (vgl. act. 51 Rz. 1346; 14 Rz. 191). Andererseits unterlässt es die Klägerin auch, die Tatbestandselemente der von ihr angerufenen Anspruchsgrundlagen substantiiert und nachvollziehbar darzulegen. Weiter verlangt die Klägerin die ermessensweise Schätzung des nicht bezifferbaren Schadens vom Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR (act. 47 Rz. 334). Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die einem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Unter Umständen

- 82 - kann sich somit eine analoge Anwendung im Falle eines Mehraufwands aufgrund einer Beststellungsänderung bzw. eines Annahmeverzugs rechtfertigen (vgl. HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, 2004, S. 835 f.). Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für die beweispflichtige Partei tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Entsprechend hat auch das Bundesgericht die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schadensschätzung stets hoch angesetzt (vgl. statt vieler

BGE 128 III 271, E. 2b; KESSLER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, Art. 42 N. 10 und N. 10b). Gerade einer Unternehmerin ist es bei einer Leistungsänderung infolge einer Beststellungsänderung grundsätzlich immer zuzumuten, den strikten Beweis für die Bemessung des Nachtragspreises zu erbringen. Das gilt auch für Nachtragspreise wegen besonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 und für Mehrkosten von Beschleunigungsmassnahmen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118 (vgl. SPIESS, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, recht 4/2012, S. 122 f.). Entsprechend hat diejenige Unternehmerin, welche sich auf Art. 42 Abs. 2 OR stützt, dies eingehend zu begründen. Schliesslich ist zu beachten, dass keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR möglich ist, wenn der Nachweis des konkreten Schadens bzw. Mehraufwands zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in der Verantwortung des Beweispflichtigen liegt (vgl. BGE 134 III 306, E. 4.3). Kommt Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung, so hat die beweispflichtige Partei alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten – Art. 42 Abs. 2 OR enthebt auch nicht von der Substantiierungspflicht – und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219, E. 3.a). Schliesslich hat die be-

- 83 - weispflichtige Partei taugliche Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands zu stellen (KESSLER, a.a.O., Art. 42 Rz. 10b). Die Klägerin führt hinsichtlich des Schadens aus, der internen Kalkulation der Klägerin sei die zulässige Annahme zugrunde gelegen, dass der Bau geordnet ablaufen und sich der Ressourceneinsatz im üblichen Rahmen halten werde. Aufgrund der von der Beklagten in der E.____-Klage eingeräumten Tatsache, dass der Bau nicht organisiert, sondern improvisiert gewesen sei und ein Terminprogramm gefehlt habe, seien jedoch weit mehr Ressourcen für das Projekt "F.____" vorzuhalten gewesen, als ursprünglich eingeplant. Diese zusätzlichen Ressourcen hätte man "problemlos" auf anderen Projekten einsetzen könne, deren Akquisition aufgrund der Vollbeschäftigung der Konkurrenz kein Problem gewesen sei. Daraus folge, dass sich der Schaden in der Differenz zwischen der Summe von Werkvertrag und Nachträgen und der effektiven Aufwendungen der Klägerin, die sich aus deren Nachkalkulation ergeben würden, errechne (act. 47 Rz. 345 ff.). Die Summe der von der Klägerin an die Beklagte fakturierten Leistungen betrage total CHF 12'992'993.– exkl. MWST und CHF 14'032'432.– inkl. MWST. Von diesen Beträgen würden CHF 1'653'000.– exkl. MWST bzw. CHF 1'785'240.– inkl. MWST auf Mehrkosten-Nachträge entfallen. Entsprechend habe die Klägerin für Werkvertrag, Nachträge und Regien ohne "MK-Nachträge" CHF 11'339'992.– exkl. MWST bzw. CHF 12'247'192.– inkl. MWST in Rechnung gestellt (act. 47 Rz. 351). Die Summe der internen Nachkalkulationen der Klägerin belaufe sich auf CHF 14'859'050.–. Es resultiere somit eine Differenz von CHF 3'519'058.– exkl. MWST zwischen den fakturierten Leistungen (ohne "MK-Nachträge") und den effektiven Kosten. Die Klägerin habe sich entschlossen, aus Kulanz gegenüber der Beklagten mit Mehrkostenforderungen von CHF 1'653'000.– wenigstens im Umfang von (gerundet) CHF 13 Mio. exkl. MWST bzw. (gerundet) CHF 14 Mio. inkl. MWST ihre Aufwendungen in Rechnung zu stellen. Von der "MK-Forderung" von CHF 1'653'000.– exkl. MWST bzw. CHF 1'785'240.– inkl. MWST seien CHF 932'441.30 inkl. MWST getilgt und CHF 852'798.70 inkl. MWST noch offen (act. 47 Rz. 352 ff.).

- 84 - Wie die Beklagte zu Recht ausführt (vgl. act. 51 Rz. 1364), sind diese Ausführungen der Klägerin zum Schaden ungenau, nicht nachvollziehbar und unsubstantiiert. Insbesondere die Ausführungen, wonach sich der Schaden in der Differenz zwischen der Summe von Werkvertrag und Nachträgen einerseits und der effektiven Aufwendungen der Klägerin andererseits, die sich aus deren Nachkalkulation ergeben würden, errechnen, bleibt unklar. Inwiefern sich aus der von der Klägerin eingereichten "Nachkalkulation" (act. 48/376) – ein unübersichtliches A4 Blatt mit diversen Zahlen, Abkürzungen und Grafiken – ein Schaden herleiten sollte, kann nicht nachvollzogen werden. Vielmehr sind die klägerischen Ausführungen – worauf die Beklagte zu Recht hinweist (vgl. act. 51 Rz. 1364) – sogar widersprüchlich. So ist davon auszugehen, dass die Klägerin entsprechend ihren Ausführungen bei der Herleitung des Schadens einerseits die Nachträge (und somit auch die 7 vorliegend strittigen Mehrkosten-Nachtragsofferten) miteinbezogen hat, die andererseits wiederum nochmals bzw. alternativ in gleicher Höhe als separate Mehrkosten-Nachtragsofferten geltend macht. Mit anderen Worten gelingt es der beweispflichtigen Klägerin nicht, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern würden, soweit möglich und zumutbar zu behaupten. Auch sind die von der Klägerin offerierten Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands nicht genügend geeignet. Die Klägerin macht weiter geltend, da vorliegend ein Vertragsverhältnis sowie dispositives Bundesrecht vorliegen würden, könnten sich die Parteien über die Substantiierungstiefe einigen. Die Beklagte habe in der E.____-Klage explizit dargetan, dass ihr eine Substantiierung nicht möglich sei und dass sie deshalb von der Substantiierungspflicht zu dispensieren sei. Für das vorliegende Verfahren bedeute diese Position nichts anderes, dass das Substantiierungsmass bezüglich Art. 42 Abs. 2 OR tief sei, wenn überhaupt bezüglich Art. 42 Abs. 2 OR substantiiert werden müsse. Die Klägerin schliesse sich dieser Auffassung an, weshalb die Parteien eine Einigung bezüglich des Substantiierungsmasses gefunden hätten (act. 47 Rz. 362 ff.).

- 85 - Abgesehen davon, dass vorliegend umstritten ist, ob überhaupt vertragliche Mitwirkungspflichten zur Diskussion stehen, vermögen die klägerischen Ausführungen nicht zu überzeugen. Einerseits bestreitet die Beklagte, dass eine Einigung hinsichtlich dem Substantiierungsmass getroffen worden sei (vgl. act. 51 Rz. 1380 f.). Andererseits ist nicht ersichtlich, inwiefern aus (angeblichen) Ausführungen der Beklagten in einem anderen Verfahren auf einen Konsens hinsichtlich dem Substantiierungsmass im vorliegenden Verfahren geschlossen werden könnte. Ob die klägerischen Ausführungen im vorliegenden Verfahren zudem dem Niveau der beklagten Ausführungen im Verfahren gegen die E.____ entsprechen bzw. ob die hiesige klägerische Substantiierung "nicht weniger intensiv" sei als diejenige der Beklagten bezüglich ihrer Eigenleistungen und internen Kosten in der E.____-Klage ist zudem nicht von Relevanz. Vielmehr deuten diese klägerischen Ausführungen jedoch darauf hin, dass sich die Klägerin der mangelhaften Substantiierung ihrer Mehrkosten-Forderung im vorliegenden Verfahren bewusst ist. Hinzu tritt, dass die Klägerin – worauf die Beklagte zu Recht hinweist (vgl. act. 51 Rz. 1365) – neben dem Schaden auch die Kausalität zwischen der behaupteten Vertragsverletzung und dem angeblichen Schaden nicht hinreichend dargetut, weshalb ein Schadenersatzanspruch zusammenfassend scheitert. Wie oben bereits ausgeführt, hat die Beklagte zudem keine der 7 streitgegenständlichen Nachtragsofferten unterzeichnet (vgl. act. 4/84; act. 4/115; act. 4/116; act. 4/120; act. 4/150; act. 4/217; act. 4/233). Somit fehlt es an einer gültigen Vereinbarung und Genehmigung und der Vergütungsanspruch der Klägerin hinsichtlich der

Mehrkosten-Nachträge im Umfang von CHF 852'798.70 (inkl. MWST) scheitert auch gestützt auf diese Anspruchsgrundlage (vgl. dazu auch die Einzelpositionen unten).

E. 5.14.2.3

Zwischenfazit Zusammenfassend besteht kein klägerischer Vergütungsanspruch hinsichtlich der geltend gemachten Mehrkosten-Nachträge.

- 86 -

E. 5.14.3

Einzelpositionen geordnet nach Teilobjekt Nachfolgend werden sämtliche Einzelpositionen gestützt auf die bereits dargelegten Grundlagen (siehe oben) in tabellarischer Form abgehandelt, wobei chronologisch dem Aufbau der Klageschrift (act. 1 Rz. 71 ff.) gefolgt wird. Zudem werden für die einzelnen Rechnungen und Positionen – der Einfachheit und Übersicht halber – die gleichen Bezeichnungen verwendet wie in der Klageschrift. Zwar weichen die in der Klageschrift verwendeten Bezeichnungen bzw. Überschriften teilweise von denjenigen ab, welche auf den einzelnen Rechnungen sowie Nachtragsofferten bzw. Pauschalnachträgen effektiv angebracht worden sind. Auch wurden gewisse in der Klageschrift verwendete Bezeichnungen in der Replik angepasst. Da die einzelnen Nachtragspositionen jedoch sowohl in den klägerischen als auch in den beklaglichen Rechtsschriften in (identischer) chronologischer Reihenfolge abgehandelt wurden und aufgrund der klägerischen Bezeichnungen bzw. Überschriften im Grundsatz immer erkennbar ist, welche Position damit gemeint ist, wird nachfolgend lediglich ein Aktenverweis hinsichtlich den jeweiligen Rechnungen sowie – hinter dem Titel bzw. Oberbegriff für den jeweiligen Nachtrag – ein Verweis auf die entsprechenden Nachtragsofferten und / oder Pauschalnachträge, welche der Rechnung zugrunde liegen, angebracht. Auf Verweise auf die Rechtsschriften wird dagegen verzichtet. Zu beachten gilt es hinsichtlich der klägerischen Forderung auch, dass – entgegen dem Aufbau der klägerischen Rechtsschriften – an erster Stelle immer die jeweilige Rechnung zu nennen ist, und nicht der Nachtrag, welcher der Rechnung zugrunde liegt.

E. 5.14.3.1

TO 1.1 W.____-Lager 1 / W.____-Lager 2 / Flaschengeschäft Hinsichtlich dem TO 1.1 W.____-Lager 1 / W.____-Lager 2 / Flaschengeschäft resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 130762 vom 9. April 2013 (act. 4/59); 128-193 AA.____ Wärmeanforderung (act. 4/58) 1'462.05 0.00 Rechnung Nr. 130760 vom 9. April 2013 (act. 4/61); Anpassung Telefon Internetanschluss GLS (act. 4/60) 2'210.45 0.00 Rechnung Nr. 130746 vom 9. April 2013 (act. 4/63); Umbau AA.____ Lifte (act. 4/62) 23'677.50 23'677.50

- 87 - Rechnung Nr. 130744 vom 9. April 2013 (act. 4/65); Schlüsselschalter AB.____-Strasse ... (act. 4/64) 1'062.45 1'062.45 Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41);

E. 5.14.3.2

TO 1.2 Erschliessung Kunst Hinsichtlich dem TO 1.2 Erschliessung Kunst resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 122136 vom 29. August 2012 (act. 4/78); Beleuchtung Erschliessung Kunst (act. 16/60; act. 16/61) 3'650.00 3'650.00

Sammelrechnung Nr. 140335 betr. Teilprojekt 1.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/42); Anpassungen Trasse (act. 4/79; act. 4/80) 795.75 795.75 Sammelrechnung Nr. 140335 betr. Teilprojekt 1.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/42); Anpassung Aussenbeleuchtung Kunst (act. 4/81) 4'642.40 0.00 Rechnung Nr. 130755 vom 9. April 2013 (act. 4/83); Beleuchtung KB1 / Treppenhaus 1. UG / AP neu UP (act. 4/82) 1'056.30 1'056.30 Sammelrechnung Nr. 140335 betr. Teilprojekt 1.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/42); MK Erschliessung Kunst (act. 4/84) 30'240.00 0.00 Zwischentotal TO 1.2 Erschliessung Kunst 40'384.45 5'502.05

E. 5.14.3.3

TO 1.3 Neubau ... / AE._____ Hinsichtlich dem TO 1.3 Neubau ... / AE._____ resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 120916 vom 15. Mai 2012 (act. 4/86); KNX Nachtrag (act. 4/85) 5'007.35 0.00 Rechnung Nr. 130751 vom 9. April 2013 (act. 4/89); KNX Nachtrag (act. 4/87; act. 4/88) 4'879.20 4'879.20 Rechnung Nr. 130745 vom 9. April 2013 (act. 4/92); Treppenhausbeleuchtung (act. 4/90; act. 4/91) 3'730.70 3'730.70 Rechnung Nr. 130750 vom 9. April 2013 (act. 4/95); NT 27 Nachlieferung HIT Spot's FQ (act. 4/93; act. 4/94) 3'203.35 3'203.35 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); GSM BMA (act. 4/96; act. 4/97) 3'135.10 3'135.10 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Dachbeleuchtung (act. 4/98; act. 4/99) 4'180.10 4'180.10 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Umrüsten der Notbeleuchtung (act. 100; act. 101) 7'062.60 7'062.60 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Ausbau der Notlichtmodule (act. 4/102; act. 4/103) 2'176.25 2'176.25 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); AJ._____ (act. 4/104) 71'409.80 71'409.80 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Wertschutz (act. 4/105) 57'240.00 37'011.20 Rechnung Nr. 130758 vom 9. April 2013 (act. 4/107); Anpassungen Wechselrichter (act. 4/106) 1'041.65 0.00

- 89 - Sammelrechnung Nr. 140332 betr. Teilprojekt 1.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/41); Türen NW E.01 / E.02 (act. 4/108) 4'001.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Türen 00.00.06 & 01.00.07 (act. 4/109) 4'581.15 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Anpassungen an der HV (act. 4/110) 3'987.65 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); GSA Tischstation (act. 4/111) 1'050.40 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); NT 27 Installationen F0 / Umbau (act. 4/112) 6'907.75 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); NT 27 WLAN Antennen (act. 4/113) 3'689.75 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); Demontage Küche (act. 4/114) 211.30 0.00 Sammelrechnung Nr. 140336 betr. Teilprojekt 1.3 vom 18. Februar 2014 (act. 4/43); MK Neubau ... / AE._____ (act. 4/115) 190'080.00 0.00 Zwischentotal TO 1.3 Neubau ... / AE._____ 377'575.10 136'788.30

E. 5.14.3.4

TO 1.4 Aufstockung Kunst Hinsichtlich dem TO 1.4 Aufstockung Kunst resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 140337 vom 18. Februar 2014 (act. 4/117); MK

Aufstockung Kunst (act. 4/116) 17'280.00 0.00 Zwischentotal TO 1.4 Aufstockung Kunst
17'280.00 0.00

E. 5.14.3.5

TO 2.1 H._____-Hauptgebäude Hinsichtlich dem TO 2.1 H._____-Hauptgebäude resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Sammelrechnung Nr. 140338 betr. Teilprojekt 2.1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/44);

E. 5.14.3.6

TO 2.2 Hochhausmitte Hinsichtlich dem TO 2.2 Hochhausmitte resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 130279 vom 7. Februar 2013 (act. 4/123); Sicherheitsnetz Hochhaus Mitte (act. 4/121; act. 4/122) 33'771.00 33'771.00 Rechnung Nr. 130754 vom 9. April 2013 (act. 4/126); Kosten Unterverteilungen WHG / M-Bus + Trasse (act. 4/124; act. 4/125) 185'729.75 185'729.75 Rechnung Nr. 130749 vom 9. April 2013 (act. 4/129); Anpassungen Exit Leuchte KM1 (act. 4/127; act. 4/128) 2'573.55 2'573.55 Rechnung Nr. 130420 vom 4. März 2013 (act. 4/131); Diverse Offerten zusammengefasst (act. 4/23; act. 4/130) 331'340.00 331'340.00 Rechnung Nr. 130747 vom 9. April 2013 (act. 4/134); Lieferung Schlüsselschalter (act. 4/132; act. 4/133) 15'500.15 15'500.15 Rechnung Nr. 130278 vom 7. Februar 2013 (act. 4/136); Feuerwehrlift (act. 4/135) 2'797.60 0.00 Rechnung Nr. 130298 vom 7. Februar 2013 (act. 4/139); Türen HHM (act. 4/137; act. 4/138; act. 48/392) 127'924.10 127'924.10 Rechnung Nr. 130275 vom 7. Februar 2013 (act. 4/141); Storenschalter (act. 4/140) 45'277.30 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Beleuchtung Liftschacht (act. 4/142; act. 4/143) 1'685.45 1'685.45 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Rauchdruck-Anlage KM1 (act. 4/144) 32'791.90 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Anpassungen Thermostaten Loggia (act. 4/145) 3'676.50 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Lackierung BMW rot (act. 4/146) 678.35 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Beschleunigungsmassnahmen (act. 4/147) 155'823.15 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Anpassung Beleuchtung Lobby (act. 4/148) 15'239.90 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); Mehrpreis UKV Cat. 6 (act. 4/149) 4'164.45 0.00 Sammelrechnung Nr. 140339 betr. Teilprojekt 2.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/45); MK Hochhaus Mitte (act. 4/150) 434'160.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 2-9 (act. 4/151; act. 4/152) 613.80 613.80 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 3-12 (act. 4/153; act. 4/154) 479.00 479.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 3-13 (act. 4/155; 4/156) 1'118.00 1'118.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 4-17 (act. 4/157; act. 4/158) 2'228.00 2'228.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 05-18 // AK._____- Lieferung Rack (act. 4/159) 722.40 0.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO / RR WHG 5-19 (act. 4/161) 2'048.50 2'048.50 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM

Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 5-21 (act. 4/163; act. 4/164) 16'981.65 16'981.65 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 5-21 Erweiterung (act. 4/165; act. 4/166) 10'518.35 10'518.35 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 6-22 (act. 4/167; act. 4/168) 4'016.90 4'016.90

- 91 - Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 6-23 (act. 4/169; act. 4/170) 7'241.80 7'241.80 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 7-24 (act. 4/171; act. 4/172) 743.75 743.75 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 8-27 (act. 4/173; act. 4/174) 13'350.70 13'350.70 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 8-29 (act. 4/175; act. 4/176) 16'167.40 16'167.40 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 8-29 / AF. _____ - LED Band (act. 4/177) 7'306.35 0.00 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 9-30 (act. 4/178; act. 4/179) 3'186.10 3'186.10 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 9-31 (act. 4/180; act. 4/181) 3'479.65 3'479.65 Sammelrechnung Nr. 140340 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 1 vom 18. Februar 2014 (act. 4/46); KWO WHG 9-32 (act. 4/182; act. 4/183) 3'440.20 3'440.20 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 11-36 AG. _____ (act. 4/184) 4'713.45 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 11-37 (act. 4/185; act. 4/186) 7'246.55 7'246.55 Rechnung Nr. 130753 vom 9. April 2013 (act. 4/189); KWO WHG 12-39 (act. 4/187; act. 4/188) 7'751.50 7'751.50 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 13-43 (act. 4/190; act. 4/191) 5'871.55 5'871.55 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 14-44 (act. 4/192; act. 4/193) 1'231.60 1'231.60 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 14-46 (act. 4/194; act. 4/195) 2'639.10 2'639.10 Rechnung Nr. 130752 vom 9. April 2013 (act. 4/198); KWO WHG 15-48 (act. 4/196; act. 4/197) 6'416.90 6'416.90 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 17-52 (act. 4/199; act. 4/200) 5'903.10 5'903.10 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 18-55 / ULK (act. 4/201; act. 4/202) 5'878.30 5'878.30 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 18-55 KNX (act. 4/203) 0.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 18-56 ULK (act. 4/204; act. 4/205) 4'702.60 4'702.60 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 18-56 KNX (act. 4/206) 0.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-57 / ULK (act. 4/207; act. 4/208) 8'229.55 8'229.55 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-57 / Zusatzanpassungen KWO (act. 4/209) 0.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr.

Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-57 / KNX (act. 4/210) 0.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-58 / ULK (act. 4/211; act. 4/212) 5'878.30 5'878.30 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-58 / Zusatzanpassungen KWO (act. 4/213) 0.00 0.00 Sammelrechnung Nr. 140341 betr. Nachtrag HHM Käuferwünsche 2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/47); KWO WHG 19-58 / KNX (act. 4/214) 0.00 0.00 Zwischentotal TO 2.2 Hochhausmitte 1'553'238.20 845'886.85
- 92 -

E. 5.14.3.7

TO 2.3 Neubau ... Hinsichtlich dem TO 2.3 Neubau ... werden keine Nachträge geltend gemacht.

E. 5.14.3.8

TO 2.4 I. _____ Hinsichtlich dem TO 2.4 I. _____ werden keine Nachträge geltend gemacht.

E. 5.14.3.9

TO 2.5 Tiefgarage Hinsichtlich dem TO 2.5 Tiefgarage resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 130757 vom 9. April 2013 (act. 4/216); Anpassung Beleuchtung Tiefgarage (act. 4/215) 3'216.00 0.00 Rechnung Nr. 140342 vom 18. Februar 2014 (act. 4/218); MK Tiefgarage (act. 4/217) 23'760.00 0.00 Zwischentotal TO 2.5 Tiefgarage 26'976.00 0.00

E. 5.14.3.10

TO 3.1 Allgemeine Kosten Hinsichtlich dem TO 3.1 Allgemeine Kosten resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 130763 vom 9. April 2013 (act. 4/221); Grundwasserpumpe (act. 4/219; act. 4/220) 2'932.40 2'932.40 Rechnung Nr. 130763 vom 9. April 2013 (act. 4/221); Rückfühler / Systemtrennung Heizung (act. 4/222; act. 4/223) 2'421.60 2'421.60 Rechnung Nr. 130274 vom 7. Februar 2013 (act. 4/225); Erhöhung Anteil-AH. _____ (act. 4/224) 20'448.20 0.00 Rechnung Nr. 122537 vom 22. Oktober 2012 (act. 4/228); Türverkabelung Allgemeine Technik (act. 4/226; act. 4/227) 1'220.75 1'220.75 Rechnung Nr. 140343 vom 18. Februar 2014 (act. 4/230); Leistungsschalter Berechnungen (act. 4/229) 5'164.55 0.00 Rechnung Nr. 130748 vom 9. April 2013 (act. 4/232); Fernablesung EWZ (act. 4/231) 32'023.20 0.00 Zwischentotal TO 3.1 Allgemeine Kosten 64'210.70 6'574.75

- 93 -

E. 5.14.3.11

TO 3.2 Umgebung Gesamtareal Hinsichtlich dem TO 3.2 Umgebung Gesamtareal werden keine Nachträge geltend gemacht.

E. 5.14.3.12

TO 4.1 G. _____ -Halle Hinsichtlich dem TO 4.1 G. _____ -Halle resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Rechnung Nr. 140347 vom 18. Februar 2014 (act. 4/234); MK

G._____-Halle (act. 4/233) 4'998.70 0.00 Zwischentotal TO 4.1 G._____-Halle 4'998.70 0.00

E. 5.14.3.13

TO 4.2 K._____-Museum Hinsichtlich dem TO 4.2 K._____-Museum resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Sammelrechnung Nr. 140348 betr. Nachtrag 4.2 - K._____-Museum vom 18. Februar 2014 (act. 4/49); MM 08 Telefonie (act. 4/235) 49'680.00 49'680.00 Sammelrechnung Nr. 140348 betr. Nachtrag 4.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/49); MM 10 (act. 4/236) 4'343.50 0.00 Sammelrechnung Nr. 140348 betr. Nachtrag 4.2 vom 18. Februar 2014 (act. 4/49); 128 - 64 (act. 4/237) 10'774.05 2'262.10 Zwischentotal TO 4.2 K._____-Museum 64'797.55 51'942.10

E. 5.14.3.14

TO 4.6 J._____-Hinsichtlich dem TO 4.6 J._____-resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Sammelrechnung Nr. 140349 betreffend Nachtrag 4.6 - J._____-vom 18. Februar 2014 (act. 4/50); J._____-bauseits geliefertes Material (act. 4/243) 2'162.10 0.00
- 94 - Sammelrechnung Nr. 140349 betreffend Nachtrag 4.6 - J._____-vom 18. Februar 2014 (act. 4/50); J._____-Mehraufwendungen Alu Rohr (act. 4/244) 2'512.25 0.00
Zwischentotal TO 4.6 J._____- 4'674.35 0.00

E. 5.14.4

Zusammenfassung Quantitativ Insgesamt resultiert folgendes Ergebnis: Betrag CHF Betrag CHF gefordert berechtigt Strittige Nachträge (inkl. MWST) (inkl. MWST) Zwischentotal TO 1.1 W._____-Lager 1 / W._____-Lager 2 / Flaschengeschäft 94'031.65 49'663.50 Zwischentotal TO 1.2 Erschliessung Kunst 40'384.45 5'502.05 Zwischentotal TO 1.3 Neubau ... / AE._____- 377'575.10 136'788.30 Zwischentotal TO 1.4 Aufstockung Kunst 17'280.00 0.00 Zwischentotal TO 2.1 H._____-Hauptgebäude 157'387.00 0.00 Zwischentotal TO 2.2 Hochhausmitte 1'553'238.20 845'886.85 Zwischentotal TO 2.3 Neubau ... 0.00 0.00 Zwischentotal TO 2.4 I._____- 0.00 0.00 Zwischentotal TO 2.5 Tiefgarage 26'976.00 0.00 Zwischentotal TO 3.1 Allgemeine Kosten 64'210.70 6'574.75 Zwischentotal TO 3.2 Umgebung Gesamtareal 0.00 0.00 Zwischentotal TO 4.1 G._____-Halle 4'998.70 0.00 Zwischentotal TO 4.2 K._____-Museum 64'797.55 51'942.10 Zwischentotal TO 4.6 J._____- 4'674.35 0.00 Gesamttotal 2'405'553.70 1'096'357.55

E. 5.15

Verzugszins Wie bereits ausgeführt (siehe oben Ziff. 4.7), geht aus dem Schreiben der Beklag- ten an die Klägerin vom 18. Oktober 2013 hervor, dass die Beklagte die über den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden weiteren Forderun- gen vollumfänglich zurückweise und sich die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen vorbehalte (vgl. act. 34/351). Mit anderen Worten ist erstellt, dass die Beklagte hinsichtlich der über den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden weiteren Forderungen (d.h. hinsichtlich der Nachträge und Re-

- 95 - gien) am 18. Oktober 2013 unmissverständlich erklärt hat, dass sie nicht leisten werde. Dies wird von der Beklagten so denn auch nicht (substantiiert) bestritten (act. 51 Rz. 2149). Folglich ist die Beklagte hinsichtlich der (über den Pauschal- preis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden) streitgegenständlichen Nachtragsforderungen im

Umfang von CHF 1'096'357.55 (inkl. MWST) per

E. 5.16

Fazit Die Beklagte schuldet der Klägerin unter dem Titel Nachträge CHF 1'096'357.55 (inkl. MWST) zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 18. Oktober 2013. 6. Zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten

E. 6

Personal des Unternehmers

E. 6.1

Einleitung Die Klägerin macht eine Forderung für zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten in der Höhe von CHF 158'022.10 geltend (vgl. act. 47 Rz. 1221). Die Beklagte hält dem u.a. sinngemäss entgegen, bei den geltend gemachten Regiearbeiten handle es sich grösstenteils um Positionen, welche bereits zu den von der Klägerin werkvertraglich geschuldeten und bereits über den Pauschalpreis entschädigten Leistungen gehören bzw. welche von der Komplettheitsklausel umfasst würden. Demnach falle eine Vergütung ausser Betracht (vgl. act. 14 Rz. 52 sowie Rz. 516 ff.; act. 51 Rz. 1069 ff., Rz. 1225 sowie Rz. 1776 ff.).

E. 6.2

Unvereinbarkeit mit Komplettheitsklausel Wie bereits ausgeführt (siehe oben), haben die Parteien vorliegend eine Komplettheitsklausel vereinbart, welche weit auszulegen ist und sich grundsätzlich auf alle für die Ausführung des vereinbarten Werkes (Elektroinstallationsarbeiten) 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 Gröszenordnung 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. Demgemäss besteht aufgrund der Komplettheitsklausel, welche sich grundsätzlich auf alle für die Ausführung der vereinbarten Elektroinstallationsarbeiten notwendigen Leistungen ausdehnt, kein Raum für die Vergütung von Regiearbeiten. Dies gilt selbst, soweit sich die Klägerin teilweise auf unterzeichnete Tagesrapporte zu stützen vermag (vgl. beispielhaft act. 4/255 [nicht unterzeichnet]; act. 4/245 [unterzeichnet]). Mit der Unterzeichnung eines Reports wird dieser lediglich zur Beweisurkunde, womit eine tatsächliche Vermutung dafür begründet wird, dass der Inhalt des Reports der Wahrheit entspricht und der darin ausgewiesene Aufwand erforderlich war. Die Unterzeichnung durch den Besteller verändert jedoch weder die Beweislast, noch hat sie die Wirkung einer Schuldanerkenntnis, da sie sich lediglich auf den rapportierten Aufwand und damit auf eine Tatsachengrundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung, nicht aber auf die Vergütungsschuld selber bezieht (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 47 N. 15.1; GAUCH, a.a.O., N. 1028). Die von der Klägerin dargelegten Regiearbeiten betreffen allesamt Arbeiten und Materiallieferungen in geringfügigem Umfang, verglichen mit den Kosten des Gesamtprojekts (act. 1 Rz. 464 ff.; z.B. Erstellung von provisorischen Beleuchtungen, Reparatur von beschädigten Rohren und Leitungen sowie die Lieferung von

Ersatzmaterial, Leistungen betreffend die Koordination mit Nebenunternehmern, Anpassungen auf Wunsch der Architekten, "diverse Arbeiten", und dgl.). Dies sind alles Leistungen, die sinngemäss mit der Erstellung des Werkes verbunden und damit von der Komplettheitsklausel erfasst sind; Gegenteiliges wird von der Klägerin nicht substantiiert dargetan. Hinzu tritt, dass die Klägerin auch sonst nicht substantiiert darlegt, inwiefern die geltend gemachten Regiearbeiten geschuldet sein sollten. Auch bleibt die Herleitung des Quantitativen letztlich unübersichtlich und unsubstantiiert. Demnach scheidet ein zusätzlicher Vergütungsanspruch.

- 97 -

E. 6.3

Regiearbeiten durch unterzeichnete Pauschalnachträge genehmigt Die Klägerin macht unter der Rubrik "Regie" ausgehend von angeblich genehmigten Regierapporten zwei Pauschalnachträge geltend (vgl. act. 1 Rz. 473 f. sowie Rz. 475 f.). Wieso die Klägerin diese beiden Nachtragsforderungen unter dem Titel "Regie" und nicht unter dem Titel "Nachträge" einfordert ist unklar. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Beklagte die jeweiligen Pauschalnachträge durch deren Unterzeichnung genehmigt hat bzw. dass dadurch über Bestand und Höhe der Vergütung eine konsensuale Einigung zu Stande gekommen ist, welche für die Parteien verbindlich ist. Die von der Beklagten gegen eine konsensuale Einigung vorgebrachten Argumente (Vorbehalt der Werksvertragskonformität, Putativänderung) vermögen auch hier (vgl. oben Ziff. 5) nicht durchzudringen. Willensmängel sind zudem nicht dargetan. Auch ist das Vorbringen, wonach die fraglichen Leistungen angeblich gar nie erbracht worden seien, verspätet und demnach nicht zu hören. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, dass die beiden streitgegenständlichen Pauschal-Nachträge Leistungen umfassen würden, welche bereits mit anderen Nachtragsofferten abgegolten wurden. Demnach sind die folgenden beiden Positionen geschuldet: Betrag CHF Betrag CHF berechtigt Strittige Nachträge gefordert (inkl. MWST) Sammelrechnung Nr. 140353 betreffend Regie 1.1 - W.____-Lager 1 / W.____- Lager 2 / Flaschengeschäft vom 18. Februar 2014 (act. 4/246); Pauschalnachtrag Nr. 210 vom 27. Mai 2013 (act. 4/259) 3'223.80 3'223.80 Sammelrechnung Nr. 140353 betreffend Regie 1.1 - W.____-Lager 1 / W.____- Lager 2 / Flaschengeschäft vom 18. Februar 2014 (act. 4/246); Pauschalnachtrag Nr. 212 vom 27. Mai 2013 (act. 4/261) 4'935.00 4'409.35 Total Nachträge unter dem Titel "Regie" 8'158.80 7'633.15

E. 6.4

Verzugszins Wie bereits ausgeführt (siehe oben Ziff. 5.15), ist die Beklagte hinsichtlich der (über den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Nr. 128 hinausgehenden) streitgegenständlichen Nachträge per 18. Oktober 2013 in Verzug geraten. Folglich ist

- 98 - ein Verzugszins von 5 % auf dem Betrag von CHF 7'633.15 seit 18. Oktober 2013 geschuldet.

E. 6.5

Fazit Die Beklagte schuldet der Klägerin unter dem Titel zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten gestützt auf zwei Pauschalnachträge den Betrag von CHF 7'633.15 (inkl. MWST) zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 18. Oktober 2013. 7. Widerklage

E. 7

Qualifikation für Betonhersteller und Stahlbaubetriebe

E. 7.1

Einleitung Die Beklagte begründet ihre Widerklage einerseits mit vertraglichen Rückerstattungsansprüchen aus Abrechnungsverhältnis unter Berücksichtigung von Budgetpositionen, Minderleistungen, abgegrenzten Leistungen, geleistete Akontozahlungen sowie aus Schuldanerkennung. Andererseits stützt sich die Beklagte hinsichtlich von ihr bezahlter Nachträge und Regien auf Rückerstattungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Beklagte errechnet demzufolge ein Guthaben von CHF 5'644'290.33 (inkl. MWST) zuzüglich 5 % Zins seit 28. November 2014 und hält an ihrer korrigierten Schlussrechnung vom 26. November 2014 (act. 16/245) – unter Berücksichtigung der Widerklageänderung bezüglich Minderleistungen – vollumfänglich fest (vgl. act. 51 Rz. 403).

E. 7.2

Vertragliche Rückerstattungsansprüche

E. 7.2.1

Budgetpositionen, Minderleistungen und abgegrenzte Leistungen Hinsichtlich der Budgetpositionen, Minderleistungen sowie abgegrenzten Leistungen kann auf Ziff. 4 hiervor verwiesen werden. Zusammenfassend besteht unter diesen Titeln kein Saldo zugunsten der Beklagten.

- 99 -

E. 7.2.2

Schuldanerkennung

E. 7.2.2.1

Überblick Die Beklagte stützt ihre Widerklage weiter auf eine angebliche Schuldanerkennung der Klägerin. Insgesamt habe die Beklagte Zahlungen im Umfang von CHF 11'477'951.62 (inkl. MWST) geleistet. In diesem Gesamtbetrag sei eine von der Beklagten geleistete Doppelzahlung im Umfang von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) enthalten. Die Klägerin habe der Beklagten fünf Rechnungen über angebliche Mehrkosten-Positionen zugestellt mit der Bemerkung, dass die Bezahlung durch Verrechnung mit dem beklagteschen Rückforderungsanspruch für geleistete Doppelzahlungen erfolge. Mangels Vorliegen von Verrechnungsforderungen würden die klägerischen Verrechnungserklärungen zwar nicht zu einer Tilgung der beklagteschen Rückerstattungsansprüche führen. Durch ihre (wenn auch wirkungslosen) Verrechnungserklärungen habe die Klägerin jedoch anerkannt, dass die Beklagte den Betrag von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) doppelt bezahlt habe und andererseits anerkenne sie den vertraglichen Rückforderungsanspruch, welchen sie selbst als solchen bezeichne. Es würden demnach ausdrückliche Schuldanerkenntnisse seitens der Klägerin vorliegen (act. 14 Rz. 937; act. 51 Rz. 362 ff.). Die Klägerin hält dem entgegen, die Beklagte halte die seitens der Klägerin erklärte Verrechnung einerseits für "unzulässig und gar nicht möglich", andererseits leite sie daraus aber gestützt auf eine vertragliche Grundlage eine Schuldanerkennung über CHF 932'441.30 ab. "Gar nicht möglich" heisse jedoch dasselbe wie "unmöglich" und "Unmögliches" sei bekanntlich nichtig. Aus einer nichtigen Verrechnung könne folglich auch keine Anerkennung folgen. Damit eine Verrechnung überhaupt Wirkung entfalten könne, müssten zudem sowohl die Hauptforderung wie auch die Verrechnungsforderung bestimmt sein. Die Beklagte gebe zu, dass sie nicht wisse,

womit die Klägerin "verrechnet" habe und könne die Hauptforderungen, mit denen die Klägerin angeblich verrechnet habe, nicht benennen. Demnach sei der Beklagten eine "Verrechnungserklärung" zugegangen, ohne dass die verrechnende Klägerin ihre Bestimmungsbefugnis ausgeübt hätte. Die Verrech-

- 100 - nungserklärung sei demnach wirkungslos (act. 65 Rz. 240 ff.). Selbst wenn zu dem eine Schuldanerkennung vorliegen würde – was bestritten werde – würde es sich dabei um ein abstraktes Schuldbekenntnis gemäss Art. 17 OR handeln. Allerdings sei auch ein derartiges Schuldverhältnis kausal. Die Beklagte nenne als causa einen Vertrag bzw. spreche von einem vertraglichen Rückerstattungsanspruch. Vorliegend erhebe die Klägerin deshalb (eventualiter) die Einrede, dass der von der Beklagten als causa genannte Vertrag nicht bestehe. Sollte die Beklagte mit dem genannten Vertrag den vorliegenden F. _____-Werkvertrag meinen, sei jedenfalls keine Stelle ersichtlich, auf welche sich ein vertraglicher Rückforderungsanspruch stützen könnte (act. 65 Rz. 248 ff.). Zudem seien allfällige Rückforderungsansprüche, welche sich nicht auf Vertrag stützen, trotz einer angeblichen Anerkennung längst verjährt. Würden die angeblichen Rechnungen vom 18. Februar 2014 nicht eine nichtige und auch nicht wirkungslose Verrechnungserklärung enthalten und würde die Verrechnungsforderung nicht bestehen, sei gestützt auf diese am 18. Februar 2014 eine einjährige Verjährungsfrist ausgelöst worden. Als erste verjährungsunterbrechende Handlung sei jedoch erst die Einreichung der Widerklagereplik vom 10. Februar 2017 mit der entsprechenden Widerklageänderung zu betrachten. Im Subeventualstandpunkt erhebe die Klägerin somit die Einrede der Verjährung (act. 65 Rz. 251).

E. 7.2.2.2

Rechtliches Eine Schuldanerkennung (auch: Schuldbekenntnis) ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe und dass er diese erfüllen wolle (Urteil des Bundesgerichts 4C.53/2001 vom 17. August 2001 E. 2b unter Hinweis auf SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 17 N. 15; KUT, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Aufl., 2016, Art. 17 N. 2 m.w.H.; vgl. auch KRAUSKOPF, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005 S. 169, S. 169 ff.). Das Schuldbekenntnis kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgen und bedarf keiner besonderen Form (BGE 4C.326/2004 E. 3.2.1; SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N. 2 f.). Die Frage, ob eine Erklärung ein Schuldbekenntnis

- 101 - enthält, beantwortet sich nach den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen (KUT, a.a.O., Art. 17 N. 2). Liegt eine schriftliche Schuldurkunde vor, so kommt dieser besondere Beweisbedeutung zu. Sie erbringt in der Regel den genügenden Beweis dafür, dass der in der Urkunde genannte Schuldner die verkündete Schuld anerkannt hat. Dem Schuldner steht dann der Gegenbeweis offen, die Urkunde sei nicht echt, nicht in Anerkennungsabsicht ausgestellt worden oder die Anerkennung sei wirkungslos wegen Handlungsunfähigkeit (JÄGGI, in: Schönenberger/Jäggi [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-17, Bd. V/1a, 3. Aufl. 1973, Art. 17 N. 20; SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N. 9 und N. 14). Gemäss Art. 17 OR ist ein Schuldbekenntnis auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig. Vom abstrakten ist somit das kausale Schuldbekenntnis zu unterscheiden, welches den Verpflichtungsgrund selbst nennt (JÄGGI, a.a.O., Art. 17 N. 10; KUT, a.a.O., Art. 17 N. 4). Statt von abstrakter und kausaler wird in

der Lehre zum Teil auch von diskreter und indiskreter Schuldanerkennung gesprochen (so bei KRAUSKOPF, a.a.O., S. 170). In materieller Hinsicht begründet das Schuldbekanntnis im Umfang der anerkannten Höhe eine mit der ursprünglichen Forderung inhaltlich gleiche, aber vom ursprünglichen Verpflichtungsgrund losgelöste selbständige Verpflichtung, mithin eine neue Anspruchsgrundlage. Demnach kann der Gläubiger das Schuldbekanntnis als Klagegrund benutzen und genügt seiner Behauptungslast, indem er die Anerkennung behauptet. Eine Schuldanerkennung darf deshalb nie als blosser Wissenserklärung verstanden werden, sondern immer auch als Schuldversprechen, sodass der Schuldner nicht nur wegen des ursprünglichen Schuldgrundes verpflichtet ist, sondern auch deshalb, weil er die Schuld anerkannt hat (KRAUSKOPF, a.a.O., S. 171 f., m.H. auf JÄGGI, a.a.O., Art. 17 N. 13; HURNI, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, Art. 17 N. 7 f.; KUT, a.a.O., Art. 17 N. 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1181). Die mit der Anerkennung entstandene Schuld entsteht indessen nur, wenn die anerkannte Schuld zur Zeit der Anerkennung bestanden hat. Wer nämlich eine Schuld (mit oder ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes) anerkennt, tut dies nur in der dem Gläubiger erkennbaren Annahme, die anerkannte Schuld sei entstan-

- 102 - den bzw. bestehe noch. Die Ausstellung einer Schuldanerkennung bedeutet grundsätzlich keine Novation der Schuld im Sinne von Art. 116 OR. Der Schuldner kann dem Gläubiger daher alle Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten (z.B. dass die anerkannte Schuld nicht oder nicht gültig entstanden, simuliert, verjährt, gestundet oder untergegangen sei; vgl. JÄGGI, a.a.O., Art. 17 N. 14 und N. 20; KUT, a.a.O., Art. 17 N. 6; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2017, § 24 N. 29 ff.). Prozessrechtlich führt das Schuldbekanntnis – ob nun abstrakt oder kausal – zu einer Beweislastumkehr, derzufolge es nunmehr der Schuldnerin obliegt, fehlende rechtsbegründende oder verwirklichte rechtsaufhebende Tatsachen zum Anspruch zu beweisen und damit auch zu behaupten (Urteile des Bundesgerichts 4C.433/1999 vom 22. Februar 2000 E. 3; 4C.53/2001 vom 17. August 2001 E. 2.b; BGE 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2). Bei der Schuldanerkennung handelt es sich somit um ein Beweismittel, das den Bestand sämtlicher rechtsbegründender Tatbestandselemente (Art. 8 ZGB) ausweist (HURNI, a.a.O., Art. 17 N. 8). Die in der Literatur in diesem Zusammenhang umstrittene Frage, ob auch eine deklaratorische Schuldanerkennung in materieller Hinsicht eine mit der anerkannten Schuld inhaltlich gleiche Verpflichtung begründet, erweist sich sodann als irrelevant, nachdem eine deklaratorische Schuldanerkennung in prozessualer Hinsicht dieselben Wirkungen entfaltet wie eine konstitutive Schuldanerkennung (vgl. KOLLER, a.a.O.; § 24 N. 22 ff.; KRAUSKOPF, a.a.O., S. 176 ff.).

E. 7.2.2.3

Würdigung Wie die Klägerin zu Recht ausführt (vgl. act. 65 Rz. 239), nennt die Beklagte in der Widerklagereplik nicht ausdrücklich, wo die fünf angeblichen Rechnungen im Recht liegen sollten. Da die Beklagte die fraglichen Rechnungen Nr. 140351 in Höhe von CHF 180'360.– (inkl. MWST), Nr. 140334 in Höhe von CHF 261'360.– (inkl. MWST), Nr. 140347 in Höhe von CHF 122'040.– (inkl. MWST), Nr. 140352 in Höhe von CHF 112'320.– (inkl. MWST), sowie Nr. 140344 in Höhe von CHF 261'360.– (inkl. MWST) – allesamt datierend vom 18. Februar 2014 – jedoch bereits mit der Klageantwort und Widerklage als Beilage act. 16/1372 eingereicht hat (vgl. act. 14 Rz. 935) und die Widerklagereplik einen Verweis auf die entspre-

- 103 - chende Stelle in der Klageantwort und Widerklage enthält (vgl. act. 51 Rz. 364), kann ihr dies nicht zum Nachteil gereichen. Weiter stellt sich die Beklagte in der Tat auf den Standpunkt, die klägerischen Verrechnungen seien unzulässig und gar nicht möglich. Dies deshalb, weil die den fraglichen Rechnungen zu Grunde liegenden Nachtragsforderungen für Mehrkosten unbegründet seien (act. 51 Rz. 366). Ob die strittigen Verrechnungs- erklärungen jedoch effektiv wirkungslos bzw. nichtig sind, wovon die Klägerin in der Widerklageduplik letztlich sogar selbst ausgeht (vgl. act. 65 Rz. 246), kann offen bleiben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der erklärten Verrechnungen einen Einfluss auf die Begründetheit der strittigen Schuldanererkennungen haben sollte. Dies insbesondere deshalb, weil der Anerkennungswille im Zeitpunkt der Ausstellung der strittigen Rechnungen zu beurteilen ist. Selbst wenn die beabsichtigte Bezahlung durch Verrechnung letztlich scheitert, kann daraus nicht geschlossen werden, der Klägerin habe es im Zeitpunkt der Ausstellung der strittigen Rechnungen an einem Anerkennungswillen gefehlt. Vielmehr gilt es nachfolgend unabhängig der Frage der Gültigkeit der Verrechnungen zu prüfen, ob die Klägerin durch die Ausstellung der fünf strittigen Rechnungen eine Schuld gegenüber der Beklagten anerkannt hat. Die fünf strittigen Rechnungen enthalten allesamt folgenden Satz (vgl. act. 16/1372): "Bezahlung erfolgt durch Verrechnung mit Ihrem Rückforderungsanspruch für geleistete Doppelzahlungen." Zudem enthalten alle fünf Rechnungen jeweils einen Netto-Total Betrag (inkl. MWST) (vgl. act. 16/1372; act. 78). Hinsichtlich der Rechnung Nr. 140347 vom

E. 7.2.2.4

Zwischenfazit Es liegt eine Schuldanererkennung der Klägerin gegenüber der Beklagten im Umfang von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) vor.

E. 7.3

Rückerstattungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung Die Beklagte fordert widerklageweise bereits bezahlte Nachträge im Umfang von CHF 2'568'734.13 (inkl. MWST) sowie bereits bezahlte Regien im Betrag von CHF 687'381.70 (inkl. MWST) gestützt auf Art. 63 Abs. 1 OR zurück (Nachträge und Regien "ausserhalb der Klageschrift"). Diesbezüglich macht die Beklagte jeweils einen fehlenden Rechtsgrund aufgrund Konformitätsvorbehalt, eventualiter Putativänderung, subeventualiter absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR sowie subsubeventualiter Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend (act. 51 Rz. 370 ff. sowie Rz. 387 ff.).

- 107 - Wie bereits ausgeführt, kann sich die Beklagte nicht auf den Konformitätsvorbehalt berufen (siehe Ziff. 5.9 hiervor). Auch liegen keine Putativänderungen vor (siehe Ziff. 5.10 hiervor). Auch gelingt es der Beklagten nicht, sich mit Erfolg auf Willensmängel zu berufen (vgl. sinngemäss die Ausführungen in Ziff. 5.11 hiervor). Eine Rückerstattung der entsprechend bezahlten Nachträge und Regien kommt damit nicht Betracht.

E. 7.4

Zins Die Beklagte verlangt mit ihrer Widerklage schliesslich Zins zu 5 % seit Erhebung der Widerklage am 28. November 2014. Wie bereits ausgeführt (siehe oben), begründet die Erhebung einer Leistungsklage Verzugsfolgen. Folglich ist ein Verzugszins von 5 % auf dem Betrag von CHF 932'441.30 seit 28. November 2014 (Datum Erhebung Widerklage) geschuldet.

E. 7.5

Fazit Im Betrag von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) liegt eine Schuldanerkennung seitens der Klägerin gegenüber der Beklagten vor. Folglich ist die Widerklage im Umfang von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 28. November 2014 gutzuheissen. Darüber hinaus besteht kein Saldo zugunsten der Beklagten gemäss ihrer eigenen Schlussrechnung, weshalb die Widerklage im den CHF 932'441.30 (inkl. MWST) übersteigenden Umfang abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird (siehe oben Ziff. 1.6). 8. Ergebnis Die Klägerin macht erfolgreich noch ausstehende Zahlungen für die Werkpreis- pauschale geltend. Obwohl die Parteien dem Grundsatz nach eine Komplettheitsklausel vereinbart haben, die sinngemäss sämtliche Leistungen für die Erstellung des Werkes ab- deckt, gelingt es der Klägerin ungeachtet dessen, Forderungen für Nachträge gel- tend zu machen, die allesamt auf einer konsensualen Einigung der Parteien beru- hen. Die von der Beklagten gegen eine konsensuale Einigung vorgebrachten Ar-

- 108 - gumente (Vorbehalt der Werksvertragskonformität, Putativänderung, Willensmängel) vermögen nicht durchzudringen. Auch ist das Vorbringen, wonach gewisse Einzelpositionen angeblich gar nie erbracht worden seien, verspätet und demnach nicht zu hören. Die Beklagte ist sodann gehalten, die zwei von der Klägerin unter der Rubrik "Regie" geltend gemachten Pauschalnachträge zu bezahlen. Darüber hinaus besteht infolge der Komplettheitsklausel und mangels Substantiierung jedoch kein An- spruch auf Regiearbeiten. Die Beklagte macht widerklageweise erfolgreich eine Schuldanerkennung gel- tend. Darüber hinaus besteht kein Saldo zugunsten der Beklagten und es gelingt ihr nicht, bereits bezahlte Rechnungen widerklageweise zurückzuverlangen. Somit resultiert folgendes Ergebnis: Total CHF (inkl. Erw. hier- Ergebnis MWST) Verzugszins vor Klage Werkvertragspauschale 326'389.50 5 % auf CHF 326'389.50 ab 14. August 2014 4.8 Nachträge 1'096'357.55 5 % auf CHF 1'096'357.55 ab 18. Oktober 2013 5.16 Zusätzlich zu vergütende Regiear- beiten 7'633.15 5 % auf CHF 7'633.15 ab 18. Oktober 2013 6.5 Total Klage 1'430'380.20 5 % auf CHF 1'103'990.70 ab 18. Oktober 2013 sowie auf CHF 326'389.50 ab 14. August 2014 Widerklage Schuldanerkennung 932'441.30 5 % auf CHF 932'441.30 ab 28. November 2014 7.5 Total Widerklage 932'441.30 5 % auf CHF 932'441.30 ab 28. November 2014 Die Beklagte hat der Klägerin folglich CHF 1'430'380.20 (inkl. MWST) nebst Ver- zugszins zu 5 % auf CHF 1'103'990.70 ab 18. Oktober 2013 sowie zu 5 % auf CHF 326'389.50 ab 14. August 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Haupt- klage abzuweisen.

- 109 - Die Klägerin hat der Beklagten widerklageweise CHF 932'441.30 (inkl. MWST) zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 28. November 2014 zu bezahlen. Im Mehrbe- trag ist die Widerklage abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (siehe oben Ziff. 1.6). 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8

Revisionsakten, Instruktionen

E. 9

Rechnungswesen / Sicherstellung

E. 9.1

Streitwert Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 S. 1 ZPO). Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert der Klage beläuft sich auf CHF 2'899'220.75, während derjenige der Widerklage CHF 5'644'290.35 beträgt. Ausgehend vom höheren Begehren der Widerklage beträgt der Streitwert insgesamt somit CHF 5'644'290.35. Zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Mit Ausnahme der widerklageweise geltend gemachten Schuldanerkenntnis im Umfang von CHF 932'441.30 folgt aus der (teilweisen) Gutheissung der Hauptklage die Abweisung der (verbleibenden) Widerklage, da kein Saldo zu Gunsten der Beklagten besteht. Mit anderen Worten schliessen sich Klage und Widerklage grösstenteils aus. Damit bemisst sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren, d.h. der Widerklage, womit ein Streitwert von CHF 5'644'290.35 resultiert.

E. 9.2

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d sowie § 4 Abs. 2 GebV OG).

- 110 - Bei einem Streitwert von CHF 5'644'290.35 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 77'192.90. Angesichts des Umfanges der Akten (die Rechtsschriften umfassen rund 2'100 Seiten), der Anzahl der gerichtlichen Verfügungen, vorab aber auch der Durchführung von drei Vergleichsverhandlungen mit entsprechender Vorbereitung (Prot. S. 19 ff. und S. 27 ff.) und schliesslich der Komplexität und Vielfalt der Rechtsfragen rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr zu verdoppeln. Das Ergebnis ist zu runden. Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 154'000.– festzusetzen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Gerichtsgebühr den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen. Die mit der Klage geltend gemachte Forderung in Höhe von CHF 2'899'220.75 ist im Umfang von CHF 1'430'380.20 berechtigt. Die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung im Betrag von CHF 5'644'290.35 ist in Höhe von CHF 932'441.30 berechtigt. Demnach obsiegt die Klägerin zu rund 72/100, während die Beklagte zu rund 28/100 obsiegt. Entsprechend sind der Klägerin CHF 43'120.– (28/100) und der Beklagten CHF 110'880.– (72/100) aufzuerlegen. Die aufzuerlegenden Kosten sind aus dem von der jeweiligen Partei geleisteten Kostenvorschuss (Klägerin CHF 49'800.–; Beklagte CHF 115'000.–) zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich der Prozesskosten nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Nebenintervenientin (C. _____ AG). Bis auf die Eingabe vom 12. März 2015 (act. 39), wonach diese dem Gericht mitteilte, dass sie am vorliegenden Verfahren teilnehmen werde, sowie dem Schreiben vom 4. Januar 2016 (act. 44), wonach diese kundtat, dass sie nicht an der Vergleichsverhandlung teilnehmen werde und "nichts zur Entscheidungsfindung" im Prozess zwischen der Klägerin und der Beklagten beitragen könne, wirkte die Nebenintervenientin am vorliegenden Prozess nicht mit und stellte auch keine Anträge.

E. 9.3

Parteientschädigung Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Un- terliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Stellt man die – vorerst ab- strakt bestimmten – gegenseitigen Ansprüche auf Parteientschädigung einander

- 111 - gegenüber (Anspruch der Klägerin von 72/100 sowie Anspruch der Beklagten von 28/100), ist der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von 44/100 zuzusprechen (ZR 72/1973 Nr. 18; in diesem Sinne auch: RÜEGG/RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 106 N. 8). Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädi- gung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Ge- richt kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des not- wendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässi- gen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e; § 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermit- telte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 5'644'290.35 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 73'732.18. Aufgrund der Verantwortung, des not- wendigen Zeitaufwandes der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls rechtfertigt es sich ebenfalls, die Grundgebühr zu verdoppeln. Das Ergebnis ist zu run- den. Die Anwaltsgebühr ist deshalb auf CHF 147'000.– festzusetzen. Davon kommt der Klägerin ein Anteil von 44/100, mithin CHF 64'680.– zu. Die Klägerin macht keinen Mehrwertsteuerzuschlag geltend (vgl. act. 47 S. 2), weshalb ihr auch kein solcher zuzusprechen ist. Das Handelsgericht beschliesst:

E. 10

Garantiefrist Beilagen

E. 11

Verhandlungs- bzw. Vergabeprotokoll vom 22. März 2011 (act. 16/11)

E. 12

Generelle Bedingungen für Bauarbeiten, die für die B._____ AG geleis- tet werden (Ausgabe Dezember 2009), unterzeichnet durch die Kläge- rin am 7. Oktober 2011, nachfolgend "AGB" (act. 16/16)

E. 13

Bestimmungen und Weisungen für das Bauprojekt F._____Areal, Zü- rich vom 1. Februar 2011, unterzeichnet durch die Klägerin am 7. Oktober 2011 (act. 16/18)

- 26 -

E. 14

Leistungsbeschreibung (Leistungsverzeichnis, funktionaler Beschrieb) / Angebot Ferner ist festzuhalten, dass in Ziffer 1.2 der AGB der Beklagten die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991) zum Vertragsbestandteil erhoben worden ist. Basie- rend auf dieser

vertraglichen Grundlage sind nachfolgend die seitens der Parteien geltend gemachten Ansprüche zu prüfen. 3. Übersicht über die klägerische Forderung Die Klägerin begründet ihre Forderung einerseits mit noch ausstehenden Zahlungen aus dem Werkvertrag, andererseits mit offen gebliebenen Rechnungen betreffend die Erbringung von diversen Nachtragsarbeiten sowie Regieleistungen, was eine Gesamtforderung (gemäss Replik) von CHF 2'889'965.30 ergibt, wie der nachfolgenden Tabelle entnommen werden kann (act. 47 Rz. 1221): offener Betrag gemäss offener Betrag Anlageteil / Beschreibung Klage gemäss Replik Werkvertrag

E. 18

Februar 2014 im Umfang von total CHF 122'040.– (inkl. MWST) gilt es zu beachten, dass im Gesamtbetrag von CHF 122'040.– (inkl. MWST) ein "Restbetrag" von CHF 4'998.72 enthalten ist, welcher "innert 60 Tagen zu überweisen" ist (vgl. act. 16/1372). Dieser Restbetrag ist demnach vom Gesamtbetrag von CHF 122'040.– (inkl. MWST) in Abzug zu bringen, wonach hinsichtlich der Rech-

- 104 - nung Nr. 140347 noch ein mittels Verrechnung zu bezahlendes Total von CHF 117'041.30 verbleibt. Unter Zusammenrechnung der Netto-Totale der restlichen vier strittigen Rechnungen resultiert somit insgesamt ein Betrag von CHF 932'441.30 (inkl. MWST), welcher von der Beklagten mittels Verrechnung bezahlt werden sollte. Die Frage, ob eine Erklärung eine Schuldanerkennung enthält, beantwortet sich – wie bereits ausgeführt (siehe oben) – nach den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen (zu den Auslegungsgrundsätzen siehe Ziff. 5.2). Bereits aus dem Wortlaut der fünf strittigen Rechnungen, wonach die Klägerin gegenüber der Beklagten jeweils von "Ihrem Rückforderungsanspruch für geleistete Doppelzahlungen" spricht, geht eindeutig hervor, dass die Klägerin den Rückforderungsanspruch für seitens der Beklagten geleistete Doppelzahlungen akzeptiert und die feste und bedingungslose Verpflichtung übernommen hat, der Beklagten die sich aus den fünf Rechnungen ergebenden Beträge – mit Ausnahme des besagten Restbetrages von CHF 4'998.72, welcher sich aus der Rechnung Nr. 140347 ergibt – auf dem Wege der Verrechnung zurückzuerstatten. Die besagten fünf Rechnungen beinhalten demnach den vorbehalts- und bedingungslosen Willen der Klägerin, der Beklagten die darin ausgewiesenen Beträge abzüglich des Restbetrages mittels Verrechnung zurückzuerstatten. Irrelevant ist dagegen – wie bereits ausgeführt –, ob die von der Klägerin beabsichtigte Bezahlung durch Verrechnung endlich fehl schlägt, da daraus nicht geschlossen werden kann, der Klägerin habe es im Zeitpunkt der Ausstellung der strittigen Rechnungen an einem Anerkennungswillen gefehlt. Eine Schuldanerkennung bedarf zudem keiner besonderen Form. Die vorliegend strittigen Rechnungen sind schriftlich abgefasst und demnach geeignet, um Schuldanerkennungen darzustellen. Keine Rolle spielt dabei, dass die strittigen Rechnungen von der Klägerin nicht unterzeichnet wurden (vgl. JÄGGI, a.a.O., Art. 17 N. 7; SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N. 3). Zusammenfassend liegen fünf schriftlich abgefasste Erklärungen der Klägerin an die Beklagte vor, wonach ein Rückforderungsanspruch für geleistete Doppelzah-

- 105 - lungen im Umfang von gesamthaft CHF 932'441.30 (inkl. MWST) bestehe. Demnach liegt im Betrag von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) eine Schuldanerkennung vor. Wie die Klägerin im Eventualstandpunkt selbst ausführt, handelt es sich bei der vorliegend strittigen Schuldanerkennung um eine abstrakte Schuldanerkennung gemäss Art. 17 OR, welche auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig ist. Auch ist ein solch abstraktes Schuldverhältnis letztlich kausal. Die Klägerin kann der Beklagten daher alle

Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten. Indem die Klägerin jedoch lediglich (und eventualiter) die Einrede erhebt, der von der Beklagten als causa genannte Vertrag würde nicht bestehen (vgl. act. 65 Rz. 250), verkennt die Klägerin, dass das Schuldbekenntnis prozessrechtlich zu einer Beweislastumkehr führt, derzufolge es nunmehr ihr als Schuldnerin obliegt, fehlende rechtsbegründende oder verwirklichte rechtsaufhebende Tatsachen zum Anspruch zu beweisen und damit auch zu behaupten. Inwiefern die Beklagte als causa einen Vertrag nennen kann spielt dagegen keine Rolle, da es sich bei der Schuldanerkennung – wie bereits ausgeführt (siehe oben) – um ein Beweismittel handelt, das den Bestand sämtlicher rechtsbegründender Tatbestandselemente (Art. 8 ZGB) ausweist. Will die Klägerin demnach Einreden oder Einwendungen aus dem Grundverhältnis erheben, so kann sie sich nicht damit begnügen, das abstrakte Schuldbekenntnis zu bestreiten. Vielmehr muss sie in diesem Fall den Verpflichtungsgrund aufdecken, auf welchem die (abstrakt) anerkannte Schuld beruht, darin jedoch von ihr nicht genannt wurde. Die Klägerin als Schuldnerin müsste demnach zuerst den im abstrakten Schuldbekenntnis nicht genannten Verpflichtungsgrund nachweisen, um ihn anschliessend mittels Einreden (z.B. Verjährung, Mängel, etc.) oder Einwendungen (z.B. Erfüllung) aus dem Grundverhältnis zu entkräften (vgl. MÜLLER, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, 2018, Art. 17 N. 66). Indem die Klägerin jedoch nicht offenlegt, auf welchem Verpflichtungsgrund die von ihr anerkannten Rückforderungsansprüche für geleistete Doppelzahlungen der Beklagten beruhen, gelingt ihr dieser Nachweis nicht. Folglich ist es ihr auch nicht möglich, der Forderung von - 106 - CHF 932'441.30 (inkl. MWST) entgegenstehende Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu erheben bzw. zu beweisen. Da die Klägerin den Verpflichtungsgrund nicht aufdeckt, auf welchem die (abstrakt) anerkannte Schuld beruht, läuft auch die klägerische Einrede der Verjährung bereits ins Leere. Selbst wenn jedoch die einjährige vertragliche Verjährungsfrist gemäss den klägerischen Ausführungen anwendbar wäre, wäre diese vorliegend gewahrt. Richtigerweise würde diese einjährige Frist nämlich durch die Rechnungsstellung seitens der Klägerin vom 18. Februar 2014 ausgelöst, da die Schuldanerkennung die Verjährung unterbricht, was zur Folge hat, dass eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt (vgl. MÜLLER, a.a.O., Art. 17 N. 82 ff.). Die Beklagte machte die Schuldanerkennung im Umfang von CHF 932'441.30 (inkl. MWST) zudem – entgegen den klägerischen Ausführungen – bereits innerhalb der Jahresfrist mit der Klageantwort und Widerklage vom 28. November 2014 – wenn auch unter dem Titel von Art. 62 ff. OR – geltend (vgl. act. 14 Rz. 935) und nicht erst mit der Duplik und Widerklagereplik vom 10. Februar 2017 (act. 51), wie von der Klägerin behauptet.

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