

ZH_HANDELSGERICHT HG140252 vom 12. Juli 2019

Zh Handelsgericht, 2019-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140252

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140252 du 12 juillet 2019

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140252 del 12 luglio 2019

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit Der hier relevante Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 enthält eine Gerichtsstandsvereinbarung (act. 3/5). Demgemäss kamen die Parteien überein, dass allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag ausschliesslich vom Handelsgericht des Kantons Zürich beurteilt werden sollen (act. 3/5 Ziff. 13). Die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit ist im Lichte der inhaltlichen und formellen Voraussetzungen nicht zu beanstanden, womit das Handelsgericht örtlich zuständig ist (vgl. Art. 406 ZPO i.V.m. Art. 9 GestG).

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit

E. 1.2.1

Art. 406 ZPO bezieht sich nur auf Vereinbarungen über die örtliche, nicht jedoch auf solche über die sachliche Zuständigkeit (BGE 138 III 471). Namentlich handelsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO, die im Kanton Zürich zwingend in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts fallen (vgl. § 44 lit. b GOG), sind der Parteidisposition entzogen.

E. 1.2.2

Da beide Parteien – als Stiftung und als AG – im Handelsregister eingetragen sind (vgl. act. 3/3 und act. 3/4), der nach Art. 93 ZPO bestimmte Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (vgl. act. 1 S. 2 und act. 6) und die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist (vgl. act. 1 S. 7; act. 3/3-5), ist das Handelsgericht im ordentlichen Verfahren zur Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche zuständig.

- 10 -

E. 2

Unbestrittener Sachverhalt

E. 2.1

Totalunternehmervertrag

E. 2.1.1

Die Beklagte hat sich gegenüber der Klägerin als Grundeigentümerin im Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 (act. 3/5) zur Planung und schlüsselfertigen

Erstellung des Bauwerks verpflichtet.

E. 2.1.2

In Ziff. 1.1 des Totalunternehmervertrags wurde das Bauwerk als "Neubau Gewerbe- und Fachmarktzentrum E._____" bezeichnet (act. 3/5 Ziff. 1.1). In Ergänzung zu den Regelungen im Totalunternehmervertrag wurden die von der Beklagten nach Massgabe des Totalunternehmervertrags zu erbringenden Leistungen und die Spezifikationen des Werks in den in Ziff. 1.2 aufgeführten Vertragsbeilagen definiert, wobei die Reihenfolge der aufgeführten Dokumente und Normen gleichzeitig als Rangordnung gilt. Zum Vertragsbestandteil wurden damit unter anderem die Bruttorenditeberechnung der Totalunternehmung vom 25. April 2006 (act. 3/17), der Baubeschrieb der Totalunternehmung inkl. Sicherheits- und Nutzungsplan vom 10. Mai 2006 (act. 3/18), das Dokument Flächeninventar + Mieterspiegel vom 14. März 2006 (act. 3/14) und der Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22) erklärt.

E. 2.1.3

Die Parteien haben im Totalunternehmervertrag sodann die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91) für anwendbar erklärt (act. 3/5 Ziff. 1.2).

E. 2.1.4

Für die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen gemäss Totalunternehmervertrag vereinbarten die Parteien einen pauschalen Werklohn von CHF 22'168'000.– inkl. MWST. Dieser Werkpreis ist der Beklagten durch die Klägerin bezahlt worden und bildete bereits Gegenstand der Auseinandersetzung, die vor Handelsgericht am 20. November 2013 im Verfahren HG120210 vergleichsweise beigelegt worden ist (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 24 Rz. S. 33).

E. 2.2

Erstvermietungsauftrag

E. 2.2.1

Der im Rahmen dieses Totalunternehmervertrags vereinbarte Erstvermietungsauftrag der Beklagten bezog sich auf eine Fläche von insgesamt ca. 1'800 Quadratmetern im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentriums, auf eine

- 11 - Lagerfläche von ca. 298 Quadratmetern sowie auf acht Parkplätze, für welche im Zeitpunkt des Abschlusses des Totalunternehmervertrags noch keine Mietverträge bestanden (vgl. Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags; act. 3/5 S. 8 ff.). Mit Bezug auf die übrigen Flächen im Fachmarktzentrum bestand bei Abschluss des Totalunternehmervertrags bereits ein Mietvertrag zwischen der Beklagten und der I.____ AG (datierend vom 1. Juli 2005) für den Betrieb eines Verkaufsgeschäfts für Artikel aus den Bereichen "Food" und "Non-Food" (act. 3/8). Das Verkaufskonzept besteht aus einem Engros-Handel für Grossverbraucher nach dem "Cash&Carry-System" (act. 1 Rz. 26 f; act. 24 S. 3). Diesen ursprünglich von der Beklagten mit der I.____ AG abgeschlossenen Mietvertrag über eine Fläche von insgesamt ca. 5'884 Quadratmetern hat die Klägerin mit Abschluss des Totalunternehmervertrags mit allen Rechten und Pflichten übernommen (act. 3/5; Ziff. 2.4 betr. "Erstvermietung/ Mietzinsgarantie/ Incentive").

E. 2.2.2

Im Zuge der entsprechenden Erstvermietung schloss die Beklagte nach Abschluss des Totalunternehmervertrags namens und in Vertretung der Klägerin Mietverträge mit der J._____ AG (Mietvertrag vom 9. Februar 2007 [act. 3/9]) und der K._____ GmbH (Mietvertrag vom 30. Mai 2007 [act. 3/10]) betreffend die Flächen im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentrums zum Betrieb von Verkaufsgeschäften ab. Als Mietbeginn war der Dezember 2007 vorgesehen.

E. 2.2.3

Der Mietvertrag mit der J._____ AG wurde durch die Mietvertragsparteien mit Aufhebungsvertrag und damit einvernehmlich per 31. Oktober 2012 beendet (act. 3/11). Die Klägerin verpflichtete sich dabei u.a. zur Leistung einer Inkonvenienzenschädigung an die J._____ AG von CHF 25'000.– (act. 3/11). Der Mietvertrag mit der K._____ GmbH war im Zeitpunkt der Klageeinreichung weiterhin (unverändert) in Kraft (act. 1 Rz. 88 ff.; act. 24 S. 44; act. 3/10).

E. 2.3

Unzulässigkeit einer Verkaufsnutzung der Erdgeschossflächen

E. 2.3.1

Im Baugesuch vom 2. März 2005 beantragte die Beklagte eine Bewilligung für das "Erstellen eines Gewerbegebäudes mit einem Anteil Büronutzung, Flachdach ext. begrünt" (act. 3/33 Ziff. 1). Unter der Nutzung wurden im Baugesuch die

- 12 - Beschreibungen "Gewerbe" und "Dienstleistung" angekreuzt (act. 58/13). Gestützt darauf erteilte die Gemeinde G._____ bei H._____ am 9. Februar 2006 die Gesamtbaubewilligung für das Projekt, welche unangefochten blieb und in Rechtskraft erwuchs. Eine konkrete Nutzung wurde damit jedoch noch nicht bewilligt. Vielmehr ordnete die Gemeinde an, dass die Nutzung mit den Bestimmungen in Artikel 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G._____ bei H._____ vereinbar sein müsse. Diesbezüglich seien Massnahmen wie etwa das Verweigern der "Betriebsbewilligung" vorbehalten (act. 3/33 Ziff. 4).

E. 2.3.2

Im Rahmen einer in der Projektänderung erwirkten Zusatzbewilligung vom 30. März 2007 hielt die Gemeinde G._____ bei H._____ fest, dass die in der Gesamtbewilligung vom 9. Februar 2006 verfügten Auflagen nach wie vor Gültigkeit beanspruchen. Ausdrücklich ordnete sie an, dass vor dem Verkauf oder der Vermietung von Räumlichkeiten die jeweilige Firma mit ihrer Nutzung der Gemeinde bekanntzugeben und eine Genehmigung einzuholen sei (act. 1 Rz. 110 ff.; act. 24 S. 46; act. 3/34).

E. 2.3.3

Die Nutzung durch die I._____ AG bewilligte die Gemeinde G._____ bei H._____ mit Entscheid vom 13. Februar 2007 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_497/2009 vom 8. Juni 2010 E. 3.2). Die Nutzung für die K._____ GmbH sowie die J._____ AG wurde indessen erst mit der "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni 2007 gestattet. Die Gemeinde G._____ bei H._____ erteilte diese "Betriebsbewilligung" in einer Art "Anzeigeverfahren" ohne öffentliche Ausschreibung und ohne Publikation (act. 1 Rz. 121 ff.; act. 24 S. 47).

E. 2.3.4

Durch das Unterbleiben der Publikation der "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni 2007 erlangten etwaige Einsprecher zunächst keine Kenntnis vom Bauvorhaben. Erst später erfuhr die ... [Partei] G.____-L.____ gerüchteweise von der "Betriebsbewilligung". Darauf reichte die ... [Partei] G.____-L.____ eine nicht fristgebundene Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsstatthalteramt Bern gegen die Baukommission G.____ bei H.____ bzw. gegen die Betriebsbewilligung vom 28. Juni 2007 ein. Die Beschwerde wurde hierauf an die kantonale Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) Bern überwiesen. Mit Entscheid vom 9. Januar 2008 stellte die BVE fest, dass die "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni

- 13 - 2007 nichtig sei, da "Betriebsbewilligungen" im Baurecht unbekannt seien (act. 3/43). Sie trat deshalb auf die Beschwerde der ... [Partei] G.____-L.____ nicht ein und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde G.____ bei H.____ zurück. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 21. April 2008 dahingehend gut, dass es den Entscheid der BVE aufhob, insoweit die Nichtigkeit der "Betriebsbewilligung" festgestellt wurde. Es wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück und wies im Übrigen die Beschwerde ab. Das Gericht trug der BVE namentlich auf zu prüfen, ob das Rechtsmittel rechtzeitig eingereicht worden sei. Weiter hatte die Vorinstanz zu klären, ob die ... [Partei] G.____-L.____ als private Organisation befugt sei, Baubeschwerde zu führen (act. 3/36 insbesondere E. 2.9). Mit Entscheid vom 21. April 2009 hiess die BVE die Beschwerde der ... [Partei] G.____-L.____ gut und hob die "Betriebsbewilligung" der Einwohnergemeinde G.____ bei H.____ vom 28. Juni 2007 auf (act. 3/44).

E. 2.3.5

Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die Parteien als auch die ... [Partei] G.____-L.____ wiederum Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 1. Oktober 2009 insoweit teilweise gut, als es die Nutzung durch die I.____ AG bereits als rechtskräftig bewilligt beurteilte. Es kam jedoch zum Schluss, dass die Nutzungen der K.____ GmbH und der J.____ AG wegen mangelnder Zonenkonformität nicht bewilligt werden können (act. 3/37).

E. 2.3.6

Die Parteien sowie die ... [Partei] G.____-L.____ erhoben gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerden mit Urteil vom 8. Juni 2010 ab (1C_497/2009 E. 4; act. 3/16), womit die Unzulässigkeit der Verkaufsnutzung durch die J.____ AG und die K.____ GmbH von ca. 1'800 Quadratmetern im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentrums "E.____" höchststrichterlich festgehalten wurde. Das Bundesgericht folgte den Auffassungen der kantonalen Vorinstanzen, welche zum Schluss

- 14 - gekommen waren, dass Art. 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G.____ bei H.____ für das Grundstück eine ausgewogene Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe verlange.

E. 2.3.7

Mit Verfügung vom 20. September 2010 eröffnete die Gemeinde G._____ bei H._____ ein Wiederherstellungsverfahren (des rechtmässigen Zustands) betreffend die Verkaufsnutzung des Gewerbe- und Fachmarktzentrums durch die K._____ GmbH und die J._____ AG (act. 3/46). Am 27. April 2012 entschied die Gemeinde G._____ bei H._____ sodann über die nachträglichen Baugesuche um Ausnahmegewilligung der Klägerin, der Beklagten sowie der Mieterinnen J._____ AG und K._____ GmbH. Die Gesuche der Klägerin, der J._____ AG sowie der K._____ GmbH wurden abgewiesen, auf das Gesuch der Beklagten wurde nicht eingetreten. Die Verkaufsnutzung durch die J._____ AG und K._____ GmbH wurde nach Ablauf von einem Jahr ab Rechtskraft des Entscheids verboten (act. 3/50). Gegen diesen Entscheid erhoben die Klägerin, die J._____ AG und die K._____ GmbH Beschwerde, welche mit Entscheid der BVE vom 22. Oktober 2012 abgewiesen wurden (act. 3/41; act. 1 Rz. 135 ff; act. 24 S. 49). Die K._____ GmbH zog diesen Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern weiter, welches das Rechtsmittel mit Entscheid vom 3. Juli 2013 abwies (act. 3/53). Auch die dagegen ans Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde mit Urteil vom 28. März 2014 abgewiesen (Urteil des Bundesgerichts 1C_691/2013; act. 3/38).

E. 2.3.8

Da das Bundesgericht im Urteil vom 8. Juni 2010 zum Schluss kam, dass die Verkaufsnutzungen durch die Mieterinnen J._____ AG und K._____ GmbH unzulässig sind sowie das nachträgliche Baugesuch mit Gesuch um Ausnahmegewilligung von der Gemeinde G._____ bei H._____ mit Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 27. April 2012 rechtskräftig abgewiesen wurde, stand fest, dass die J._____ AG sowie die K._____ GmbH ihr jeweiliges Mietobjekt zukünftig nicht mehr als Verkaufsflächen nutzen durften (act. 1 Rz. 134 ff; act. 14 S. 58 ff.).

E. 2.4

Schadenersatzforderung der J._____ AG gegenüber der Klägerin

E. 2.4.1

Mit Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 27. April 2012 wurde der J._____ AG wie ausgeführt untersagt, nach Ablauf von einem Jahr ab Rechtskraft

- 15 - des Entscheids eine Verkaufsnutzung auszuüben oder ausüben zu lassen. Da die J._____ AG gegen den vorgenannten Entscheid kein Rechtsmittel ergriff, erwuchs dieser nach Ablauf der dreissigtägigen Beschwerdefrist in Rechtskraft, weshalb sich der Verkauf im Gewerbe- und Fachmarktzentrum E._____ durch die J._____ AG nur noch bis im Mai 2013 als zulässig erwies (act. 52 Rz. 492 ff.; act. 57 S. 86 ff.).

E. 2.4.2

Der am 9. Februar 2007 zwischen der Klägerin und der J._____ AG abgeschlossene Mietvertrag sah eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren mit Optionsrechten zur Verlängerung des Mietverhältnisses um je weitere fünf Jahre vor. Die J._____ AG machte von ihrem Optionsrecht mit Schreiben vom 19. August 2011 Gebrauch, womit das Mietverhältnis bis zum 31. März 2018 verlängert wurde (act. 3/9; act. 3/11). Die J._____ AG stellte darauf hin gegenüber der Klägerin Schadenersatzforderungen für nutzlos gewordene Investitionen im Umfang von ca. CHF 420'000.-. Am 24./ 28. August 2012 schloss die Klägerin mit der J._____ AG einen Aufhebungsvertrag, wonach das Mietverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des

Bau- und Wiederherstellungs-entscheid der Gemeinde G._____ bei H._____ vom 27. April 2012, spätestens jedoch per 31. Dezember 2013 aufgelöst werden sollte (act. 3/11). Zudem verpflichtete sich die Klägerin, der J._____ AG eine Inkonvenienzentschädigung in der Höhe von CHF 25'000.– zu leisten, welche ihr mit Valuta vom 7. Dezember 2012 überwiesen wurde (act. 52 Rz. 493 ff.; act. 57 S. 86 ff.).

E. 3

Voraussetzungen eines Werkmangels

E. 3.1

Die Klägerin erblickt vorliegend darin einen Werkmangel, dass die von der Beklagten zugesicherte rechtliche Eigenschaft, wonach sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten, fehle (act. 1 Rz. 223).

E. 3.2

Gemäss Art. 166 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer dafür einzustehen, dass sein Werk keine Mängel aufweist. Ein Werkmangel nach Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Ei-

- 16 - genschaft nicht aufweist oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). Als Zusicherung ist eine vertraglich bindende Erklärung des Unternehmers zu verstehen, dass sein versprochenes Werk eine bestimmte Eigenschaft aufweist. Die Unterscheidung zwischen zugesicherten und sonst wie vereinbarten Eigenschaften ist rechtlich bedeutungslos. Jede Eigenschaftsvereinbarung beruht auf den (tatsächlich oder normativ) übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Anmerkungen 6.2 und 6.3 zu Art. 166 SIA-Norm 118).

E. 3.3

Die zugesicherte Eigenschaft kann sich aus Worten, Zeichnungen, Mustern, Modellen oder dergleichen ergeben. Sie kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N. 1372 ff.). Dabei kann eine solche Eigenschaft insbesondere auch aus dem Leistungsbeschrieb oder aus den Plänen hervorgehen, sofern sie deren Vertragsbestandteile sind.

E. 3.4

Von der Zusicherung einer Werkeigenschaft zu unterscheiden ist das selbständige Garantieverprechen. Es bezieht sich auf einen bestimmten (meist wirtschaftlichen) Erfolg (wie Umsatz oder Rendite), der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Werks hinausgeht (indem er noch von anderen Faktoren abhängt wie beispielsweise der Absatzgelegenheit, dem Kundenkreis, der Konjunktur etc.), also nicht Gegenstand der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung ist. Indem der Unternehmer vertraglich einen solchen Erfolg garantiert, übernimmt er eine Schadenersatzpflicht für den Fall, dass der Erfolg ausbleibt. Bleibt der Erfolg tatsächlich aus, so ist das Werk deswegen nicht mangelhaft und die Regel der Mängelhaftung gelangen nicht zur Anwendung (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anmerkung 6.5 zu Art. 166

SIA-Norm 118; zur Abgrenzung BGE 122 III 426 E. 4).

E. 3.5

Nach der Natur des Mangels gibt es tatsächliche und rechtliche Werkmängel. Ein tatsächlicher oder ein rechtlicher Mangel liegt vor, je nachdem, ob die vertraglich geforderte Beschaffenheit, von der das Werk im Einzelfall abweicht, durch tatsächliche oder durch rechtliche Kriterien bestimmt ist. Die rechtlichen Kriterien

- 17 - sind zur Hauptsache Sicherheits- oder andere Vorschriften des öffentlichen Rechts, welche die Benutzung, den Gebrauch und den Vertrieb von Gebäuden, Maschinen, Apparaten und weiteren Produkten reglementieren (GAUCH, a.a.O., N. 1432 und 1460 ff.).

E. 3.6

Vorliegend behauptet die Klägerin einen rechtlichen Mangel aufgrund des Umstands, dass sich eine Nutzung der Erdgeschossflächen als Verkaufsflächen als unvereinbar mit Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G._____ bei H._____ erwiesen hat. Sie weist in diesem Zusammenhang unter anderem auf ein Urteil des Appellationshofs des Kantons Freiburg vom 20. September 1988 hin, wonach das Nichteinhalten von feuerpolizeilichen Vorschriften bei einem Cheminéebau einen rechtlichen Mangel darstellt (act. 52 Rz. 20, mit Verweis auf GAUCH, a.a.O., N. 1432 m.w.H.).

E. 3.7

Es erscheint fraglich, ob auch im vorliegenden Fall von einem rechtlichen Werkmangel auszugehen wäre. Während beim Cheminéebau objektivierbare feuerpolizeiliche Vorgaben zu beachten sind, geht es im vorliegenden Fall um die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Nutzungsvorschriften, die eine ausgewogene Nutzung zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben bezwecken und insoweit einen grösseren Ermessensspielraum aufweisen. Es ist unbestritten, dass es nicht darum ging, ob das Werk überhaupt nutzbar war oder nicht. Die Zusage einer bestimmten künftigen Nutzungsmöglichkeit erschiene einem selbständigen Garantieverprechen jedoch naheliegender. Die Frage braucht jedoch nicht weiter vertieft zu werden, da es der Klägerin nicht gelingt darzulegen, dass eine Vereinbarung gemäss ihrem Verständnis vorliegt, wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht.

E. 4

Vereinbarung einer Verkaufsnutzung aller Mietflächen?

E. 4.1

Parteistandpunkte

E. 4.1.1

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihr zugesichert, dass sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte aus den Bereichen "Food" und "Non-Food" genutzt werden könnten. Diese Zusicherung

- 18 - habe sich insbesondere auf die Mietflächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss bezogen. Die von der Beklagten zugesicherte Eigenschaft habe dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien entsprochen (act. 1 Rz. 24 und 218 ff.; act. 52 Rz. 55 ff.). Diese Zusicherung sei ausdrücklich, eventualiter konkludent und subeventualiter stillschweigend erfolgt. Infolge des Bundesgerichtsurteils vom 8. Juni 2010,

welches eine ausgewogene Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe vorsehe, fehle es an der zugesicherten Eigenschaft, womit ein Werkmangel vorliege. Dieser habe zu einem Minderwert des Werkes geführt (act. 1 Rz. 218 ff; act. 52 S. 11 ff.).

E. 4.1.2

Die Beklagte bestreitet, dass es einen tatsächlichen Willen hinsichtlich einer Zusicherung über die Nutzung sämtlicher Mietflächen als Detailhandelsverkaufsflächen gegeben habe (act. 24 S. 34). Es treffe jedoch zu, dass die Parteien aufgrund der bei Vertragsschluss vorliegenden Gesamtbaubewilligung und später auch aufgrund der "Betriebsbewilligung" bis im Januar 2008 davon ausgegangen seien, dass die fraglichen 1'800 Quadratmeter im Erdgeschoss einer Fachmarkt-nutzung zugänglich sein würden. Eine verbindliche Zusicherung stelle dies jedoch keinesfalls dar (act. 24 S. 4 f.).

E. 4.2

Rechtliches

E. 4.2.1

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung von Verträgen der Grundsatz der subjektiven Auslegung, das heisst, der Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie nach dem Sinn, den ihr die Parteien übereinstimmend beigemessen haben und nicht etwa nach einer unrichtigen Bezeichnung oder Ausdrucksweise. Um darüber befinden zu können, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen Parteien zustande gekommen ist, muss demnach zunächst nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen gesucht werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Es obliegt folglich dem Gericht, zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien (z.B. Parteiverhalten nach Vertragsschluss). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 135 III 410 E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 4D_71/2017 vom 31. Januar 2018 E. 5.1).

- 19 -

E. 4.2.2

Wenn es dem Gericht nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäusserten wirklichen Willen nicht verstanden hat, muss das Gericht eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen geben konnten und mussten (objektive Auslegung). Nur wenn ein tatsächlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauensprinzip zur Anwendung, wobei die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenserklärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, eine Rechtsfrage ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom

E. 4.2.3

Die Klägerin trägt vorliegend die Beweislast dafür, dass ihr die Beklagte die Nutzung sämtlicher Flächen (im Erdgeschoss sowie in den Obergeschossen) als Verkaufsflächen zugesichert hat (Art. 8 ZGB). Damit ist im vorliegenden Konsensstreit zunächst (vor der objektiven Auslegung) zu prüfen, ob ein dahingehender tatsächlicher Konsens besteht.

- 21 -

E. 4.3

Tatsächlicher Konsens

E. 4.3.1

Einleitung Dass im Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 (act. 3/5) eine ausdrückliche Zusicherung bzw. Vereinbarung im Sinne des klägerischen Verständnisses bestehen würde, ist nicht ersichtlich. Es ist daher nachfolgend in Würdigung der vertraglichen Grundlagen (inkl. Beilagen etc.) sowie der Umstände zu prüfen, ob ein entsprechender tatsächlicher Konsens zu bejahen ist.

E. 4.3.2

Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 (act. 3/33)

E. 4.3.2.1

Die Gesamtbaubewilligung vom 3. April 2006 (act. 3/33) wurde zum Vertragsbestandteil erhoben, was aus Ziff. 1.2 des Totalunternehmervertrags vom 16. Juni 2006 hervorgeht (act. 3/5).

E. 4.3.2.2

Wie bereits ausgeführt, wurde hinsichtlich der Nutzung in der Gesamtbaubewilligung darauf hingewiesen, dass diese mit Artikel 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G._____ bei H._____ vereinbar sein müsse und entsprechende Massnahmen wie das Verweigern der "Betriebsbewilligung" (vgl. act. 3/35) vorbehalten seien (act. 3/33 S. 3 Ziff. 4; vgl. Ziff. 2.3.1 hiervor).

E. 4.3.2.3

Daraus erschliesst sich, dass noch ein Vorbehalt hinsichtlich der konkreten zu bewilligenden Nutzung bestand, der Vertragsbestandteil war, auch wenn die Parteien zunächst davon ausgingen, dass eine langfristige Nutzung durch die J._____ AG und die K._____ GmbH möglich sei (act. 24 S. 5). In der Rangordnung bezüglich der Geltung war die Gesamtbaubewilligung oberhalb des Punktes "alle örtlichen Bauvorschriften, alle Vorschriften (komm., kant., eidg.) inkl. Gesundheitsämter, etc." aufgeführt, weshalb entgegen der Klägerin nicht gefolgert werden kann, diese vermöchte keinen Vorbehalt im werkvertragsrechtlichen Verhältnis zwischen den Parteien zu begründen (act. 52 Rz. 508). Fehl geht angesichts dessen auch die klägerische Argumentation, die Beklagte hätte das Werk nicht den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechend erstellt oder wäre gehalten gewesen, im Voraus eine Ausnahmegewilligung einzuholen (act. 52 Rz. 510).

- 22 -

E. 4.3.2.4

Die Parteien haben sodann in Anbetracht des Vorbehalts in der Gesamtbaubewilligung betreffend die konkrete Nutzung keine weiteren vertraglichen Regelungen getroffen, was sich jedoch aufgedrängt hätte, wenn es beabsichtigt gewesen wäre, ein etwaiges Nutzungsrisiko (über die Mietzinsgarantie hinaus) auf die Beklagte zu übertragen. Daran ändert auch nichts, wenn die Beklagte in Ziff. 1.5 des Totalunternehmervertrags für das Einholen der Bewilligungen "welcher Art auch immer" als verantwortlich erklärt wurde (act. 3/5 Ziff. 1.5), zumal damit nur eine Regelung darüber getroffen wird, wer von den Parteien etwaige Bewilligungen einzuholen hat und nicht, wer das Risiko einer Nichtbewilligung trägt. Ohnehin war es jedoch Sache der Mieterinnen, für das Einholen der

Nutzungsbewilligungen besorgt zu sein (vgl. Ziff. 5.5 hernach).

E. 4.3.2.5

Dass die Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 mit einem entsprechenden Vorbehalt hinsichtlich der künftigen Nutzung zum Vertragsbestandteil erhoben wurde, spricht somit gegen das klägerische Vertragsverständnis.

E. 4.3.3

Zusicherung in der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" (act. 53/6)?

E. 4.3.3.1

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe in der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" vom 25. Juni/30. August/4. September 2007 (act. 53/6) die Nutzung der Flächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss ausdrücklich als Verkaufsflächen zugesichert (act. 52 Rz. 55 ff.). Die Beklagte bringt dagegen vor, die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" sei nicht zum Vertragsinhalt erhoben worden und sei lediglich in Bezug auf die flächenbedingten Tragbarkeitsvoraussetzungen zu verstehen (act. 57 S. 42 ff.).

E. 4.3.3.2

Die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" wurde von der N._____, O._____ & P._____ AG, Dipl. Bauingenieure ETH/FH, mithin einer Subunternehmerin der Beklagten erstellt (act. 53/6). Diese Vereinbarung bildet nicht Bestandteil des Totalunternehmervertrags bzw. von Vereinbarungen zwischen den Parteien. Daran ändert entgegen der Klägerin (act. 52 Rz. 58 ff.) nichts, dass gemäss Ziff. 3 Abs. 3 und 4 des Totalunternehmervertrags die Beklagte als Totalunternehmerin der Klägerin als Bauherrin für die Leistungen der Subplaner etc. uneingeschränkt haftet bzw. mit diesen ein direktes Forderungsrecht der Klägerin zu

- 23 - vereinbaren hat (act. 3/5). Wie aus dem Dokument erhellt, wurde die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" von der Beklagten, dem Architekten und Bauingenieur unterzeichnet (act. 53/6 S. 14).

E. 4.3.3.3

Aus dem Umstand, dass Ziff. 2.1.2 der SIA-Norm 260 (Grundlagen Projektierung von Tragwerken; Ausgabe 2003; act. 53/9) die Festlegung von Nutzungsanforderungen eines Tragwerkkonzepts in einer Nutzungsvereinbarung vorsieht, kann entgegen der Klägerin (act. 52 Rz. 64) auch nicht geschlossen werden, die Nutzungsvereinbarung entspreche einer nachträglichen Nutzungsvereinbarung zwischen den Parteien.

E. 4.3.3.4

Ohnehin ist festzuhalten, dass die Nutzungsvereinbarung die Nutzung des Gebäudes im Hinblick auf die Tragstruktur beschreibt und als Grundlage für die Projektierung der Tragkonstruktion dient (act. 53/6 Ziff. 1 und 2.1 S. 4). Die unter Ziff. 3.2 vereinbarte Nutzung "Verkaufsfläche" ist deshalb im Hinblick auf die flächenbedingten Tragbarkeitsvoraussetzungen zu verstehen (act. 53/6 S. 5). Wie die Beklagte richtigerweise vorträgt (act. 57 S. 43 f.), ist der Begriff "Verkaufsfläche" in einem technischen Kontext zu sehen und lässt nicht auf eine reine Fachmarktnutzung schliessen. "Verkaufsflächen" können auch zu Lager- und Fabrikationszwecken verwendet werden.

E. 4.3.3.5

Aus der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" lässt sich demnach keine Zusicherung hinsichtlich einer ausschliesslichen Fachmarktnutzung herleiten.

E. 4.3.4

Zusicherung in Vertragsbeilagen und Plänen?

E. 4.3.4.1

Ferner bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe an unzähligen Stellen in Vertragsbeilagen sowie in unter der Verantwortung der Beklagten erstellten Plänen die Zusicherung abgegeben, dass sämtliche Flächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss als Verkaufsflächen genutzt werden könnten (act. 1 Rz. 24 ff.; act. 52 Rz. 68 ff.).

E. 4.3.4.2

Die Klägerin führt dazu unter anderem den "Nutzungs- und Sicherheitsplan von Q._____ + R._____" an, wobei sie auf Seite 5 des Plans hinweist (act. 52 Rz. 70; act. 3/21). In der Skizzierung des Längsschnittes des Gebäudes

- 24 - werden die jeweiligen Ebenen als "Verkaufsflächen" bezeichnet (act. 3/21 S. 5). Auf der Seite 3 desselbigen Plans wird jedoch unter Ziff. 2 "Beschreibung des Bauwerks" Folgendes festgehalten (act. 3/21 S. 3): "Bauvorhaben: Neubau Gewerbegebäude mit Lager-, Technik- und Infrastrukturräumen im 2. Untergeschoss, Parkgarage und Infrastrukturräumen im 1. Untergeschoss, Ladenflächen, Parkflächen und Anlieferung im Erdgeschoss, Laden- und Lagerflächen im 1. Obergeschoss und 2. Obergeschoss. Nutzungsbeschreibung: 2. Untergeschoss: Lagerräume, Technikräume, Infrastrukturräume 1. Untergeschoss: Parkgarage, Infrastrukturräume Erdgeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume, Anlieferung und Parkierung 1. Obergeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume 2. Obergeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume" Urheberin des Nutzungs- und Sicherheitsplans vom 10. Mai 2006 ist eine Drittperson, nämlich das genannte Ingenieurbüro. Es bildet nicht Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien (act. 3/5 Ziff. 1.2; act. 57 S. 45). Eine ganzheitliche Würdigung des Nutzungs- und Sicherheitsplans ergibt zudem, dass diese nicht im Sinne der klägerischen Interpretation verstanden werden kann, wonach sämtliche Geschäftsräume als Verkaufsflächen zu nutzen wären. Gegenteiliges ist der Fall, zumal explizit Infrastrukturräume unter der Nutzungsbeschreibung erwähnt sind. Hinsichtlich einer konkreten Nutzung ist keine nähere Umschreibung zu finden. Ohnehin wären die aufgeführten Begriffe wiederum in einem technischen Kontext zu verstehen, da sich der Plan mit Maximallasten beschäftigt.

E. 4.3.4.3

Weiter führt die Klägerin an, in den Ausführungsplänen in Vertragsbeilage 13 (act. 3/24-27) finde sich die wörtliche Bezeichnung der Flächen im ersten und zweiten Obergeschoss jeweils als "Verkaufsraum" bzw. als "Verkaufsfläche[n]".

- 25 - Sodann seien für die Nutzung der Flächen mit Bezug auf das erste Obergeschoss etwa Bereiche wie "FOOD gesamt", "Fleisch-Vorbereitung, "Fleisch-Bedienung" etc. festgehalten (act. 1 Rz. 63 ff.; act. 52 Rz. 70). Dem entgegnet die Beklagte, es handle sich um Submissionspläne, welche die provisorische Ausführungsplanung betreffen. Die Pläne würden die im Mai 2006 im Zeitpunkt der Erstellung aktuellen Verhältnisse wiedergeben.

Da sich die Beklagte zur Vornahme des Innen- ausbaus verpflichtet habe, würden die Submissionspläne des Architekten die ent- sprechenden Bezeichnungen tragen. Dies könne demnach nicht als verbindliche Zusicherung jeder zukünftigen Nutzung verstanden werden, sondern beschreibe den Planungsstand im Mai 2006 (act. 24 S. 39 f.; act. 57 S. 45 f.).

E. 4.3.4.4

In den für die Baubewilligung am 2. März 2005 – vor Abschluss des Miet- vertrags mit der I._____ AG – eingereichten Baueingabeplänen werden die Flä- chen im ersten und zweiten Obergeschoss mit "Gewerbe" und "Dienstleistung" beschrieben. Lediglich in den Plänen zum Erdgeschoss findet sich die Angabe "Fachmarkt" (act. 58/4). Dies untermauert die beklagtische Argumentation, wo- nach die Submissionspläne lediglich den dannzumal aktuellen Planungsstand wiedergegeben haben und nicht als Zusicherung verstanden werden können (act. 57 S. 45). Der Totalunternehmervertrag wurde überdies erst danach – am 16. Juni 2006 – abgeschlossen.

E. 4.3.5

Zusicherung in der Bruttorenditeberechnung (act. 3/17)?

E. 4.3.5.1

Die Klägerin macht sodann geltend, der Pauschalwerkpreis von CHF 22'168'000.– sei für die Erstellung des Werks auf der Grundlage einer von der Beklagten erstellten Bruttorenditeberechnung vereinbart worden, welche von einer ausschliesslichen Vollvermietung der Flächen (im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss) an Verkaufsgeschäfte ausgegangen sei. Bei dem von der Beklagten in der Bruttorenditenberechnung vom 25. April 2006 zu- grunde gelegten Nettomiettertrag in der Höhe von CHF 1'695'270.– pro Jahr (in- klusive CHF 471'770.– aus der Vermietung der nicht an die I._____ AG vermiete- ten Ladenflächen) habe es sich um den im Zeitpunkt des Abschlusses des Total- unternehmervertrags (16. Juni 2006) massgeblichen Marktmietzins aus der Ver- mietung sämtlicher Flächen im Fachmarktzentrum zum Betrieb von Verkaufsgeschäften

- 26 - schäften gehandelt. Hätte im Zeitpunkt des Abschlusses des Totalunternehmer- vertrags davon ausgegangen werden müssen, dass die Fläche von 1'800 Quad- ratmetern im Erdgeschoss des Fachmarktzentrums nicht zur Nutzung durch Ver- kaufsgeschäfte vermietet werden könne, sondern lediglich (im Sinne der Rege- lung in Art. 51 Baureglement 1994 der Gemeinde G._____ bei H._____) zur Nut- zung durch Produktionsbetriebe (Werkhof, Werkstatt, Produktion), so hätte der Bruttorenditeberechnung ein deutlich tieferer Nettomiettertrag aus der Vermietung der genannten Fläche zugrunde gelegt werden müssen. Unter Berücksichtigung von Produktionsflächen hätten die Parteien damit einen geringeren Totalunter- nehmerpreis vereinbart (act.1 Rz. 30 ff.; act. 52 Rz. 71 ff.).

E. 4.3.5.2

Die Beklagte hält dem entgegen, es sei vielmehr so gewesen, dass bei Vornahme der entsprechenden Berechnungen nur der Landpreis und der Werk- lohn bekannte und feste Grössen gewesen seien; bei den restlichen Angaben, insbesondere bei den geschätzten Mieterträgen und bei der geschätzten Brutto- rendite, habe es sich vielmehr für jedermann erkenntlich um Annahmen und planmässige Überlegungen der Parteien bezüglich künftiger, nicht gewisser Sachverhalte, keineswegs um irgendwelche Zusicherungen gehandelt.

Soweit sie – die Beklagte – danach beim Abschluss des verbindlichen Totalunternehmervertrags knapp zwei Monate später dazu bereit gewesen sei, für irgendwelche Mieterträge aus Mieten der von ihr gefundenen Mieter zu haften, habe sie denn auch die Mietzinsgarantie abgegeben. Dass sie aber keineswegs eine ewige Garantie habe abgeben wollen (und das von der Klägerin auch nicht gefordert worden sei) ergebe sich bereits daraus, dass die Mietzinsgarantie auf eine Laufzeit von 60 Monaten ab Eröffnung des Gebäudes beschränkt worden sei (act. 24 S. 23 ff. und S. 35 ff.; act. 57 S. 46 ff.).

E. 4.3.5.3

Der Bruttorenditeberechnung (act. 3/17) entnimmt man im Wesentlichen die Parameter für die Anlagekosten von CHF 26'604'300.– sowie einen Mietertrag von CHF 1'695'270.–, wobei eine Bruttorendite von 6.37 % errechnet wurde. Aus der Überschrift "Bruttorenditeberechnung" ist – mit der Beklagten – zu folgern, dass es im erwähnten Dokument nicht um die Ermittlung des Werkpreises ging, sondern vielmehr der Landerwerb und die Werkvertragssumme fixe Para-

- 27 - meter bildeten. Dass mit den deklarierten Zahlen für die Mieterträge und die Bruttorendite mehr als Annahmen und Erwartungen zum Ausdruck gebracht werden, entnimmt man diesem Dokument nicht.

E. 4.3.5.4

Der Nettomietzins ertrag von CHF 1'695'270.–, welcher auf der Bruttorenditeberechnung angegeben ist, wird alsdann im "Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006" (act. 3/14) aufgeschlüsselt. Daraus gehen einerseits die bereits mit der I. _____ AG vermieteten Flächen samt Mietzinseinnahmen hervor (Grosshandel Food und Non-Food), welche in der Kolonne "Status/Abschluss" mit "unterschrieben" gekennzeichnet sind. Andererseits findet sich bei den übrigen noch nicht vermieteten Flächen in der Kolonne "Status/Abschluss" der Hinweis "in Verhandlung". Ferner ist festgehalten, dass im "Laden 1 EG" die J. _____ AG eine Miete von ca. 800 Quadratmetern am 16. Mai 2006 mündlich zugesichert habe. Hinsichtlich des Ladens 2 im Erdgeschoss werden verschiedene Interessenten aufgeführt (S. _____, T. _____, U. _____, V. _____ etc.), bei denen es sich um Unternehmen handelt, welche Verkaufsgeschäfte betreiben (act. 1 Rz. 49; act. 24 S. 37).

E. 4.3.5.5

Zwar lässt sich dem Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006 entnehmen, dass zum damaligen Zeitpunkt beabsichtigt war, die weiteren Flächen als "Ladenflächen" zu vermieten. Wie die Beklagte selber einräumt, gingen die Parteien bis im Januar 2008 davon aus, die fraglichen Flächen im Erdgeschoss seien als Fachmärkte nutzbar (act. 24 S. 34 f.). Aus dem Hinweis "in Verhandlung" erhellt indes, dass es sich bei den Angaben nicht um eine verbindliche Zusicherung handelt, und zwar weder mit Bezug auf die Grösse noch mit Bezug auf die Art der Nutzung, welche zu den genannten Mieterträgen führen sollte. Ein Rechtsbindungswille lässt sich mithin weder ausdrücklich, konkludent noch stillschweigend ableiten.

E. 4.3.6

Zusicherung durch die Mietzinsgarantie?

E. 4.3.6.1

Die Klägerin argumentiert, die Vereinbarung einer Mietzinsgarantie in Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags stelle eine Zusicherung dar, wonach die Flächen auch effektiv als Verkaufsflächen genutzt werden könnten, da die Partei-

- 28 - en ansonsten Mieterträge in Höhe, wie sie bei der Vermietung an Produktionsbetriebe anfallen, besichert hätten (act. 52 Rz. 76).

E. 4.3.6.2

Die Beklagte erwidert, dass sie eine für die Dauer von 60 Monaten beschränkte Mietzinsgarantie abgegeben habe, weshalb eine vertragliche Haftung der Beklagten darüber hinaus der getroffenen Vereinbarung offensichtlich widersprechen würde (act. 57 S. 47 ff.).

E. 4.3.6.3

In Ziffer 2.4 des Totalunternehmervertrags (Abs. 4 und 5) hat die Beklagte für die Dauer von fünf Jahren ab dem 30. November 2007 eine Mietzinsgarantie für den Mietertrag von jährlich CHF 471'770.– (exkl. MWST) aus der Vermietung der Flächen übernommen, welche bei Abschluss des Totalunternehmervertrags nicht bereits an die I. _____ AG vermietet waren. Für den Fall, dass die Nettomietzinseinnahmen während der Dauer der Mietzinsgarantie die Garantiesumme unterschreiten sollten, verpflichtete sich die Beklagte, die jährlich resultierende Differenz per 31. Dezember auszugleichen (act. 1 Rz. 152 ff; act. 24 S. 50; act. 3/5 Ziff. 2.4). Insbesondere wird in Ziff. 2.4 Folgendes festgehalten (act. 3/5): "Auf der Basis des Mieterspiegels vom 14. März 2006 (Beilage 2), welcher Bestandteil des vorliegenden Vertrages bildet, gehen die Parteien davon aus, dass durch die Vermietung der übrigen, nicht an die Mieterin I. _____ AG vermieteten Flächen (Erdgeschoss: ca. 1'800 m²; 2. Untergeschoss: ca. 298 m²; acht Parkplätze, nachfolgend "Flächen") ab dem 30. November 2007 jährliche Nettomietzinseinnahmen von CHF 471'770.– realisiert werden können." Hinsichtlich des Zwecks der Mietzinsgarantie wird sodann Folgendes festgeschrieben (act. 3/5 Ziff. 2.4): "Die von der Totalunternehmung gestellte Mietzinsgarantie deckt ausschliesslich Mietzinsausfälle (Nettomietzins gemäss Mieterspiegel vom 14. März 2006), welche die Bauherrin während der Dauer der Mietzinsgarantie dadurch erleidet, dass die Flächen nicht oder unter dem gemäss Mieterspiegel vom 14. März 2006 angegebenen Gesamtnettomietzins von CHF 471'770.– vermietet sind."

- 29 -

E. 4.3.6.4

Aus dem Umstand der Vereinbarung einer Mietzinsgarantie für die noch nicht vermieteten Flächen ist zu schliessen, dass die Erzielung des prognostizierten Mietertrags von den Parteien keineswegs für sicher gehalten wurde, ansonsten die Vereinbarung einer solchen entbehrlich gewesen wäre. Dies stellt auch die gewählte Formulierung klar, wonach die Parteien davon ausgehen, dass ein jährlicher Gesamtnettomietzins von CHF 471'770.– erzielt werden könne. Zudem sollte die Mietzinsgarantie ausschliesslich das Risiko abdecken, dass die Flächen nicht den Erwartungen entsprechend vermietet werden konnten. Alle übrigen aus der Vermietung resultierenden Risiken wurden der Bauherrin bzw. der Klägerin übertragen. Daraus erhellt, dass in Bezug auf eine etwaige Nutzung gerade keine Zusicherung erblickt werden kann, auch nicht konkludent bzw. stillschweigend.

E. 4.3.7

Zusicherung durch den Erstvermietungsaufrag?

E. 4.3.7.1

Die Klägerin macht sodann geltend, die Beklagte habe durch die Übernahme des Erstvermietungsaufrags der Flächen im Erdgeschoss gemäss Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006 zugesichert, dass die Flächen durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten (act. 52 Rz. 77).

E. 4.3.7.2

Die Beklagte hält dem entgegen, das Abgeben der beschränkten Mietzinsgarantie und die damit zusammenhängende Zusicherung der Erstvermietung dieser Flächen stelle eine bewusste Entscheidung gegen die Abgabe einer generellen Mietzinsgarantie dar (act. 57 Rz. 49).

E. 4.3.7.3

Zur genaueren Erörterung des Erstvermietungsaufrags kann auf Ziff. 5 hernach verwiesen werden. Eine Zusicherung im Sinne des klägerischen Verständnisses lässt sich dem Erstvermietungsaufrag indes nicht entnehmen. Vielmehr indiziert die Formulierung in Ziff. 2.4 Abs. 8 des Totalunternehmervertrags (act. 3/5) "Gelingt es der Totalunternehmung einen Mietvertrag für diese Flächen abzuschliessen, reduziert sich der Umfang der von der Totalunternehmung gewährten Sicherstellung entsprechend", dass die Vermietung der noch nicht an die I. _____ AG vermieteten Flächen mit Unsicherheiten behaftet war.

- 30 -

E. 4.3.8

Zusicherung im Baubeschrieb vom 10. Mai 2006 (act. 3/18)?

E. 4.3.8.1

Die Klägerin verweist hier auf die im Baubeschrieb aufgeführten Begriffe des Ladenbaus. Der Umstand, dass im Baubeschrieb hinsichtlich der nicht an die I. _____ AG vermieteten Flächen von einem "Ladenausbau" die Rede sei, zeige auf, dass die Parteien bei Abschluss des Totalunternehmervertrags davon ausgegangen seien, dass die Drittmietter einen "Ladenausbau" vornehmen würden. Es sei in diesem Zusammenhang von keinem anderen Ausbau die Rede, insbesondere auch nicht von einem Ausbau für Gewerbe oder Produktionsbetriebe. Damit habe die Beklagte (welche den betreffenden Baubeschrieb erstellt habe) der Klägerin zugesichert, dass die fraglichen Flächen (d.h. die "Ladenfläche für Drittmietter" im Umfang von 1'800 Quadratmeter im Erdgeschoss des Fachmarktzentrums) durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten. Gemäss Regelung auf Seite 15 des Baubeschriebs sei die Beklagte ausserdem verpflichtet gewesen, im Fachmarktzentrum neben Kundenliften sowie einem "Warenlift" für die I. _____ AG auch einen "Warenlift Drittmietter" einzubauen. Die Bezeichnung "Warenlift" resp. "Warenlift Drittmietter" zeige ebenfalls auf, dass die fraglichen Transportanlagen dem Warenumsschlag von Verkaufsgeschäften dienen sollten, und nicht auf die Bedürfnisse von allfälligen Produktionsbetrieben ausgerichtet gewesen seien. Schliesslich sei unter der BKP-Position 411 auf S. 22 des Baubeschriebs festgehalten, dass durch die Beklagte "Einkaufswagenstationen" zu realisieren seien. Dies bestätige ebenfalls den Willen der Parteien (und die Zusicherung der Beklagten), dass die Flächen im Fachmarktzentrum ausschliesslich durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden sollten und konnten (in denen die

Kunden ihre Einkäufe mit Hilfe von Einkaufswagen tätigen würden). Zudem regle der Baubeschrieb auf S. 24 den Übergang von den Parkplätzen vom Gehweg zum Vorplatz im Bereich "Kundeneingang". Der Haupteingang werde damit im Baubeschrieb ausdrücklich als "Kundeneingang" bezeichnet. Diese Bezeichnung des Haupteinganges wäre von der Beklagten nicht gewählt worden, wenn sie nicht davon ausgegangen wäre, dass sämtliche Flächen ausschliesslich durch Verkaufsgeschäfte genutzt und entsprechend vollumfänglich an Mieter, welche Verkaufsgeschäfte betreiben, vermietet werden sollten (act. 1 Rz. 39 ff.).

- 31 -

E. 4.3.8.2

Die Beklagte sieht auch hier keine Zusicherung für eine ausschliessliche Nutzung mit Verkaufsflächen. Entsprechendes lasse sich auch nicht aus den im Baubeschrieb ersichtlichen Warenlift für Drittmietler, den Einkaufswagenstationen und dem Kundeneingang sehen. Überdies seien Warenlifte und Kundeneingänge auch in Produktionsbetrieben gang und gäbe, und Einkaufswagen habe es schon nur wegen der Mieterin I. _____ AG gebraucht (act. 24 S. 36).

E. 4.3.8.3

Im Baubeschrieb werden primär technische Details zu Vorbereitungsarbeiten, zum Rohbau, zum Innenausbau sowie zu Erschliessungen festgehalten. Eine Zusicherung, dass die Mietflächen im Erdgeschoss von 1'800 Quadratmetern durch Fachmärkte genutzt werden können, ist im Baubeschrieb vom 10. Mai 2006 nicht zu erblicken. Es trifft zwar zu, dass es dem Ansinnen beider Parteien entsprach, das Gebäude so zu nutzen, was aber nicht bedeutet, dass eine entsprechende Zusicherung abgegeben wurde. Zudem wird ausdrücklich festgehalten, dass der Baubeschrieb nur den Grundausbau der Flächen der I. _____ AG enthalte und der restliche Ausbau zu Lasten der Mieter erfolge, was nur bedingt Rückschlüsse auf die definitive Nutzung zuliess (act. 3/18 S. 1).

E. 4.3.9

Zusicherung im Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22)?

E. 4.3.9.1

Die Klägerin bringt vor, dass im Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 in Ziff. 2, in welchem der Ausbau der Mietflächen definiert werde, ausschliesslich von Verkaufsräumen die Rede sei. Zudem seien Kunden-WCs vorgesehen. Es liege auf der Hand, dass Kunden-WC's nur für Verkaufsgeschäfte und nicht für Produktionsbetriebe gebraucht würden. Es zeige, dass die Nutzung von Verkaufsgeschäften und keinesfalls von Produktionsbetrieben geplant gewesen sei (act. 1 Rz. 59 ff; act. 52 Rz. 78).

E. 4.3.9.2

Die Beklagte entgegnet, der Begriff "Verkaufsräume" sei nicht "sensu technico" zu verstehen. Die übrigen Bauposten wie Kunden-WCs seien primär im Hinblick auf die Mieterin I. _____ AG gebaut worden und auch bei einem Produktionsbetrieb nützlich (act. 24 S. 38; act. 52 S. 49).

- 32 -

E. 4.3.9.3

Der Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22) bildet als Beilage 4 Bestandteil des Totalunternehmervertrags. Er enthält die durch die Vermieterin zur Verfügung gestellten Investitionen für Konstruktionselemente und ihre Funktionsweise resp. die Oberflächenbeschaffenheit im Bereich der Mietflächen (Wände Decken etc.). Hinsichtlich einer konkreten Nutzung lässt sich dem Beschrieb nichts entnehmen. Was unter den Begrifflichkeiten "Verkaufsräume, interne Treppe, interne Nebenträume" (vgl. act. 3/22 Ziff. 2.4 und Ziff. 2.6) detailliert im Hinblick auf die zukünftige Nutzung zu verstehen wäre, wird im Grobbaubeschrieb nirgends festgehalten. Im Kontext dieses Grobbaubeschriebs kann der Begriff "Verkaufsräume" demnach nicht als Zusicherung im Sinne der klägerischen Auffassung interpretiert werden. Auch der Umstand, dass Kunden-WCs etc. gebaut wurden, erstaunt im Hinblick auf die bereits erfolgte Vermietung an die I. _____ AG nicht. Ohnehin liesse sich aus dem Grobbaubeschrieb nicht schliessen, dass für die noch nicht vermieteten Flächen keinesfalls Produktionsbetriebe denkbar gewesen wären, zumal bei Produktionsbetrieben keine standardisierten Ausbautvorgaben bestehen, was auch die Klägerin nicht substantiiert bestreitet (act. 24 S. 38; act. 52 S. 197).

E. 4.3.10

Zusicherung in der Beilage 5 (act. 3/23)?

E. 4.3.10.1

Die Klägerin will in der Beilage 5 zum Totalunternehmervertrag "Schnittstellen zwischen Vermieterin C. _____ AG und den Drittmieterrinnen im EG der Gewerke W. _____" darin eine Zusicherung erblicken, dass auf S. 1 des Dokuments die Fläche im Erdgeschoss als "Fachmarktfläche" bezeichnet sei. Ferner sei an verschiedenen Stellen die Bezeichnung "Mall" (zu Deutsch: Einkaufszentrum) zu finden (act. 1 Rz. 63).

E. 4.3.10.2

Die Beklagte bestreitet, dass darin eine Zusicherung gesehen werden könne (act. 24 Rz. 63).

E. 4.3.10.3

In der erwähnten Beilage 5, welche unbestrittenermassen Bestandteil des Totalunternehmervertrags ist, finden sich technische Beschriebe hinsichtlich Lüftungsanlagen, Heizungsanlagen, sanitäre Anlagen etc. (act. 3/23). Die Wortwahl "Fachmarktfläche" bzw. "Mall" mag in diesem Kontext keine Zusicherung zu

- 33 - begründen. Es kann sinngemäss auf die Ausführungen in Ziff. 4.3.9.3 hiavor verwiesen werden.

E. 4.3.11

Referenzobjekte

E. 4.3.11.1

Die Klägerin liess bereits vorgängig verschiedene Projekte durch die Beklagte realisieren. Im Einzelnen handelte es sich um das "AA. _____ center" in AB. _____ sowie um den "AC. _____" und das "AD. _____" in AE. _____. Dabei handelt es sich um regionale Einkaufszentren mit Supermärkten mit Food- und Non-Food Angeboten (act. 1 Rz. 73 ff. und 141 ff.; act. 24 S. 42; act. 52 Rz. 590).

E. 4.3.11.2

In Ziff. 1.3 des Totalunternehmervertrags wurden diese Projekte als Referenzobjekte aufgeführt, wobei festgehalten wurde, dass diese herbeigezogen würden, wenn Unklarheiten hinsichtlich der Leistungsqualität in den Unterlagen der Werkdefinition bestünden (act. 3/5).

E. 4.3.11.3

Die Klägerin argumentiert nun, dass es sich bei den drei genannten Projekten ebenfalls um Fachmarktzentren mit – ausschliesslich – Verkaufsflächen handle, woraus zu folgern sei, dass die Parteien den Willen gehabt hätten, das vorliegend streitgegenständliche Gewerbe- und Fachmarktzentrum ebenfalls mit ausschliesslicher Verkaufsnutzung auszugestalten (act. 1 Rz. 75).

E. 4.3.11.4

Dem hält die Beklagte richtigerweise entgegen, dass die Formulierung in Ziff. 1.3 des Totalunternehmervertrags (insbesondere: "Leistungsqualität") erkennen lässt, dass die Referenzobjekte hinsichtlich der Bau- und Gebäudequalität herangezogen werden sollten und nicht für standortabhängige Themen wie die Nutzung bzw. die Zonenkonformität (act. 24 S. 42). Es lässt sich aus diesem Umstand jedenfalls keine Zusicherung einer bestimmten Nutzung von Flächen ableiten.

E. 4.3.12

Nachträgliches Parteiverhalten

E. 4.3.12.1

E-Mails vom 14. März 2008 (act. 25/2) und vom 23. Mai 2007 (act. 3/40) Schliesslich ist zu prüfen, ob aufgrund von nachträglichem Parteiverhalten auf das klägerische Vertragsverständnis geschlossen werden müsste. In einer E-Mail vom

- 34 - 14. März 2008 von AF._____ der Beklagten an Vertreter der Klägerin – welches rund neun Woche vor der Werkabnahme versandt wurde – schrieb dieser, dass die "Betriebsbewilligung" sowie die Prüfung der Zonenkonformität nicht Sache der Totalunternehmerin bzw. der Beklagten sei, womit impliziert wird, dass die Beklagte nicht der Auffassung gewesen war, Risiken hinsichtlich einer umfassenden Verkaufsnutzung tragen zu müssen (act. 25/2). In diesem Sinne äusserte sich AF._____ ebenfalls bereits schon in einer E-Mail vom 23. Mai 2007 an Vertreter der Klägerin (act. 3/40).

E. 4.3.12.2

Vereinbarung vom 15. Mai 2008 (act. 3/31) Die Beklagte hat sich in der Vereinbarung vom 15. Mai 2008 in Ziff. 4 verpflichtet, auf eigene Kosten die erforderlichen Verfahren betreffend die Zonenkonformität fortzuführen. Die Klägerin folgert daraus, die Beklagte hätte eine solche Verpflichtung kaum übernommen, wenn sie der Auffassung gewesen wäre, für die fehlende Möglichkeit einer Nutzung durch Verkaufsgeschäft im Erdgeschoss nicht verantwortlich zu sein (act. 1 Rz. 78 f.). Die Beklagte entgegnet, es sei darin keine Anerkennung einer Rechtspflicht zu sehen. Sie sei mitunter auch aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehungen mit der J._____ AG und der K._____ GmbH daran interessiert gewesen, die Zulässigkeit dieser Nutzungen zu erwirken. Zudem habe die Klägerin eine bedeutende Teilzahlung des Werklohnes zurückgehalten (act. 24 S. 43). Aus der vorgebrachten Vereinbarung (act. 3/31 Ziff. 4) geht indes nicht hervor, dass die Beklagte einen Werkmangel anerkannt hätte, zumal sich die Klägerin ihrerseits verpflichtete, die

Beklagte in den Verfahren bezüglich der Zonenkonformität zu unterstützen und eine Beteiligung an den Kosten zu prüfen. In wessen Risikosphäre die fehlenden Bewilligungen hätten liegen sollen (Eigentümerin, Mieterinnen oder Generalunternehmerin), lässt sich der Vereinbarung nicht entnehmen. Die Vereinbarung bezog sich zudem nur auf die Beschwerdeverfahren bis vor Bundesgericht und nicht auf das Gesuch um Ausnahmegewilligung und die Anfechtung der Wiederherstellungsverfügung (act. 57 S. 63).

- 35 -

E. 4.3.12.3

Anerkennungshandlungen? Es ist unbestritten, dass sowohl die Klägerin als auch die Beklagte im Zusammenhang mit den Bewilligungen bezüglich der Verkaufsnutzungen aktiv wurden und Eingaben an Behörden bzw. Gerichte gemacht haben. Die Klägerin will in diesem Handeln eine Anerkennung des Werkmangels erblicken, da die Beklagte Nachbesserungshandlungen unternommen habe (act. 52 Rz. 140 ff.), was von der Beklagten unter anderem unter Hinweis auf ihre Stellungnahme vom 16. Juli 2010 bestritten wird (act. 57 S. 59 ff.). Die Beklagte entgegnete in ihrer Stellungnahme vom 16. Juli 2010, dass keine Nachbesserungsverpflichtung bestehe, zumal sie als Nichteigentümerin auch gar nicht legitimiert sei, Anträge zu Umzonungen und dergleichen zu stellen. Dies sei Aufgabe der Klägerin als Eigentümerin. Sie, die Beklagte, werde sich dennoch weiterhin für die Mieterinnen einsetzen (act. 25/7 S. 9). Die Anerkennung eines Werkmangels kann in den Unterstützungshandlungen der Beklagten nicht erblickt werden, zumal keine Anhaltspunkte vorliegen, dass diese vorbehaltlos erfolgt wären und überdies auch die Klägerin in verschiedenen Verfahren aktiv wurde. Ohnehin wären die diesbezüglichen beklagten Handlungen im Lichte des Erstvermietungsauftrags zu würdigen.

E. 4.3.12.4

Ausführungen in der Klageschrift vom 14. September 2012 (act. 3/30) Die Klägerin verweist sodann auf die Klageschrift vom 14. September 2012 im Verfahren HG120210 (vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich) der vorliegenden Beklagten bzw. der dortigen Klägerin. Darin habe die Beklagte bestätigt, dass eine ausschliessliche Fachmarktnutzung der Flächen im Erdgeschoss vorgesehen gewesen sei (act. 1 Rz. 76). Die Beklagte bestreitet nicht, dass eine ausschliessliche Fachmarktnutzung beabsichtigt gewesen sei. Eine derartige sei jedoch nie zugesichert worden (act. 24 S. 42). Die Klägerin zitiert dabei folgende Ausschnitte aus der erwähnten Klageschrift (act. 3/30 Rz. 55, 56 und 57):

- 36 - "Gemäss den Plänen, welche die Klägerin [C._____ Real AG] im Rahmen des Baugesuchs vom 24. Februar 2005 eingereicht hatte, waren im Erdgeschoss drei Fachmärkte vorgesehen. Zur Abklärung des durch die geplante Fachmarktnutzung verursachten Verkehrsaufkommens hatte die Klägerin [C._____ Real AG] im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ein Verkehrsgutachten einzuholen." "Der Gesamtbaubauentscheid basiert somit auf der mittels entsprechender Pläne bekundeten Absicht der Klägerin [C._____ Real AG], im Erdgeschoss Fachmärkte anzusiedeln." "Allen Beteiligten und namentlich der Gemeinde G._____ bei H._____ war bei der Erteilung der Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 somit klar, dass die Liegenschaft durch die I._____ AG und weitere, damals noch nicht bekannte Fachmärkte genutzt würde." Aus den zitierten Passagen lässt sich entnehmen, dass die heutige Beklagte – unbestrittenermassen –

anfangs von einer entsprechenden Fachmarktnutzung ausgegangen ist. Dass sie eine solche zugesichert hätte, lässt sich daraus jedoch aus den gewählten Formulierungen (u.a. "vorgesehen", "Absicht") nicht ableiten.

E. 4.3.12.5

Somit ist auch unter Würdigung des nachträglichen Parteiverhaltens nicht auf das klägerische Vertragsverständnis zu schliessen.

E. 4.3.13

Zwischenfazit In Würdigung der genannten Beweismittel lässt sich kein tatsächlicher Konsens im Sinne des klägerischen Verständnisses ergründen, auch nicht konkludent oder stillschweigend. Angesichts dieses klaren Ergebnisses braucht auf weitere offene Beweismittel nicht weiter eingegangen zu werden.

- 37 -

E. 4.4

Normativer Konsens

E. 4.4.1

Einleitung Zu prüfen bleibt, ob eine ausschliessliche Verkaufsnutzung aufgrund eines normativen Konsenses als zugesichert bzw. vereinbart zu gelten hat.

E. 4.4.2

Wortlaut Die Klägerin bezeichnet das Projekt "E._____" in ihren Rechtsschriften als "Fachmarktzentrum". Im Werkvertrag wurde das Projekt unter Ziff. 1 "Bezeichnung des Werks" als "Gewerbe- und Fachmarktzentrum" (act. 3/5) betitelt. Unter Gewerbe versteht man – nach Duden – nicht nur eine (selbstständige) dem Erwerb dienende berufliche Tätigkeit oder ein landwirtschaftlicher Betrieb, sondern auch die Gesamtheit der (produzierenden) kleinen und mittleren Betriebe bzw. (Handels-)Unternehmen (act. 53/4). Der Begriff "Gewerbe" suggeriert damit keine ausschliessliche Nutzung des Projekts "E._____" als Fachmarktzentrum bzw. als Verkaufsnutzung, zumal auch produzierende Betriebe mitumfasst werden. Wäre eine ausschliessliche Fachmarktnutzung gemeint gewesen, hätte auch keine Notwendigkeit für zwei Begriffe ("Gewerbe" und "Fachmarktzentrum") bestanden. Vielmehr hätte man es im Vertrag – auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch – bei "Fachmarktzentrum" bewenden lassen können. Entsprechende Überlegungen gehen auch aus den Erwägungen des Bundesgerichts im Urteil vom 8. Juni 2010 hervor (Urteil des Bundesgerichts 1C_497/2009 sowie 1C_499/2009 vom

E. 4.4.3

Vertragszweck/Sachgerechtigkeit Im Rahmen eines Werkvertrages schuldet der Unternehmer dem Besteller die Herstellung eines Werkes bzw. einen bestimmten Erfolg. Die Übernahme von Risiken hinsichtlich einer bestimmten Nutzung, die sich aus der Anwendung von öffentlich-rechtlichen Nutzungsvorschriften ergeben, trägt typischerweise der Eigentümer des Werkes und nicht der Unternehmer. Wenn solche Risiken vom Eigentümer auf eine andere Person zu übertragen wären, wäre die Abgabe eines selbständigen Garantieversprechens naheliegend. Zu betonen gilt es im vorliegenden Kontext auch, dass es um die Auslegung einer baurechtlichen Bestimmung ging, die eine ausgewogene Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe verlangt. Die

Beurteilung einer solchen Nutzung hängt mitunter von den Konzepten der jeweiligen Mieterinnen ab. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses standen die- se abgesehen von der I._____ AG noch nicht definitiv fest. Die Übernahme von Auslegungsrisiken öffentlich-rechtlicher Nutzungsvorschriften durch den Unter- nehmer liesse sich vorliegend mit dem werkvertraglichen Vertragszweck nicht in Einklang bringen. Auch unter Berücksichtigung von zeitlichen Aspekten er- schliesst sich, dass eine Risikoallokation gemäss klägerischem Verständnis nicht sachgerecht erscheint: Vorliegend wurde die Unzulässigkeit der Verkaufsnutzung durch die J._____ AG und die K._____ GmbH erst Jahre nach Ablieferung des Werkes letztinstanzlich festgestellt.

E. 4.4.4

Mietzinsgarantie Die Klägerin erhielt von der Beklagten wie ausgeführt eine Mietzinsgarantie für die Dauer von fünf Jahren ab dem 30. November 2007 für das ausschliessliche Risi- ko einer Nichtvermietung der Flächen (act. 3/5 Ziff. 2.4). Die Vereinbarung eines zusätzlichen Garantieverprechens ergäbe im gesamten Vertragskontext wenig Sinn, wenn die Angaben in den Beilagen etc. dem klägerischen Verständnis fol- gend als Zusicherung einer bestimmten Nutzungsart zu verstehen wären. Viel- mehr ergibt sich aus dem Umkehrschluss, dass abgesehen vom umfangmässig

- 39 - und zeitlich begrenzten Garantieverprechen, keine weiteren Risiken hinsichtlich einer etwaigen Nutzung durch die Beklagte zu tragen sind.

E. 4.4.5

Zwischenfazit Auch eine normative Auslegung führt nicht zum klägerischen Vertragsverständnis.

E. 4.5

Fazit Es besteht weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens dahingehend, dass die Beklagte der Klägerin eine Nutzung aller Flächen als Verkaufsflächen zugesichert hätte. Damit erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen eines Werkmangels zu prüfen. 5. Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Erstvermietungsauftrags 5.1. Einleitung Die Beklagte hat sich im Rahmen des Abschlusses des Totalunternehmervertrags zudem verpflichtet, die (noch nicht an die I._____ AG vermieteten) Flächen na- mens der Klägerin an die Erstmieter zu vermieten. Der Erstvermietungsauftrag lautete unter anderem wie folgt (act. 3/5 Ziff. 2.4): "[...] Die Totalunternehmung ist verpflichtet, im Rahmen der Vermietung der Flä- chen (Erdgeschoss: ca. 1'800 m²; 2. Untergeschoss: ca. 298m²; acht Parkplätze) a) den Mietzins nach den Vorgaben im Mieterspiegel vom 14. März 2006 (Beila- ge 2) festzusetzen sowie b) branchenübliche, indexierte Mietverträge (Art. 269b OR) mit einer Laufdauer von mindestens fünf Jahren mit c) solventen Mietern zu vereinbaren. [...]" Die Beklagte hat sich damit insbesondere verpflichtet, im Rahmen der Erstvermie- tung die Mietflächen gemäss Flächeninventar + Mieterspiegel vom 14. März 2006 an solvente Erstvermieter zu vermieten, mithin die Flächen im Erdgeschoss zu ei- nem jährlichen Nettomietzins von CHF 235.– pro Quadratmeter (act. 3/14; act. 1 Rz. 88 ff.; act. 24 Rz. S. 44).

- 40 - 5.2. Parteistandpunkte 5.2.1. Die Klägerin wirft der Beklagten zunächst vor, sie hätte die erforderlichen "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen nicht rechtzeitig eingeholt. Im Wissen um die Zweifel bezüglich der Zonenkonformität seien mit den Mieterin- nen die mietvertraglich vereinbarten Nutzungen abgeschlossen worden. Die Be-

klage habe darauf verzichtet, vor Abschluss der Mietverträge rechtskräftige Bewilligungen einzuholen bzw. die Mietverträge an auflösende Bedingungen oder Kündigungsrechte zu knüpfen. Sie habe es zudem unterlassen, rechtzeitig abzuklären, ob eine Verkaufsnutzung der von ihr im Rahmen des Erstvermietungsauftrags an die J. _____ AG und die K. _____ GmbH vermieteten Flächen überhaupt zulässig sei, obwohl sie seit dem Gesamtbauentscheid vom 9. Februar 2006 sowie dem Zusatzentscheid vom 30. März 2007 darauf hingewiesen worden sei, dass eine Verkaufstätigkeit mit Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G. _____ bei H. _____ übereinstimmen müsse. Hinzu komme, dass die Beklagte eine formell schwerwiegend fehlerhafte "Betriebsbewilligung" erwirkt habe, die auf Antrag der Beklagten durch die Gemeinde G. _____ bei H. _____ ohne Publikation erlassen worden sei. Sie habe sich damit begnügt, die künftigen Mieterinnen gegenüber der Gemeinde G. _____ bei H. _____ lediglich bekannt zu geben. Aufgrund dessen sei ihr die an die J. _____ AG geleistete Inkonvenienzschädigung in Höhe von CHF 25'000.– zuzüglich Schadenszinsen zu ersetzen (act. 1 Rz. 110 ff. und 271 ff.; act. 52 Rz. 475 ff.). 5.2.2. Die Beklagte entgegnet dem, dass es nicht absehbar gewesen sei, dass aufgrund der von der zuständigen Bewilligungsbehörde gewählten Verfahrensart die "Betriebsbewilligung" würde angefochten werden können, wobei sie auch gar nie verpflichtet gewesen sei, die "Betriebsbewilligungen" einzuholen, da dies Sache der Mieterinnen gewesen sei. Ohnehin falle die Verfahrensgestaltung inklusive der Nichtanordnung öffentlicher Ausschreibungen und anderer Publikationen in die Verantwortung der Bewilligungsbehörde (act. 24 S. 5, 45 ff. und 61; act. 57 S. 86 ff.). 5.3. Rechtliches

- 41 - Vorliegend bestand die Pflicht der Beklagten aus dem Erstvermietungsauftrag gemäss Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags darin, Mietinteressenten für den Abschluss von Mietverträgen zu finden, den Abschluss der Verträge aktiv zu fördern und auf die Abschlussbereitschaft der interessierten Mieter hinzuwirken (Vermittlungstätigkeit) und schliesslich die Mietverträge mit den zukünftigen Mietern namens der Klägerin abzuschliessen. Folglich war die Beklagte für die Klägerin als Vermittlungsmäklerin nach Art. 412 OR ff. mit zusätzlichem Auftrag und Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss (Art. 394 OR ff.) tätig. Davon gehen die Parteien zu Recht aus (act. 1 Rz. 274; act. 24 S. 61). Die Beklagte haftet der Klägerin sowohl als Vermittlungsmäklerin nach Art. 412 ff. OR als auch als Beauftragte nach Art. 394 ff. OR für die sorgfältige Ausführung des Erstvermietungsauftrags (Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 OR; AMMANN, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. 2015, N. 8 ff. zu Art. 412 OR). 5.4. Pflicht der Beklagten zur Einholung der "Betriebsbewilligung"? 5.4.1. Freilich wurde die Beklagte im Zusammenhang mit dem Einholen der erforderlichen "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen tätig, zumal sie von der Klägerin in Ziff. 10 des Totalunternehmervertrags (act. 3/5) auch umfassend zur Vertretung gegenüber Behörden bevollmächtigt wurde. Sie bestreitet jedoch, dass sie vertraglich dazu verpflichtet gewesen wäre, was es nachfolgend zu beurteilen gilt. 5.4.2. In Ziff. 1.5 des Totalunternehmervertrags vom 16. Juni 2006 ist unter dem Untertitel "Beschaffung von Informationen/ Unterlagen" folgende Regelung vorgesehen (act. 3/5): "Die Totalunternehmung ist verpflichtet, sich alle für die Werkherstellung notwendigen Informationen und Unterlagen rechtzeitig zu beschaffen sowie gestützt darauf, die gesamte notwendige Projektierung und Planung rechtzeitig vorzunehmen.

- 42 - Die Totalunternehmung ist zudem für das rechtzeitige Einholen der für die Projektierung und Ausführung des Werkes noch ausstehenden Bewilligungen welcher Art auch immer im Namen der Bauherrin verantwortlich. [...] 5.4.3. Die Klägerin leitet aus diesen Formulierungen ab, dass die Beklagte für die Einholung der "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen verantwortlich gewesen sei (act. 1 Rz. 91 ff.). 5.4.4. Der Wortlaut legt dieses klägerische Verständnis nicht nahe, da sich dieser auf die Werkherstellung bezieht und nicht auf eine etwaige Nutzung nach Vollen- dung des Werkes. Daran ändert auch die von der Klägerin in Ziff. 1.4 aufgeführte Vollständigkeitsklausel nichts, zumal sich diese ebenfalls nur auf die "qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werks nach den an- erkannten Regeln der Baukunde" bezieht (act. 3/5 Ziff. 1.4 Abs. 1). In diesem Zu- sammenhang ist auch Ziff. 1.4 Abs. 2 des Totalunternehmervertrags zu verste- hen, gemäss welchem die vollständige, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werks so auszulegen ist, wonach alle Leistungen umfasst werden, die erforderlich sind, um den im Werkvertrag dargelegten Leis- tungsumfang zu erbringen und die Anlagen zum vorgesehenen Zweck benutzen zu können (act. 3/5 Ziff. 1.4 Abs. 2). Gemeint sind damit die Bewilligungen in Be- zug auf bauliche Aktivitäten, zumal wie dargelegt, die Zusicherung einer bestimm- ten Nutzung nicht Vertragsinhalt des Totalunternehmervertrags war. 5.4.5. Zu erinnern ist in systematischer Hinsicht überdies daran, dass die Ge- samtbaubewilligung vom 9. Februar 2006, welche einen entsprechenden Vorbe- halt hinsichtlich der konkreten Nutzung in Bezug auf Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G._____ bei H._____ vorsah, ebenfalls Vertragsbestandteil war. Es wäre naheliegend gewesen, dass die Parteien eine Regelung getroffen hätten, wenn beabsichtigt gewesen wäre, das Nutzungsrisiko – über die abgegebene Mietzinsgarantie hinaus – der Beklagten zu überbinden.

- 43 - 5.4.6. Dass die Parteien diese Regelung nicht im Sinne der klägerischen Interpre- tation verstanden haben, erschliesst sich sodann aus der geführten E-Mail- Korrespondenz (vgl. Ziff. 4.3.12.1 hiervor). In einer E-Mail vom 23. Mai 2007 von AF._____ (von der Beklagten) an Vertreter der Klägerin schrieb dieser, dass es Sache der Mieterin sei, die "Betriebsbewilligung" für die Nutzung einzuholen (act. 3/40). Selbiges geht aus einer E-Mail vom 14. März 2008 von AF._____ an Vertreter der Klägerin hervor, worin dieser festhält, dass die "Betriebsbewilligung" und die Prüfung der Zonenkonformität nicht Sache der Beklagten als Totalunter- nehmerin sei (act. 25/2). Diese E-Mails blieben unwidersprochen (act. 24 S. 6; act. 52 Rz. 513). 5.4.7. Mit diesem Ergebnis stehen auch die in den Mietverträgen getroffenen Ver- einbarungen überein, wie den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen ist. 5.5. Vereinbarungen in den Mietverträgen zur "Betriebsbewilligung" 5.5.1. Im zwischen der Klägerin und der K._____ GmbH geschlossenen Mietver- trag vom 30. Mai 2007 ist unter Ziff. 6.20 folgende Regelung zu finden (act. 3/10 S. 11 f.): "Bau- und gewerbepolizeiliche Bewilligungen/gesetzliche Vorschriften sowie der Feuer- und Gesundheitspolizei Die Mieterin verpflichtet sich die erforderlichen behördlichen Bewilligungen bei der zuständigen Behörde zu beantragen. Sollten die behördlichen Bewilligungen der Mieterin auf Basis der Ausbauplanung vom 12. Februar 2007 (Anhang 5) und des Verwendungszweckes gemäss Ziff.

E. 6

September 2002 E. 2.1). Bei der Vertrauensauslegung hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch per- sönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ih- rem

sonstigen Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben. Umstände, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren, sind dabei mit zu berücksichtigen. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb nachträgliches Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – im Gegensatz zur Situation bei der Ermittlung des tatsächlichen Konsenses – nicht von Bedeutung ist. Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Grundsatz differenziert, wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. Es kann demnach nicht (mehr) zum Grundsatz erhoben werden, dass andere Auslegungsmethoden bei klarem Wortlaut zum Vornherein auszuschliessen sind. Vielmehr geht aus Art. 18 Abs. 1 OR hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlautes nicht zwangsläufig massgebend sein muss und die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck bzw. der Interessenlage oder anderen Umständen ergeben,

- 20 - dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Das Gericht orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Auch wenn der Wortlaut nach dem soeben Gesagten für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zumisst, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist aber auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.2 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a; BGE 127 III 444 ff. = Pra 2002 Nr. 22 E. 1.b; BGE 131 III 469 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2-4).

E. 6.1

Zwar hegten beide Parteien bis zu den abschlägigen behördlichen Entscheidungen die Erwartung, dass das Gewerbe- und Fachmarktzentrum "E._____" einer (langfristigen) Nutzung durch die I.____ AG, J.____ AG und K.____ GmbH zugänglich sein würde. Der Klägerin gelingt es jedoch nicht darzutun, dass ihr die Beklagte zugesichert habe, sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte nutzen zu können. Ein entsprechender Rechtsbindungswille hinsichtlich einer dahingehenden Vereinbarung lässt sich weder ausdrücklich, konkludent noch stillschweigend ergründen.

Auch eine normative Auslegung der Vertragsdokumente führt zu keinem Auslegungsergebnis gemäss klägerischem Verständnis. Demzufolge liegt kein Werkmangel im rechtlichen Sinn vor und es erübrigt sich, die weiteren Voraussetzungen einer Mängelhaftung zu prüfen.

E. 6.2

Was den Schadenersatzanspruch bezüglich des Erstvermietungsauftrags betrifft, gelingt es der Klägerin nicht darzulegen, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die erforderlichen Nutzungsbewilligungen einzuholen. Auch im Übrigen ist der Beklagten keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen.

E. 6.3

Im Ergebnis führt dies zur vollumfänglichen Klageabweisung.

- 50 - 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen 7.1. 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 ZH). 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). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 6'954'926.45 (vgl. act. 1S. 2). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 90'500.–. Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und soweit möglich vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken. 7.2. Parteientschädigung Vorliegend hat die Beklagte eine Parteientschädigung beantragt, welche ihr aufgrund ihres vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist. Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift 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 6'954'926.45 beträgt die Grundgebühr rund CHF 83'500.–. Für die Vergleichsverhandlung, den zweiten Schriftenwechsel sowie die weiteren notwendig gewordenen Stellungnahmen ist ein Zuschlag von insgesamt rund 50% der Grundgebühr zu berechnen. Folglich ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der

- 51 - Höhe von CHF 125'000.– zu bezahlen. Die Beklagte verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 57 S. 2), macht aber keine ausserordentlichen Umstände geltend, welche - in Anbetracht der Möglichkeit des Vorsteuer-Abzugs - eine zusätzliche Berücksichtigung rechtfertigen würden (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76). Es ist daher keine Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

E. 8

Juni 2010, E. 3.2; act. 3/16). Der Wortlaut im Totalunternehmervertrag entspricht damit nicht dem klägerischen Vertragsverständnis: Eine explizite, d.h. wörtliche Vorgabe oder Zusicherung, dass sämtliche Flächen bzw. dereinstigen Mietflächen als Verkaufsflächen genutzt werden könnten, entnimmt man dem Totalunternehmervertrag somit nicht. Zwar trifft es zu, dass in den Beilagen bisweilen nur die Begrifflichkeiten "Fachmarktzentrum" bzw. "Verkaufsflächen" anzutreffen sind, was jedoch meist vor einem technischen Hintergrund zu verstehen ist und auch daher rührt, dass die Parteien zunächst davon ausgingen, eine entsprechende Nutzung mit den Mieterin-

- 38 - nen I. _____ AG, J. _____ AG und K. _____ GmbH würde sich als zulässig erweisen.

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