

# ZH\_HANDELSGERICHT HG170250 vom 5. Mai 2020

Zh Handelsgericht, 2020-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG170250](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG170250)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG170250 du 5 mai 2020

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG170250 del 5 maggio 2020

## Erwägungen

### E. 22

AK Inbetriebnahme H4 und H3 15. Mrz 16 2'100'000.00 62'864'000.00 90.5%

### E. 23

AK Inbetriebnahme H1 15. Mai 16 3'144'000.00 66'008'000.00 95.0% Schlusszahlung 15. Sep 16 3'490'216.00 69'008'000.00 100.0% Total Werkpreis inkl. 8% MwSt. 69'498'216.00 Das Ereignis versteht sich als Fälligkeitsdatum." 2.6. Vorwegzunehmen ist, dass es grundsätzlich dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprach, die Zahlungen der Beklagten an den Baufortschritt zu knüpfen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Ziffer 2.7 des Totalunter-

- 23 - nehmerwerkvertrages (fortan "die Klausel"), wonach der Werkpreis "nach Mass- gabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes gemäss ereignisgebunde- nem Zahlungsplan" fällig und zahlbar sein sollte. Hätten die Parteien die Zah- lungspflicht lediglich von definierten Zeitpunkten abhängig machen wollen, wäre es nicht nötig gewesen, den Werkpreis vom Leistungsstand und vom Baufort- schritt abhängig zu machen und definierte Ereignisse (Meilensteine) im Zahlungs- plan festzuhalten. Der Umstand, dass im Zahlungsplan für die 2.-6. Akontozah- lung die Fälligkeitstermine offen gelassen wurden, zeigt, dass das Erreichen eines Meilensteines für die Fälligkeit einer Zahlung ausschlaggebend sein sollte und nicht ein bestimmtes Datum als Verfallstag. Der Einwand der Beklagten, die Akontozahlungen seien vom konkreten Baufortschritt losgelöst vereinbart worden (vgl. act. 32 Rz. 45), verfängt damit nicht. Die Beklagte konzidiert selbst, dass ei- ne Verknüpfung von Baufortschritt und Zahlungen bei Vertragsabschluss vorge- sehen gewesen sei (vgl. act. 32 Rz. 45). Da die Klausel eine Anpassung des Zah- lungsplanes bei Terminverzögerungen und Bestellungenänderungen vorsieht (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 2), ist davon auszugehen, dass es dem mutmasslichen Wil- len der Vertragsparteien entsprach, einen Gleichlauf von Zahlungen und Baufort- schritt auch während der Bauausführung beizubehalten. 2.7. Mangels anderer Anhaltspunkte ist insgesamt davon auszugehen, dass die Vertragsparteien einen Gleichlauf von Zahlungen und Baufortschritt anvisierten. Ob deshalb aus einer Zahlung nun auch ein Rückschluss auf den Wert des Teil- werks erfolgen kann, hängt aber zunächst davon ab, ob die Vertragsparteien Teil- oder Akontozahlungen vereinbart haben. Dies ist nachfolgend zu untersuchen. 2.7.1. Die Vertragsparteien bezeichnen die Zahlungen im Werkvertrag und im Zahlungsplan meistens als Akontozahlungen (act. 3/15 Ziff. 2.7, Ziff. 20 Abs. 5; act. 3/19). Nur die Klausel selbst spricht von "Teil- bzw. Akontozahlungen", ohne Präzisierung, was darunter zu verstehen ist. Aufgrund des Wortlautes ist davon auszugehen, dass die Zahlungen Akontozahlungen darstellen sollten. 2.7.2. Der Umstand, dass mit den Zahlungen "maximal 90% der effektiv erbrach- ten Leistungen" abgegolten werden sollen, spricht für die Vereinbarung von Akon- tozahlungen, da Teilzahlungen in Form von

Teilpauschalen, welche die vollstän-

- 24 - dige Vergütung einer erbrachten Leistung darstellen würden, bei dieser Formulierung ausser Betracht fallen. Die Vereinbarung von Teilzahlungen für Teilwerke wäre dann anzunehmen, wenn ein Konsens betreffend Herstellung eines bestimmbareren Teilwerkes und der hierfür zu leistenden Teilvergütung bestünde (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 363 OR; vgl. GAUCH, N 382). Aus der Klausel und dem Zahlungsplan ergibt sich lediglich eine Verknüpfung von Zahlungen und Baufortschritt, nicht aber, dass es sich bei den einzelnen Meilensteinen um einzelne Teilwerke handeln sollte, für welche eine Teilpauschale vereinbart worden wäre. Die einzelnen Meilensteine sind zu rudimentär umschrieben, als dass sie genügend definierte Teilwerke darstellen könnten. Insbesondere enthält der Werkvertrag auch keinen Leistungsbeschreibung für die Arbeiten zwischen den einzelnen Meilensteinen. Demnach ergibt die teleologische Auslegung, dass die Vertragsparteien Akonto- und keine Teilzahlungen vereinbart haben. 2.7.3. Für die Vereinbarung von Akontozahlungen spricht auch die Systematik des Vertrages. Hätten die Vertragsparteien Teilpauschalen für Teilwerke vereinbaren wollen, hätten sie eine entsprechende Regelung unter Ziffer 2.1 des Werkvertrages ("Pauschalpreis") getroffen und für die einzelnen Teilwerke unter Ziff. 2.2 ("Im Werkpreis enthaltene Leistungen") separat einen genauen Leistungsumfang für jedes einzelne Teilwerk definiert. Das haben sie nicht getan, obschon sie an anderer Stelle für einzelne Teilleistungen mit definiertem Leistungsumfang Teilpauschalen vereinbart haben (vgl. act. 3/15 Ziff. 1.10 Abs. 5 a. E. und Ziff. 20). Gegen eine Vereinbarung von Teilwerken spricht sodann, dass das Werk lediglich in drei, separat abzunehmenden Etappen zu erstellen war (vgl. act. 3/15 Ziff. 4 Abs. 5 und Ziff. 13.1 Abs. 7). Der Zahlungsplan ist demgegenüber in 23 Akontozahlungen und eine Schlusszahlung unterteilt. Sollten die Meilensteine des Zahlungsplanes einzelne Teilwerke definieren, wäre auch deren Erwähnung unter Ziffer 4 ("Bauprogramm") und Ziffer 13.1 ("Werkabnahme") zu erwarten gewesen. Somit ergibt auch eine systematische Auslegung, dass es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, Akontozahlungen zu vereinbaren. 2.8. Zusammenfassend ist aufgrund einer Auslegung gemäss Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Vertragsparteien Akontozahlungen vereinbart

- 25 - haben. Damit kann sich die Klägerin nicht auf die Vermutung stützen, dass die Zahlungen als Teilpauschalen dem Wert des Teilwerks entsprachen. Ein Rückschluss aus der Höhe der Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerks ist aber, wie ausgeführt (vgl. oben, E. III.E.1.4), nur möglich, wenn es sich bei den Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelt. Dies ist nachfolgend zu untersuchen. 2.8.1. Der Wortlaut der Klausel selbst unterscheidet nicht danach, ob es sich bei den Akontozahlungen um Voraus- oder um Abschlagszahlungen handelt. Die Klausel schreibt ausdrücklich vor, dass die Zahlungen "nach Massgabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes" erfolgen sollen (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7). Vorauszahlungen werden durch den Wortlaut somit nicht ausgeschlossen. 2.8.2. Es sind durchaus Zahlungspläne vorstellbar, die den Vorschuss für weitere Leistungen vom Erreichen eines bestimmten Baustandes abhängig machen. Der Umstand, dass die Klausel Vorschusszahlungen explizit ausschliesst (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 3), lässt nicht zwingend den Umkehrschluss zu, dass es sich bei den von den Vertragsparteien vereinbarten Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelt. Aufgrund der Einordnung des Ausschlusses nach der Bestimmung, wonach die Akontozahlung vom Erreichen eines Meilensteins abhängig ist, wollten die Vertragsparteien mutmasslich nur vereinbaren, dass kein Anspruch auf weitere

Akontozahlungen besteht, solange nicht der nächste Meilenstein erreicht ist. Ein Hinweis, dass die Vertragsparteien Abschlagszahlungen vereinbaren wollten, könnte indes in der Formulierung am Ende der Klausel erblickt werden, wonach der Zahlungsplan so aufgebaut ist, dass "bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen" abgegolten werden (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 3 a. E.). Wird diese Bestimmung so verstanden, dass die G. \_\_\_\_\_ vor Erhalt einer Akontozahlung Leistungen zu erbringen hatte, deren Wert mindestens 10/9 der nächsten Akontozahlung betrug, handelte es sich bei der Akontozahlung klarerweise um eine Abschlagszahlung. Dieses Indiz allein reicht nicht aus für die Annahme, es habe dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprochen, Abschlagszahlungen zu vereinbaren, zumal es nicht einer eigentlichen Übung im Baugewerbe entspricht, Abschlagszahlungen zu vereinbaren (vgl. GAUCH, a.a.O.,

- 26 - Rz. 1163; BÜHLER, Zürcher Kommentar Art. 363-379, Der Werkvertrag, 3. Auflage 1998, Art. 372 N 40). Insgesamt lässt weder die teleologische noch die systematische Auslegung den eindeutigen Schluss zu, dass es sich bei den Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelte. 2.9. Aus dem Gesagten erhellt zusammenfassend, dass keine der Auslegungsmethoden zum eindeutigen Ergebnis führt, welche Art von Akontozahlungen (Vorschuss- oder Abschlagszahlungen oder eine Mischform derselben) die Vertragsparteien vereinbaren wollten. Eine abschliessende Bestimmung des hypothetischen Willens kann indessen offenbleiben. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Abschlagszahlungen vereinbart worden wären, wäre ein Rückschluss von der Zahlung auf den Wert des Teilwerkes nur möglich, wenn die Abschlagszahlungen als Gegenleistung für vertraglich definierte Leistungen bzw. durch definitive Ausmassenachgewiesene Leistungen erfolgt wären. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist dies nicht der Fall. 2.9.1. Die Klausel hält fest, dass die Zahlbarkeit der Akontozahlung unter dem Vorbehalt des Nachweises der Erbringung der Leistungen in vollem Umfang steht. Ungeachtet dieser Vereinbarung sind im Totalunternehmerwerkvertrag den einzelnen Akontozahlungen keine Einzelleistungen zugeordnet. Dies hätten die Vertragsparteien aber vereinbart, wenn die Fälligkeit einer Akontozahlung nur dann hätte eintreten sollen, wenn bestimmte Leistungen zu einem bestimmten Wert in vollem Umfang erbracht sein mussten. Eine genaue Bestimmung der zu erbringenden Leistungen pro Meilenstein-Etappe wäre aber auch angesichts der Vereinbarung am Ende der Klausel zu erwarten gewesen, wonach "bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen abgegolten werden". Nur bei Bestimmung der Einzelleistungen pro Meilenstein-Etappe kann überprüft werden, ob die G. \_\_\_\_\_ bei Erreichen des Meilensteins ihre Leistungen im vollen Umfang erbracht hat, bzw. ob mittels der Akontozahlung maximal 90% der von der G. \_\_\_\_\_ effektiv erbrachten Leistungen abgegolten sein würden. Der Umstand, dass die Vertragsparteien den Akontozahlungen bzw. den Meilenstein-Etappen keine definierten Einzelleistungen zugeordnet haben, deutet angesichts ihrer Geschäftserfahrung darauf hin,

- 27 - dass die Vertragsparteien im Voraus gar nicht genau vereinbaren wollten, welche einzelnen Leistungen die G. \_\_\_\_\_ vor Fälligkeit der Akontozahlung erbringen sollte. Ein Rückschluss von Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerks aufgrund vertraglich definierter Leistungen scheidet damit aus. 2.9.2. Der Rückschluss auf den Wert des Teilwerks infolge einer Vereinbarung, wonach die Akontozahlungen als Abgeltung für Leistungen erfolgen sollen, deren Ausführung mittels definitiver und überprüfbarer

Ausmasse nachzuweisen war, scheidet ebenfalls aus. Die Klausel sieht keinen genauen Nachweis der erbrachten Leistungen vor. Der Leistungsnachweis war laut Klausel lediglich "mittels Fotografien zu erbringen". Fotografien alleine stellen jedoch – gerade bei Grossüberbauungen – kein geeignetes Mittel dar, um sämtliche erbrachten Leistungen zu dokumentieren, geschweige denn um deren Wert zu bestimmen. Dies wussten auch die geschäftserfahrenen Vertragsparteien. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Dokumentation, welche die G.\_\_\_\_\_ an die Vertreterin der Beklagten, die L.\_\_\_\_\_ GmbH zu richten hatte, damit nicht als "minutiöse" Dokumentation der Leistungsereignisse gelten (vgl. act. 1 Rz. 36, 47.2; act. 21 Rz. 12.1). Indem die Vertragsparteien den Nachweis der erbrachten Leistungen auf Fotografien beschränkten, nahmen sie bewusst in Kauf, dass der Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen nicht genau mit dem Gegenwert der Akontozahlung übereinstimmen würde. Die Vertragsparteien hatten damit auch – ungeachtet der Bestimmung am Ende der Klausel – damit zu rechnen, dass eine Akontozahlung allenfalls mehr als 90% der effektiv erbrachten Leistungen abdecken würde. Daran ändert auch nichts, dass die Zahlungsgesuche an die L.\_\_\_\_\_ GmbH zu richten waren (vgl. act. 1 Rz. 18; act. 12 Rz. 616). Es ist notorisch, dass auch eine Bauherrenvertreterin anhand von Fotografien alleine nicht in der Lage ist, die Ausführung aller Leistungen seit der letzten Akontozahlung sowie deren Wert zu überprüfen. 2.10. Da nach dem Gesagten die Vertragsparteien nicht vereinbart haben, dass die Akontozahlungen erst fällig waren, wenn nachgewiesen war, dass genau definierte Leistungen erbracht waren, welche dem Wert der jeweiligen Akontozahlung entsprechen mussten, kann aufgrund der jeweiligen Höhe und dem jeweiligen

- 28 - Zeitpunkt der Akontozahlung keine Rückrechnung auf den Wert des Teilwerks erfolgen. Daran vermag der Umstand, dass der Zahlungsplan so aufgebaut war, dass bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen abgegolten sein würden (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 a.E.), nichts zu ändern, wie sogleich zu erläutern ist. 2.10.1. Der Zahlungsplan wurde bereits Monate vor Baubeginn erstellt. Er bildet als Beilage j) Teil des Werkvertrages vom 15. Oktober 2012 und legt alle Akontozahlungen bis zur Fertigstellung des Werks in vordefinierter Höhe fest. Es erscheint eher ungewöhnlich, dass die Vertragsparteien mehrere Monate bzw. Jahre vor Ausführung der jeweiligen Etappe verbindlich festlegen wollten, welcher Wert dem teilausgeführten Werk zum Zeitpunkt eines Meilenstein-Etappenziels, das die Fälligkeit einer Akontozahlung auslöst, abschliessend zugemessen werden sollte. Erfahrungsgemäss kann bei Grossbauprojekten nicht Monate bzw. Jahre im Voraus zuverlässig festgelegt werden, welcher Wert einem zu einem bestimmten Zeitpunkt "effektiv" erbrachten Teilwerk zukommen würde. Ohnehin muss die kalkulatorische Berücksichtigung einer Leistung in einer Meilenstein-Etappe nicht heissen, dass die Leistung auch vor der Akontozahlung erbracht wurde, von dieser abgegolten wurde und sich deshalb wertsteigernd auf das Teilwerk auswirkte. Dass die Arbeiten der einzelnen Meilenstein-Etappen gemäss Zahlungsplan vollständig von der vorhergehenden Etappe abhängig wären, geht weder aus dem Zahlungsplan noch aus der Klausel hervor. Das Erreichen eines Meilensteins gemäss Zahlungsplan ist damit nicht indikativ für den Wert des Teilwerks. Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass die Leistungen der einen Meilenstein-Etappe erst dann erbracht werden könnten, wenn die Arbeiten der vorherigen Meilenstein-Etappe abgeschlossen waren, wären die Vertragsparteien aber bei Vertragsabschluss höchstens in der Lage gewesen zu schätzen, dass bei Erreichen eines Meilensteines Leistungen erbracht sein würden, deren summierter Wert kalkulatorisch in

etwa der Grössenordnung der Akontozahlungen entsprechen. Dies ist auch deshalb zutreffend, weil die Vertragsparteien vorliegend die Akontozahlungen nicht vom genauen Nachweis der erbachten Leistungen abhängig machten. Entsprechend mussten sie bei Vertragsschluss davon ausgehen, dass sie bei Erreichen des Meilensteins nicht wissen konnten, ob die

- 29 - künftig erbrachten Leistungen auch dem ursprünglich kalkulierten Wert entsprechen würden. Zudem sind auch im Zahlungsplan den einzelnen Meilenstein-Etappen keine Einzelleistungen zugordnet (act. 3/19). Der Zahlungsplan ist vielmehr abstrakt ausgestaltet. Mehrere Akontozahlungen weisen denselben Betrag auf (10., 11. und 12. Akontozahlung zu je CHF 2.905 Mio., 14.-20. Akontozahlung, Summe der 21. und der 22. Akontozahlung und die 23. Akontozahlung je zu CHF 3.144 Mio., vgl. act 3/19). Indem die Vertragsparteien die Akontozahlungen derart abstrakt bestimmten, nahmen sie in Kauf, dass die Zahlungen keinen dem Baufortschritt entsprechenden exakten Gegenwert haben würden. Auch mussten sie mit der Möglichkeit rechnen, dass durch die Akontozahlungen ungeachtet des Aufbaus des Zahlungsplanes sogar mehr als 90% des Geleisteten abgegolten sein würde. Zwar sah die Klausel vor, dass der Zahlungsplan bei Terminverzögerungen anzupassen sei (vgl. act 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 2). Bis zur Anpassung würde aber noch immer eine Abweichung zwischen den Akontozahlungen und dem Mindestwert der effektiv erbrachten Leistungen vorliegen. Eine vollständige Kongruenz zwischen den im Zahlungsplan vorgesehenen Akontozahlungen und dem jeweiligen Baufortschritt liegt damit nicht notwendigerweise immer vor. 2.10.2. Die Vereinbarung in der Klausel, wonach mit einer Akontozahlung maximal 90% der erbachten Leistungen abgegolten sein würden, bedeutet auch einen Rückbehalt von 10%. Die Vereinbarung eines derartigen Rückhalts war notwendig, weil die Parteien Restzahlungen von je 5% des Werkpreises nach der Schlussabnahme und nach Übergabe der Mängelgarantie vereinbart hatten (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 i.V.m. Ziff. 13.2 und Ziff. 14.2). Soweit der Rückbehalt eine kalkulatorische Notwendigkeit ist, kann aus der Summe der Akontozahlungen im Zahlungsplan nichts abgeleitet werden. Es handelt sich bei diesen Summen um eine einfache Addition aller bisherigen Akontozahlungen. Dass diese Addition den Wert der bislang erbrachten Leistungen (bzw. 90% davon) reflektieren soll, ist eine reine Mutmassung. Wären gemäss Zahlungsplan mit einer Zahlung "maximal 90%" der jeweiligen Leistungen abgegolten gewesen (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 a. E.), wären bei Erreichen von 90% des Gesamtpreises durch die Akontozahlungen alle Bauleistungen bereits zu 100% erbracht worden und der Wert des Werks hätte bereits den Betrag des Pauschalpreises erreicht. Aufgrund des Vertrages ist aber

- 30 - davon auszugehen, dass die G.\_\_\_\_\_ – die Mängelfreiheit des Werks voraussetzt – die Bauleistungen frühestens bei der Ausstellung der Mängelgarantie vollständig erbracht hätte. Zu diesem Zeitpunkt hätten gemäss Zahlungsplan aber bereits 95% des Pauschalpreises geleistet sein müssen (vgl. act. 3/15 Ziff. 14.2). 2.10.3. Im Zahlungsplan kann insgesamt keine Vereinbarung der Vertragsparteien erkannt werden, wonach dieser zur Wertbestimmung des sich in Ausführung befindlichen Werks dienen bzw. herangezogen werden soll. Der Versuch der Klägerin, aus dem Zahlungsplan in Verbindung mit der Klausel den Wert des Teilwerks zu rekonstruieren, obschon eine solche Rückrechnung für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung weder durch den Wortlaut des Zahlungsplans noch der Klausel gedeckt wird, noch aus der Systematik des Vertrags heraus vertretbar erscheint, scheidet somit. Andere stichhaltige Anhaltspunkte, die auf ein

gegenteiliges Auslegungsergebnis hindeuten würden, liegen nicht vor. 2.11. Demgemäss haben die Vertragsparteien mutmasslich keine Akontozahlungen vereinbart, die mit einem ex ante im Vertrag oder ex post bei Einreichung eines Zahlungsgesuchs definierten Baustand verknüpft waren. Die Akontozahlungen waren demzufolge mutmasslich an einen im Zeitpunkt des Erreichens des Meilensteins wahrscheinlich erreichten Baustand geknüpft (so auch die Beklagte, vgl. act. 12 Rz. 45). Eine derartige Regelung erscheint praktikabel und lebensnah, zumal sie den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung trägt und gleichzeitig die Flexibilität der Unternehmerin in der Ausführung des Bauwerks bewahren kann. Eine derartige Regelung erlaubt es aber nicht, von der Zahlung auf den Wert des Teilwerks zu schliessen. Damit verbleibt zu untersuchen, ob die Vertragsparteien im Vertrag eine Tatsachenvermutung betreffend den Wert des Werks bei Honorierung der Akontozahlung aufgestellt bzw. einen Beweislastvertrag im weiteren Sinne abgeschlossen haben. 2.11.1. Für eine solche Tatsachenvermutung könnte einerseits sprechen, dass die Vertragsparteien vereinbart haben, dass die Fälligkeit der Akontozahlung vom Nachweis abhängig ist, dass die bis zum Eintritt des Meilensteins zu erbringenden Leistungen tatsächlich in vollem Umfang erbracht wurden, und andererseits, dass der Zahlungsplan so aufgebaut ist, "dass bei Erreichen des Etappenziels

- 31 - maximal 90% der von der Totalunternehmerin effektiv erbrachten Leistungen abgegolten werden". Eine Tatsachenvermutung würde sich aufdrängen, weil die Vertragsparteien weder im Vertrag selber definiert haben, welches "die effektiv erbrachten Leistungen" sind, deren Erbringung "im vollen Umfang" durch die Akontozahlung bestätigt und zu 90% entschädigt werden soll, und die G. \_\_\_\_\_ auch nicht verpflichtet war, das Erbringen dieser Leistungen bei Stellung des Zahlungsgesuches genau nachzuweisen hatte. Sind die eigentlichen Einzelleistungen nicht bekannt, kann deren effektive Ausführung ja nur vermutet werden. Die Annahme einer derartigen Vermutung kann aber, da sie keineswegs gewöhnlich erscheint, nicht leichthin angenommen werden. 2.11.2. Gegen das Vorliegen der Vereinbarung einer Tatsachenvermutung spricht der Wortlaut. Der Wortlaut der Klausel spricht nicht von einer Vermutung, sondern von "effektiv erbrachten Leistungen" und deren Erbringen "in vollem Umfang". Ein Widerspruch besteht zudem darin, dass einerseits das Erbringen von Leistungen, die im Einzelnen nicht bekannt sind, vermutet werden soll, andererseits die Akontozahlung vom Nachweis abhängen soll, dass ebendiese nicht näher bekannten Leistungen effektiv in vollem Umfang erbracht wurden. 2.11.3. Der Werkvertrag enthält Bestimmungen über dessen vorzeitige Auflösung (vgl. act. 3/15 Ziff. 4 Abs. 8 und Ziff. 16). Ebenso hält der Werkvertrag fest, wie zu verfahren ist, wenn die G. \_\_\_\_\_ in Konkurs fällt (act. 3/15 Ziff. 14.1 Abs. 19). Weder Ziffer 2 (Werklohn [Werkpreis]), Ziffer 4 (Bauprogramm), noch Ziffer 14 (Mängelrechte/Garantien/Verjährung) noch Ziffer 16 (Vorzeitige Vertragsauflösung) thematisieren indes die Vergütung bei vorzeitiger Vertragsauflösung. Da es sich bei der vorzeitigen Vertragsauflösung nicht um den Regelfall der Vertragsabwicklung handelt, wäre von den Vertragsparteien indes zu erwarten gewesen, dass sie eine Tatsachenvermutung über den Wert des Teilwerks unter Ziffer 16 festgehalten hätten, wenn sie eine solche hätten vereinbaren wollen, da der Bewertung des Teilwerks gerade im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung grosse Bedeutung zukommt. Dies haben sie aber nicht getan. Auch aus Ziff. 2 (Werklohn [Werkpreis]) kann keine Tatsachenvermutung für den Fall des Scheiterns des Vertrages abgeleitet werden. Diese Bestimmung hat die ordentliche Vertragsabwicklung zum

- 32 - Gegenstand, nicht dessen scheitern. Damit spricht auch die Systematik des Werkvertrages bzw. der Klausel gegen das Vorliegen einer Tatsachenvermutung. 2.11.4. Andere Anhaltspunkte dafür, dass es dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprach, eine Tatsachenvermutung aufzustellen, sind nicht ersichtlich. Insgesamt ergibt die Auslegung des Werkvertrages, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Klausel in Verbindung mit dem Zahlungsplan nicht als Beweislastvertrag im weiteren Sinne zu verstehen war. 2.12. Zusammengefasst ist im Lichte der (objektivierten) Auslegung festzustellen, dass es dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien (d.h. der G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten) entsprach, dass die G.\_\_\_\_\_ einen Anspruch auf eine Teilvergütung haben sollte, sobald sie jeweils nachwies, dass der im Zahlungsplan definierte Meilenstein erreicht war. Bei diesen Teilvergütungen handelte es sich um Akonto- und nicht um Teilzahlungen. Ob diese Akontozahlungen Abschlags- oder Vorauszahlungen sein sollten, kann nicht abschliessend ermittelt werden. Indessen war die Fälligkeit einer Akontozahlung nicht vom Nachweis abhängig, dass bestimmte Leistungen als Gegenleistung für die entsprechende Akontozahlung erbracht waren. Entsprechende Leistungen wurden weder vertraglich definiert, noch waren sie von der G.\_\_\_\_\_ vor Auszahlung der Akontozahlung genau nachzuweisen. Auch ein mutmasslicher Wille der Vertragsparteien, dass sie eine Tatsachenvermutung aufstellen wollten, wonach der Wert des teilausgeführten Werks aufgrund der Akontozahlungen und ohne Gewissheit über die erbrachten Leistungen zu vermuten wäre, kann nicht erstellt werden. 2.13. Die Parteien sind, soweit sie einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen geltend machen wollen, behauptungs- und beweisbelastet. Indessen haben sie es unterlassen, konkret zu behaupten, dass die beteiligten Vertreter der Vertragsparteien bei Vertragsschluss einen bestimmten, übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillen gehabt hätten. Daher bleibt der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille massgeblich.

- 33 - 2.14. Wie bereits ausgeführt obliegt es grundsätzlich der Klägerin, substantiiert darzulegen, welche vertraglichen Leistungen die G.\_\_\_\_\_ bis zur Konkurseröffnung erbracht hat (vgl. oben, E. III.E.2.2.). Von der Substantiierung der einzelnen Leistungen kann nur abgesehen werden, wenn ein Rückschluss auf den Wert des teilausgeführten Werks auf andere Weise möglich ist. Die Vertragsauslegung hat jedoch gezeigt, dass die Vertragsparteien keine Vereinbarungen getroffen haben, die einen derartigen Rückschluss zulassen würden. Damit obliegt es der Klägerin, sämtliche vertraglichen Leistungen, welche die G.\_\_\_\_\_ bis zur Kündigung des Vertrags erbracht hat, substantiiert darzulegen. Dies hat die Klägerin, wie bereits erörtert, nicht getan (vgl. oben, E. III.E.2.2.). 2.15. Da die Klägerin keine Ausführungen dazu macht, welche einzelnen vertraglichen Leistungen konkret zu welchem Wert die G.\_\_\_\_\_ bzw. deren Subunternehmerinnen bis zur fristlosen Kündigung des Werkvertrages erbracht hat bzw. haben, mangelt es an einer schlüssigen Darstellung des Sachverhalts. Ein Teilvergütungsanspruch aus Werkvertragsleistungen scheidet schon deshalb aus (vgl. oben, E. III.C.2). Selbst wenn seitens der Klägerin hinreichende Behauptungen zu den Leistungen und dem Wert des Teilwerks aufgestellt worden wären, hätte sie aufgrund der Bestreitung der Beklagten – letztere führte aus, mit den Akontozahlungen ohnehin schon zu viel an die G.\_\_\_\_\_ geleistet zu haben (vgl. oben, E. III.D.2.) – Beweismittel zwecks Beweises ihrer Behauptungen offerieren müssen. Solche Beweismittel fehlen. Insbesondere hat die Klägerin weder Beweismittel, die den Nachweis des Baustands bzw. der einzelnen erbrachten Leistungen erbringen könnten, noch ein Gutachten, das den Wert des teilausgeführten Werks bestimmen könnte offeriert (vgl.

dazu BGer 4A\_189 vom 5. Oktober 2017 E. 3.3). Freilich wären diese Nachweise schwer zu erbringen, nachdem das Bauprojekt fertiggestellt wurde. Eine vorsorgliche Beweisabnahme oder ein amtlicher Befund hätten die Beweisführung aber erleichtert. Die Schwierigkeit, den Nachweis zu erbringen, hat jedoch keine Erleichterung der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast der Klägerin zur Folge. So vermag insbesondere die allgemeine Behauptung, dass sich die Realisierung des Bauprojekts gut entwickelt habe (act. 1 Rz. 14 ff.), detaillierte Behauptungen nicht zu ersetzen. Der Umstand, dass die L.\_\_\_\_\_ GmbH die Zahlungsgesuche jeweils geprüft hat,

- 34 - vermag sodann den Nachweis für die erbrachten Leistungen und den Wert des Teilwerks nicht zu erbringen, selbst wenn die Leistungen und der Wert genügend substantiiert wären. Aus den Zahlungsgesuchen ergibt sich nicht, welche Leistungen zu welchem Wert erbracht wurden (vgl. act. 3/21). Zudem vermögen sie die erforderlichen Behauptungen zu den einzelnen Leistungen nicht zu ersetzen. Auch die Prüfung der Zahlungsgesuche durch eine Drittperson stellt weder eine hinreichende Tatsachenbehauptung noch ein taugliches Beweismittel dar. Schliesslich kann auch die vertragliche Regelung, wonach die Akontozahlungen nur unter der Voraussetzung zahlbar sind, dass ein schriftlicher Nachweis vorliegt, gemäss welchen die bis zum entsprechenden Fälligkeitstermin von der Totalunternehmung zu erbringenden Leistungen tatsächlich im vollen Umfang erbracht sind, die Ausführung und den Wert nicht behaupteter Leistungen nicht beweisen, was schon die dargelegte Auslegung gezeigt hat. Auch der Umstand, dass, wie die Klägerin selbst ausführte, eine "gewisse Parallelität" zwischen Vergütung und Projektfortschritt Zweck der vertraglichen Regelung war (vgl. act. 21 Rz. 13.1), vermag keine schlüssigen Behauptungen zu den einzelnen Leistungen und deren Wert zu ersetzen, bzw. diese gar beweisen. Das bloss Vorliegen einer 'gewissen Parallelität' genügt nicht. 3. Fazit zum Teilvergütungsanspruch Die Klägerin macht keine schlüssigen Ausführungen dazu, welche Werkvertragsleistungen zu welchem Wert erbracht wurden. Dies wäre aber zur Ermittlung des Werts des Teilwerks und damit zur Ermittlung eines Teilvergütungsanspruchs notwendig gewesen. Eine Rückrechnung von den Akontozahlungen allein auf den Wert des Teilwerks verbietet sich. Aus dem Werkvertragsverhältnis stehen damit einzig die anerkannten Zahlungen der Beklagten an die G.\_\_\_\_\_ von CHF 37'720'244.20 fest. Da kein Wert des Teilwerks ausgewiesen ist, welcher den Betrag der ausgewiesenen Zahlungen übersteigt, verbleibt kein Teilvergütungsanspruch der Klägerin bzw. der G.\_\_\_\_\_ aus Werkvertragsleistungen.

- 35 - D. Anspruch aus Erfüllungsgarantie Da es der Klägerin nicht gelingt, den Wert des teilausgeführten Werks schlüssig bzw. substantiiert geltend zu machen, resultiert aus der Abrechnung des Bauprojekts "H.\_\_\_\_\_" eine Abrechnungsdifferenz aus Sicht der Klägerin von CHF -37'720'244.20 (CHF 0 [kein ausgewiesener Wert des Teilwerks] – CHF 37'720'244.20 [anerkannte Zahlungen der Beklagten]). Da die Differenz zwischen dem Wert des Werkes und den Anzahlungen kleiner ist als CHF -6.9 Mio., erübrigt sich die Prüfung des Anspruches aus der Erfüllungsgarantie. Selbst wenn der Klägerin dieser Anspruch in Höhe von CHF 6.9 Mio. zustehen würde, resultierte aus der Addition von CHF -37'720'244.20 und CHF 6.9 Mio. kein positiver, der Klägerin zuzusprechender Abrechnungssaldo (vgl. E. III.D.). E. Vorteilsanrechnung und Verrechnungsansprüche Da der Abrechnungssaldo aus Sicht der Klägerin ohnehin negativ ist, stellt sich die Frage nach allfälligen Gegenforderungen der Beklagten nicht. Ebenso wenig bedarf es der Prüfung, ob von diesen Gegenforderungen ein allfälliger von der Beklagten aus dem Konkurs der

G.\_\_\_\_\_ gezogener Vorteil in Abzug zu bringen wäre (vgl. E. III.D.). F. Fazit Da aus der Abrechnung des Projektes "H.\_\_\_\_\_" in F.\_\_\_\_\_ kein positiver Saldo resultiert, ist die Forderungsklage der Klägerin abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen A. 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). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; Zinsen, Kosten und allfällige Eventualbegehren sind nicht hinzuzurechnen (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

- 36 - Er beläuft sich vorliegend auf CHF 12'965'000.– (act. 1 S. 2). Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beträgt damit CHF 135'000.–. Aufgrund des grossen Aktenumfangs, der Komplexität des Falls sowie des grossen Aufwands des Gerichts, das nach Aktenschluss noch eine Vergleichsverhandlung durchführte, rechtfertigt es sich, die Grundgebühr um knapp die Hälfte auf CHF 200'000.– zu erhöhen (vgl. § 2 Abs. 1 lit. b und lit. c und Art. 4 Abs. 2 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). B. Parteientschädigung 1. Ausgangsgemäss ist der Beklagten zudem eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Deren Höhe richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anw-GebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG ZH) und damit in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim Streitwert von CHF 12'965'000.– (vgl. oben, E. IV.A.) beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 121'000.–. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin hat der Beklagten daher eine Parteientschädigung von CHF 170'000.– zu entrichten. 2. Die Beklagte beantragt, ihr sei eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 12 S. 2). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind zu behaupten und zu belegen (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76; SJZ 101/2005 S. 531 ff.). Die Beklagte behauptet vorliegend keine für die Zuschung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände, weshalb ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

- 37 - Das Handelsgericht erkennt:

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