

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080049 vom 23. März 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-03-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080049

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080049 du 23 mars 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080049 del 23 marzo 2009

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin, deren Zweck der Kauf, Verkauf und die Erstellung von Immobilien ist, und die Beklagte, welche ein Architektur- und Planungsbüro betreibt, schlossen am 25. Januar 1999 einen Generalplanervertrag, worin die Klägerin als Bauherrin der Beklagten als Generalplanerin die Erstellung der "Villa X", eines mehrgeschossigen Gebäudes mit 34 Eigentumswohnungen inklusive Parkplätze und Gartenanlagen etc. zu einem Pauschalhonorar von Fr. 2'325'000.– übertrug. Als sich der Baufortschritt verzögerte, löste die Klägerin den Vertrag vorzeitig auf und verlangte von der Beklagten mit Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2003 (unter Einreichung der Weisung) Fr. 2'500'000.– nebst Zins unter den Titeln Konventionalstrafe für Termin- und Kostenüberschreitung, zu viel bezahltem Honorar sowie Schadenersatz (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 2 S. 6 f., KG act. 1 S. 3). Das Handelsgericht hiess mit Urteil vom 4. Februar 2008 die Klage im Umfang von Fr. 826'046.60 nebst 5% Zins seit 27. September 2002 gut und wies sie im Mehrbetrag ab (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 2 S. 167 Ziff. 1).

E. 2

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen hat, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Zur Begründung der Rüge der Aktenwidrigkeit gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss mit welcher Aktenstelle in Widerspruch steht resp. bei der Willkürüge, aufgrund welcher Aktenstelle die Feststellung schlichtweg unhaltbar sei. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80). Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leide, ist eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Behauptungen oder Beweismitteln vor der Kassationsinstanz grundsätzlich nicht zulässig und besteht insbesondere auch kein Novenrecht gemäss § 115

ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7b zu § 115 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.; ZR 76 Nr. 26, 102 Nr. 3 Erw. 5.2 b.bb, RB 1996 Nr. 121).

- 5 -

E. 3

Schliesslich rügt die Klägerin eine "Verletzung von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO dadurch, dass das Handelsgericht zu Unrecht die mangelnde Substanziierung und Behauptung des klägerischen Anspruchs auf Rückforderung des zuviel bezahlten Honorars angenommen hat" (KG act. 1 RZ 57 ff.). 3.1.1 Die Klägerin führt aus, sie habe nach der durch die Beklagte zu verantwortenden Kündigung des Generalplaner-Vertrages Aufgaben daraus an Dritte vergeben müssen, wodurch ihr Mehrkosten im Umfang von Fr. 629'935.– entstanden seien, die sich aus folgenden Kosten zusammensetzen würden: örtliche Bauleitung durch die C Architettura e tecnica, welche ihr insgesamt Fr. 205'528.– in Rechnung gestellt habe (HG act. 4/26/1 und 4/26/3), Projektkoordination für Fr. 198'447.– (HG act. 4/26/5) und Generalplanerleistungen für Fr. 86'080.– (HG act. 4/26/6 und 4/26/8) durch die Dr. D Management & Consulting AG, Ingenieurleistungen durch E über Fr. 139'880.– (HG act. 4/26/10). Diese Arbeiten hätten deshalb von Dritten vorgenommen werden müssen, weil die Beklagte ihren Verpflichtungen aus dem Generalplaner-Vertrag nicht nachgekommen sei. Die Be-

- 18 - klagte habe bis zur Beendigung des Vertrages lediglich 74.8% der vertraglich vereinbarten Gesamtleistung erbracht gehabt, wie sich aus dem Verhältnis der Aufwendungen für Generalplanerleistungen nach Beendigung des Vertrages zum Gesamthonorar der Beklagten in der Höhe von Fr. 2'499'375.– ergebe, während sie der Beklagten in diesem Zeitpunkt aber bereits 94,8% des Gesamthonorars bezahlt gehabt habe. In der Bauabrechnung der Klägerin vom 17. Juni 2003 werde ausgewiesen, dass sie der Beklagten den Gesamtbetrag von Fr. 2'558'104.– bezahlt habe, wobei Fr. 187'634.– nicht für Leistungen gemäss Generalplaner-Vertrag bestimmt gewesen seien. Somit habe die Klägerin Fr. 2'370'470.– oder eben 94,8% des Gesamthonorars bezahlt, sodass die Beklagte einen Honorarvorschuss von 20% oder Fr. 499'875.– empfangen habe, für den sie keine Leistungen erbracht habe und damit im Sinne von Art. 62 OR bereichert sei (KG act. 1 RZ 57-64). 3.1.2 Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern sie ihre Ausführungen bereits vor dem Handelsgericht gemacht hätte, weshalb auf die Rüge betreffend Aktenwidrigkeit bereits aufgrund von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.2). Da das Verfahren am Kassationsgericht keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens darstellt (vgl. oben II.2), ist auf ihre Ausführungen, mit denen sie die Substanziierung ihres geltend gemachten Anspruchs auf Rückforderung eines Teils des Honorars nachholen zu wollen scheint, und womit jedenfalls kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wird, nicht einzugehen. Im Übrigen wird die Frage, ob ein bundesrechtlicher Anspruch (vorliegend nennt die Klägerin als Anspruchsgrundlage Art. 62 OR, KG act. 1 RZ 64) genügend substantiiert worden sei, auch vom Bundesrecht beantwortet (wie die Klägerin selber erkennt, KG act. 1 RZ 43), sodass auf diese Vorbringen auch gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.3 sowie III.2.1.2). 3.2.1 Ferner ist die Klägerin der Ansicht, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt bezüglich rechtzeitig gestellter Beweisofferten zum Thema der Rückforderung zu viel bezahlten Honorars, insbesondere Expertise, sowie aufgrund unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung (KG act. 1 RZ 65).

- 19 - 3.2.2 Diesbezüglich kann auf die vorstehend unter III.2.2.2 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Vorinstanz hat keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, wenn sie die Klage hinsichtlich der Rückforderung zu viel bezahlten Honorars mangels genügend substantzierter Behauptungen dazu abgewiesen hat und konnte damit auch nicht das rechtliche Gehör der Klägerin verletzen. Die Rügen gehen daher am angefochtenen Entscheid vorbei.

E. 4

Zusammengefasst gelingt es der Klägerin nicht, einen vom Kassationsgericht zu prüfenden Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen, weshalb ihre Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Ausführungen zum Antrag auf einen reformatorischen Entscheid (vgl. KG act. 1 RZ 41 ff.) erübrigen sich damit.

- 20 - IV . Beschwerde der Beklagten 1. Als aktenwidrig bzw. willkürlich erachtet die Beklagte die Erwägungen der Vorinstanz auf S. 17-19 des angefochtenen Entscheides, worin diese festhält, dass keine Anhaltspunkte für die beklagte Ansicht bestünden, dass eine Definition der Termine für Baubeginn und Bezugstermin nach Vertragsabschluss zu erfolgen gehabt hätte, da diese bereits in Form des Terminprogramms von Teil 1 Ziff. 3 des Generalplanervertrages erfolgt sei (KG act. 18/1 RZ IV.1 ff.). 1.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte an, die Vorinstanz erachte die Klammerbemerkung "Baubeginn und Bezugstermin müssen vorgängig definiert sein" für nicht massgeblich bzw. lediglich erklärend, weil dieser Passus in Klammer gesetzt sei. Gerade Klammerbemerkungen würden aber in der Regel vorangegangene Abmachungen klarstellen, indem sie Beispiele anführten oder Präzisierungen enthielten. Eine Vereinbarung deswegen als unmassgeblich zu betrachten, weil sie in eine Klammer gesetzt sei, sei somit offensichtlich falsch. Gerade die Klammerbemerkung erkläre vorliegend, unter welchem Vorbehalt die Konventionalstrafe gestanden sei (KG act. 18/1 RZ 2). In Form dieser Klammerbemerkung sei auch nicht nur ein Anhaltspunkt vorhanden, sondern sogar eine ausdrückliche Vereinbarung. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz würden sehr wohl zahlreiche Anhaltspunkte für diese Abmachung bestehen, denn bei Teil 2/Ziff. 5 des Generalplanervertrages handle es sich um eine individuelle Abrede (nicht um einen vorformulierten Vertragsinhalt). Der Passus finde sich einerseits unmittelbar oberhalb der Unterschriften der Parteien und unmittelbar in Zusammenhang zur Konventionalstrafenregelung. Andererseits fände sich ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass Baubeginn und Bezugstermin erst nach Vertragsschluss noch zu definieren sein würden, im Wortlaut des Vertrages, sei doch das Terminprogramm in Teil 1/Ziff. 3 des Vertrages ausdrücklich unter den Vorbehalt des Vorliegens einer ausreichenden Gesamtfinanzierung gestellt und in Teil 3/Ziff. 23.1 die Baufreigabe als Voraussetzung für den Baubeginn definiert worden, wobei weder das eine noch das andere bei Vertragsschluss ge-

- 21 - geben gewesen sei. Daher habe eben auch die Klammerbemerkung Sinn gemacht. Dass die Vorinstanz die Abmachungen der Parteien und namentlich die Klammerbemerkung gerade umgekehrt interpretiert habe, sei in höchstem Masse willkürlich (KG act. 18/1 RZ 3). 1.1.2 All diese Vorbringen betreffen die Vertragsauslegung, wie sich bereits aus dem beklagten Vorwurf ergibt, die Vorinstanz habe die Klammerbemerkung "umgekehrt" interpretiert. Ob die Vorinstanz aufgrund der Auslegungselemente (u.a. Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik im Vertrag) zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, dass die in der Klammerbemerkung enthaltene, vorgängig zu erfolgende Definition der Termine Baubeginn und Bezugstermin bereits beim

Vertragsabschluss in Form des Terminprogramms, das ebenfalls als Teil 1 Ziff. 3 im Generalplanervertrag enthalten ist (HG act. 4/4 S. 2), erfolgt sei (KG act. 2 S. 18) resp. nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden dürfen, das vereinbarte Terminprogramm sei verbindlich (KG act. 2 S. 19), prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei. Die Auslegung eines Vertrages nach dem Vertrauensprinzip ist eine Frage des Bundesrechts (Wiegand, in: BSK, N 15 zu Art. 18 OR; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 96; BGE 116 II 696 Erw. 2, 124 III 368 Erw. 5.a, 125 III 308 Erw. 2.b, 126 III 29 Erw. 3.c). Die Vorgehensweise bei der Vertragsauslegung und die Frage, welche Tatsachen für die Auslegung erheblich seien, bestimmt sich ebenfalls nach Bundesrecht (Kass.-Nr. AA040090 vom 23.08.2004 i.S. G. Erw. III.1.b). Auf sämtliche vorstehenden Vorbringen der Beklagten kann daher in Anwendung von § 285 ZPO nicht eingetreten werden, auch nicht, soweit die Beklagte mit ihren Willkürügen im Ergebnis eine qualifiziert unrichtige Vertragsauslegung geltend macht (vgl. oben II.3). Eine Aktenwidrigkeit ist, abgesehen davon, dass sie nicht genügend dargetan wäre (vgl. oben II.2), nicht ersichtlich. 1.2.1 Ebenfalls aktenwidrig und willkürlich sei - so die Beklagte -, dass die Vorinstanz daraus, dass sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst gewesen seien, dass die Gesamtfinanzierung und die Baubewilligung noch nicht vorliege, folgere, dass die Parteien bei der konkreten vertraglichen

- 22 - Terminvereinbarung einen entsprechenden Vorbehalt formuliert hätten, wenn sie davon ausgegangen wären, diese würden die Terminplanung beeinflussen, und alsdann festhalte, das Terminprogramm sei ohne Vorbehalte vereinbart worden und deshalb verbindlich. Denn die Vorbehalte ergäben sich ja wortwörtlich und ausdrücklich aus Teil 1/Ziff. 3 des Generalplanervertrages (Gesamtfinanzierung), Teil 3/Ziff. 23.1 (rechtskräftige Baufreigabe) und Teil 2/Ziff. 5.2 am Ende (vorgängige Definition der für die Konventionalstrafenregelung massgebenden Termine) (KG act. 18/1 RZ 4-5). 1.2.2 Entgegen der Darstellung der Beklagten stellt die Vorinstanz auf S. 18 des angefochtenen Entscheides nicht fest, das Terminprogramm sei ohne Vorbehalte formuliert worden - im Gegenteil hält sie fest, "dass dies in Bezug auf die Gesamtfinanzierung geschehen ist indem ein entsprechender Vorbehalt bei den festgehaltenen Terminen ausdrücklich vermerkt ist" (KG act. 2 S. 18 unten). Der Vorwurf der Aktenwidrigkeit ist daher unbegründet. Ob die Vorinstanz alsdann aufgrund der Vertragsauslegung zu Recht folgert, dass die Termine verbindlich gewesen seien, ist eine Frage der richtigen Anwendung des Bundesrechts und damit im vorliegenden Verfahren ungeachtet der sinngemässen Anrufung von Art.

E. 9

Zum Thema "J. Hangsicherung" moniert die Beklagte ebenfalls das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen (KG act. 18/1 RZ 51-54). 9.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte einmal aus, sie mache geltend, dass ihre Entlastung im Zusammenhang mit dem Aushub auch die Hangsicherung umfasse, da diese davon nicht zu trennen sei. Die Vorinstanz unterscheide jedoch zwischen der temporären Baugrubensicherung und einer Hangsicherung im Sinne von permanenten Massnahmen und folgere daraus, die Hangsicherung sei nicht unter den von der Entlastung betroffenen Bereich Aushub zu subsumieren und die Hangsicherung sei auch nicht an die W übertragen worden, weil in diesem Zusammenhang verschiedentlich Ingenieur Y erwähnt worden sei. Diese Unterscheidung sei willkürlich, da sich nirgends ein Anhaltspunkt dafür finde, dass die Parteien in solcher Weise unterschieden hätten. Dementsprechend habe sie nach Treu und

Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Entlastung bezüglich des Aushubs auch die Hangsicherung betroffen habe (KG act. 18/1 RZ 51-53). 9.1.2 Die Auslegung des Schreibens von O vom 24. Februar 1999 (und so- mit auch die Frage, welche Bereiche von der Entlastung erfasst werden) richtet sich nach Bundesrecht, wie auch das von der Beklagten angesprochene Vertrauensprinzip, sodass auf diese Ausführungen - ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche sich auf einen vom Bundesgericht überprüfbareren Anspruch bezieht, - nicht eingetreten werden kann (§ 285 und oben II.3 sowie IV.1.1.2).

- 46 - 9.2.1 Weiter führt die Beklagte aus, dass verschiedentlich Ing. Y genannt worden sei, sei offensichtlich nicht beweiskräftig, denn dieser sei sowohl Vertragspartner der Beklagten als auch Inhaber und Verwaltungsrat der W Bau AG gewesen, sodass dessen Nennung nicht bedeute, dass die Planungsverantwortung im Bereich Hangsicherung bei der Beklagten gelegen habe. Ausgehend von der Tatsache, dass die Rühlwand inkl. Ankerarbeiten an die W übertragen worden sei, und dass Y Inhaber dieser Firma gewesen sei, sei gerade umgekehrt davon auszugehen, dass er in diesem Bereich nicht als Subplaner von ihr, sondern als Direktbeauftragter der Klägerin gehandelt habe und erwähnt worden sei. Dies müsse umso mehr gelten, als sie - die Beklagte - mit dem nachmaligen Wechsel von der Rühlwand zur Schwergewichtsmauer überhaupt nichts zu tun gehabt habe, sondern dieser Entscheidung und die Planung derselben direkt im Verhältnis zwischen der Klägerin und Y in dessen Eigenschaft als Inhaber und Organ der W erfolgt sei. In diesem Zusammenhang wirft die Beklagte der Vorinstanz Willkür sowie das Abstellen auf eine bestrittene, unbewiesene Behauptung und damit Verletzung des Rechts auf Beweis vor. Die Vorinstanz habe die beantragte Edition sämtlicher Verträge zwischen der Klägerin und der W ohne Begründung verweigert, obwohl sich daraus ergeben hätte, dass die Hangsicherung einschliesslich Planung von der Klägerin direkt vergeben worden sei (KG act. 18/1 RZ 54). 9.2.2 Wie die Beklagte ein weiteres mal selber ausführt (KG act. 18/1 RZ 54 a.E.), sind ihre Beanstandungen in Zusammenhang mit Art. 8 ZGB dem Bundesgericht vorzutragen und kann das Kassationsgericht darauf nicht eintreten (§ 285 ZPO, oben II.3). Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Rüge, die Vorinstanz habe auf eine bestrittene, unbewiesene Behauptung abgestellt, da die Beklagte den Anforderungen an die Begründung dieser Rüge (Bezeichnung der Behauptung sowie Angabe der entsprechenden Aktenstellen) nicht nachkommt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2). Was die Willkür rüge anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Beklagte die Stelle im umfangreichen angefochtenen Entscheid, welche sie mit ihren Ausführungen in RZ 54 ihrer Beschwerde als willkürlich beanstandet, nicht bezeichnet, sodass auf diese Rüge gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ebenfalls nicht eingetreten werden kann (oben II.2). Im Übrigen würden ihre Vorbringen ohnehin Bundesrecht betreffen (da diese letztlich die

- 47 - Auslegung des Schreibens der Klägerin an die Beklagte vom 24. Februar 1999 und den sich daraus ergebenden Umfang der Entlastung der Beklagten durch die Vorinstanz betreffen), sodass darauf auch in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten wäre (oben II.3 sowie IV.1.1.2). 9.3.1 Willkürlich ist gemäss der Beklagten auch die Annahme der Vorinstanz, die Vergabe der "Rühlwand inkl. Ankerarbeiten (ohne Betonausfachung)" an die W bedeute nicht, dass damit die Hangsicherung an die W übertragen worden sei. Die Hangsicherung habe nämlich in gar nichts anderem bestanden als dieser Rühlwand inkl. Ankerarbeiten und es handle sich dabei gerade um solche permanenten Massnahmen, von denen die Vorinstanz spreche. Dementsprechend habe mit der Übertragung der genannten Arbeiten nichts anderes gemeint sein können als die Übertragung der Hangsicherung

insgesamt. Weder die Vorinstanz noch die Klägerin führten denn aus, welche Hangsicherungsarbeiten neben der Rühlwand und den Ankerarbeiten überhaupt noch auszuführen gewesen wären. Die Vorinstanz habe mithin kurzerhand auf eine bestrittene und unbewiesene Behauptung der Klägerin abgestellt (KG act. 18/1 RZ 53). 9.3.2
Wiederum gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist auf die Rüge, die Vorinstanz habe auf eine bestrittene und unbewiesene Behauptung der Klägerin abgestellt, unterlässt es doch die Beklagte, anzugeben, um welche Behauptung es sich handle und wo sie diese bestritten habe (oben II.2). Dies wäre aber umso mehr Voraussetzung, als die Beklagte im unmittelbar der Rüge vorangehenden Satz ausführt, die Klägerin habe nicht behauptet, welche Hangsicherungsarbeiten neben der Rühlwand und den Ankerarbeiten überhaupt noch auszuführen gewesen wären (KG act. 18/1 RZ 53 auf S. 52 unten und S. 53 oben).

E. 10

Unter dem Titel "K. Pfählung/Foundation" beanstandet die Beklagte, dass die Vorinstanz auf S. 55/56 entgegen ihrer Ansicht erwogen habe, aus dem Schreiben von O vom 24. Februar 1999 könne man keine Entlastung der Beklagten bezüglich der Fundations- und Pfählungsarbeiten ableiten.

- 48 -

E. 10.1

Willkürlich und eine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGB) sei es, dass die Vorinstanz den Beweis für die Behauptung, dass die Klägerin gegenüber den Wohnungskäufern ausdrücklich geäußert habe, die sich nachträglich als nötig erweisende Pfählung des Fundaments habe eine Verzögerung von zwei Monaten verursacht, nicht abgenommen habe (KG act. 18/1 RZ 55). Hinsichtlich der Erwägung, wonach die Beklagte das Problem der Pfählung für gelöst erklärt habe, als sie Ing. Y von seinem Mandat habe entbinden können (auf S. 57 des Urteils), verweist die Beklagte im wesentlichen auf ihre Ausführungen und Rügen in RZ 54 ihrer Beschwerde, welche vorstehend IV.9.2.1 wiedergegeben sind (KG act. 18/1 RZ 56).

E. 10.2

Wie bereits vorstehend IV.9.1.2 ausgeführt, richtet sich die Auslegung des Schreibens von O vom 24. Februar 1999 (und somit auch die Frage, welche Bereiche von der Entlastung erfasst werden) nach Bundesrecht. Ebenfalls nach Bundesrecht richtet sich die Frage, ob die Behauptung, über welche die Vorinstanz angeblich keinen Beweis abnahm, für die Beurteilung der Klage überhaupt wesentlich war, sodass auf diese Ausführungen - ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche sich auf einen vom Bundesgericht überprüfbar an Anspruch bezieht, - nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO und oben II.3 sowie IV.1.1.2). Dasselbe gilt hinsichtlich der Rügen betreffend Verletzung von Art. 8 ZGB.

E. 11

Bezüglich "L. Baugrundprobleme" moniert die Beklagte, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf den Beweis verletzt und übertrieben formalistische Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt habe und rügt Aktenwidrigkeit und Willkür (KG act. 18/1 RZ 57).

E. 11.1

Wenn die Vorinstanz ihr in diesem Zusammenhang vorwerfe, sie habe es unterlassen, die auf den schwierigen Baugrund zurückzuführenden Verzögerungen zu substantiieren, sei dies aktenwidrig und willkürlich, da sie auf S. 19/20 der Klageantwort substantiiert habe und die Klägerin in Form des ihr zugestellten bekl. act. 18 im Detail über die aufgetretenen Baugrundprobleme orientiert gewesen sei. Dementsprechend sei die Abnahme der offerierten Beweise zu Unrecht

- 49 - unterblieben und habe die Vorinstanz übertrieben formalistische Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt (KG act. 18/1 RZ 57).

E. 11.2

Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2 sowie IV.8.1.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Anrufung von Art. 29 BV nicht eingetreten werden kann (oben II.3 und ZR 102 Nr. 8), geht doch die Rüge des überspitzten Formalismus im Vorwurf auf, das Mass der Substanziierung überspannt zu haben, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin bezüglich den Anforderungen an die Substanziierung ebenfalls frei überprüfen würde (oben II.3). Auch auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf Beweis unter Hinweis auf Art. 8 ZGB ist gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten (oben II.3).

E. 12

Hinsichtlich "N. Verzögerung der Firma M" beanstandet die Beklagte sodann, dass die Vorinstanz zur Auffassung komme, es sei unklar geblieben, ob der nicht der Beklagten anlastbare, zweimonatige Verzug der Firma M sich auf die Erstellung der Wohnungen ausgewirkt habe, weshalb diese Verzögerung den massgeblichen Erstellungstermin nicht verschiebe (KG act. 18/1 RZ 58-59).

E. 12.1

Sie begründet dies damit, die Vorinstanz stelle überspitzt formalistische Ansprüche an die Substanziierungspflicht. Denn wenn nicht einmal die Klägerin selber geltend mache, die Beklagte müsse für das Verhalten der Firma M einstehen, dann sei die Annahme der Vorinstanz willkürlich, weil etwas, das zugestanden sei, nicht mehr zum Beweis verstellt werden müsse. Es komme hinzu, dass die Klägerin in ihrem Schreiben an die Wohnungskäufer den Verzug, den die Firma M verursacht habe, mit zwei Monaten beziffere, und diesen also nicht der Beklagten angelastet habe. Nachdem somit festgestanden sei, dass die Klägerin selber den Verzug der Firma M als für den Erstellungstermin für die Wohnungen relevant betrachtet habe, sei es willkürlich und übertrieben formalistisch, von der Beklagten dennoch zu verlangen, sie müsse noch weitergehend substantiieren (KG act. 18/1 RZ 58-59).

E. 12.2

Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf

- 50 - diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf Willkür und Anrufung von Art. 29 BV nicht eingetreten werden kann (oben II.3), geht doch die Rüge des überspitzten Formalismus im Vorwurf auf, das Mass der Substanziierung überspannt zu haben, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin bezüglich den Anforderungen an die Substanziierung ebenfalls frei überprüfen würde (oben II.3). Die sinngemässe Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime geht fehl, da die von der

Beklagten geschilderte "Anerkennung" seitens der Klägerin nicht das- selbe betrifft wie die von ihr beanstandete Äusserung der Vorinstanz.

E. 13

Unter dem Titel "O. Witterungsverhältnisse (Unwetter, Kälteperiode)" beanstandet die Beklagte weiter, dass die Vorinstanz ihre Ausführungen zu den Verzögerungen wegen angeblicher Unwetter als zu unbestimmt geblieben ein- stufe (KG act. 18/1 RZ 60).

E. 13.1

Dem sei aber nicht so, denn auf S. 54 - 56 der Klageantwort habe die Beklagte die Klägerin bei ihren Ausführungen gegenüber den Wohnungskäufern behaftet. Nachdem die Klägerin gegenüber den Käufern den Baustillstand wegen Überschwemmung der Baustellenzufahrt auf zwei Monate beziffert und gleichzei- tig die Beklagte als hierfür nicht verantwortlich bezeichnet habe, habe die Beklagte ihre Substanziierungspflicht erfüllt. Entgegen der willkürlichen Erwägung der Vo- rinstanz mache der Begriff der Überschwemmung sehr wohl klar, dass eine Be- rufung auf ausserordentliche Witterungsverhältnisse vorliege (KG act. 18/1 RZ 60).

E. 13.2

Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2 und IV.12.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf überspitzten Formalismus nicht einzutreten ist (oben II.3).

E. 14

Ferner beanstandet die Beklagte unter dem Titel "P. Arbeitsstillstand", dass die Vorinstanz davon ausgegangen sei, sie hätte darlegen müssen, weshalb ihr der Arbeitsstillstand im August einen Anspruch auf Fristerstreckung verschaf- fen sollte.

- 51 -

E. 14.1

Denn sie habe unbestrittenermassen den von ihr geltend gemachten Verschiebungssachverhalt konkret benannt und die dadurch eingetretene, nicht von ihr zu vertretende Verzögerung mit zwei Monaten beziffert. Nachdem die Klä- gerin bei ihren Ausführungen gegenüber den Wohnungskäufern selber davon ausgegangen sei, dass eine solche Verzögerung aus diesem Grund vorliege, hätte die Vorinstanz diesen Beweis abnehmen und würdigen müssen. Obwohl gestützt auf die vorhandene Substanziierung die Abnahme vorhandener Beweise ohne weiteres möglich sei, stelle es überspitzten Formalismus dar, weitere Sub- stanziierung zu verlangen, da die Substanziierungspflicht nicht Selbstzweck dar- stelle, sondern lediglich das Beweisverfahren zu ermöglichen habe (KG act. 18/1 RZ 61-62).

E. 14.2

Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2, IV.12.2 und IV.13.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO unge- achtet der Berufung auf überspitzten Formalismus nicht einzutreten ist (oben II.3).

E. 15

Ebenfalls beanstandet die Beklagte unter dem Titel "Q. Käuferwünsche", dass die Vorinstanz ihr vorwerfe, sie habe die Käuferwünsche, auf welche sie eine nicht von ihr zu vertretende Verzögerung von zwei Monaten zurückführe, nicht genügend substantiiert, sowie die Erwägung, dass die Klägerin nach Treu und Glauben habe annehmen dürfen, der Baufortschritt lasse die Änderungswünsche zu, wenn die Beklagte diese vorbehaltlos entgegennehme, welche die Vorinstanz zum Schluss geführt habe, die Beklagte könne sich nicht auf die durch die Käuferwünsche eingetretene Verzögerung berufen, weil sie diese vorbehaltlos entgegengenommen bzw. nicht genügend auf die damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen hingewiesen habe (KG act. 18/1 RZ 63-64). 15.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte aus, die Vorinstanz halte selber fest, dass Käuferwünsche Beststellungsänderungen der Klägerin darstellten. Gemäss Teil 3/Ziff. 23.5 des Generalplanervertrages würden sich die vertraglich festgelegten Termine verschieben, wenn das Bauprogramm im Zusammenhang mit vom Bauherrn gewünschten Änderungen angepasst werden müsse. Dasselbe sehe auch der anwendbare Art. 90 SIA 118 vor. Diese deutlichen vertraglichen

- 52 - Abmachungen habe die Vorinstanz einfach ignoriert und insbesondere übersehen, dass dieser Anspruch auf Fristerstreckung die Konventionalstrafe habe entfallen lassen. Es sei also aktenwidrig und willkürlich, wenn die Vorinstanz trotz dieser klaren Vertragslage davon ausgegangen sei, sie habe die Käuferwünsche vorbehaltlos entgegengenommen, denn nach Treu und Glauben habe die Klägerin die Entgegennahme der Käuferwünsche nicht als Einverständnis zu einer Vertragsabänderung auffassen dürfen und der Vorbehalt, d.h. eine Terminverschiebung, sei ja schon im Vertrag selber vorgesehen gewesen (KG act. 18/1 RZ 64a). 15.1.2 Die Vorbringen der Beklagten betreffen die Vertragsauslegung der Vorinstanz nach dem Vertrauensprinzip (diese hat keine aktenwidrigen Feststellungen getroffen, sondern ist aufgrund der Vertragsauslegung zu ihren angefochtenen Schlüssen gelangt), sodass darauf gemäss § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann (oben II.3 sowie IV.1.1.2). 15.2.1 Die Beklagte bringt weiter vor, sie habe die Klägerin sehr wohl über die zeitlichen Auswirkungen der Käuferwünsche informiert: Auf S. 21 ff. der Klageantwort sei in allen Details ausgeführt worden, welche Käuferwünsche geäußert worden seien, welche baulichen Auswirkungen dies gehabt und zu welchen zeitlichen Verzögerungen dies geführt habe. Insbesondere seien darin sämtliche Protokolle zum Beweis verstellt worden, in denen alles festgehalten worden sei (bekl. act. 21-58) und die mit den Käuferwünschen befassten Personen als Zeugen offeriert worden. Darüber sei die Vorinstanz hinweggegangen, obwohl nicht ersichtlich sei, inwieweit es nicht möglich gewesen sein solle, über die detaillierten Behauptungen der Beklagten Beweis abzunehmen (KG act. 18/1 RZ 64b). 15.2.2 Die Vorinstanz hat nicht festgestellt, die Beklagte habe das von ihr als Beleg für die Aktenwidrigkeit Angeführte nicht ausgeführt - im Gegenteil hat sie die Behauptungen der Beklagten in ihrer Klageantwort sogar an der beanstandeten Stelle im angefochtenen Entscheid wiedergegeben (vgl. KG act. 2 S. 69 ff. mit Verweisen auf HG act. 8). Eine Aktenwidrigkeit liegt deshalb nicht vor und die entsprechende Rüge der Beklagten geht fehl.

- 53 - 15.3.1 Besonders stossend sei - so die Beklagte weiter -, dass in Form von bekl. act. 83 aussergerichtliche Zugeständnisse der Klägerin gegenüber den Käufern und ein liquider Beweis vorliege insofern, als die Klägerin selber die durch die Sonderwünsche der Käufer verursachten Verzögerungen mit mindestens zwei Monaten beziffert und nicht die Beklagte dafür verantwortlich gemacht habe. Unter diesen Umständen noch mehr

Substanziierung zu verlangen, sei übertrieben formalistisch und willkürlich, denn die Vorinstanz bleibe die Begründung dafür schuldig, weshalb es nicht möglich gewesen sein sollte, den Beweis dafür abzunehmen, ob gestützt auf die aussergerichtlichen Zugeständnisse der Klägerin davon auszugehen sei, dass eine nicht von der Beklagten zu vertretende Verzögerung von zwei Monaten in Folge der Käuferwünsche vorliege oder nicht (KG act. 18/1 RZ 64c). 15.3.2 Wie bereits oben V.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2, IV.12.2, IV.13.2 und IV.14.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Rügen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf überspitzten Formalismus und Willkür nicht einzutreten ist (oben II.3).

E. 16

In Zusammenhang mit dem Thema "R. Genehmigung Terminverschiebungen" wirft die Beklagte der Vorinstanz ebenfalls vor, verschiedene Nichtigkeitsgründe gesetzt zu haben (Aktenwidrigkeit, Willkür, Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Vertrauensprinzips und von Art. 8 ZGB auf "willkürliche Weise", sodass klares materielles Recht gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt sei) (KG act. 18/1 RZ 65-72). 16.1.1 Die Beklagte rügt einmal die Auffassung der Vorinstanz auf S. 83, wonach sich die Beklagte nicht auf die unterbliebene Bestreitung der rund 160 Bausitzungsprotokolle berufen könne, als aktenwidrig und willkürlich, weil gemäss Teil 3 / Ziff. 8.5 des Generalplanervertrages Bausitzungsprotokolle als anerkannt gälten, sofern sie nicht innert 10 Tagen beanstandet würden und sich die Beklagte ausdrücklich darauf berufen habe, dass das Schweigen der Klägerin als Akzept zu werten sei (KG act. 18/1 RZ 65-66 sowie RZ 71a).

- 54 - 16.1.2 Abgesehen davon, dass Seite 83 des angefochtenen Entscheides die beanstandete Auffassung gar nicht enthält, betrifft diese Rechtsauffassung der Vorinstanz keine Frage des prozessualen Sachverhalts und ist daher einer Überprüfung durch das Kassationsgericht nicht zugänglich (§ 285 ZPO, oben II.3). 16.2.1 Die Beklagte wiederholt sodann in RZ 67 im wesentlichen die bereits unter IV.4.1.1 wiedergegebenen Beanstandungen bezüglich der Erwägung der Vorinstanz auf S. 84 des angefochtenen Urteils, wonach ihr die Vorinstanz fälschlicherweise die Beweislast für die Terminverschiebung zuschiebe (KG act. 18/1 RZ 67 und RZ 72a). 16.2.2 Auf diese Rügen ist, da mit Art. 8 ZGB Bundesrecht betreffend, nicht einzutreten (§ 285 ZPO, welcher § 281 ZPO vorgeht, vgl. oben II.3 sowie IV.1.1.2 und IV.1.3.2 sowie IV.4.1.2). 16.3.1 a) Hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägung auf S. 85 des Urteils, die Beklagte habe keine Willensäusserungen behauptet, welche von der Klägerin dahingehend hätten verstanden werden dürfen und müssen, es lägen die Konventionalstrafe beeinflussende Verzögerungen vor und es erachte die Beklagte den ursprünglichen Termin für nicht mehr massgeblich, wirft die Beklagte der Vorinstanz Aktenwidrigkeit, Willkür sowie die Verletzung des Vertrauensprinzips vor. Sie listet alsdann Stellen in ihren Rechtsschriften sowie von ihr eingereichte Beweismittel auf, an welchen sie entsprechende Willensäusserungen sehr wohl behauptet habe (KG act. 18/1 RZ 68). Willkürlich sei, dass die Vorinstanz auf S. 87 zur Auffassung gelange, ein fehlender Widerspruch gegen ein Protokoll sei sogar dann irrelevant, wenn der Inhaber der Klägerin persönlich an der betreffenden Sitzung anwesend gewesen sei. Die Beklagte wirft die Frage auf, wann denn Anlass bestehe, sich gegen ein angeblich unrichtiges Protokoll zur Wehr zu setzen. Aber auch die Auffassung auf S. 88 des angefochtenen Urteils, wonach die Klägerin mangels Anwesenheit eines ihrer Vertreter an der Sitzung vom 27. November 2000 (wo die

Verschiebung des Bezugstermins auf Ende Juli 2001 kommuniziert und verschoben worden sei) keinen Anlass gehabt habe, das zugestellte Protokoll zu bemängeln, sei willkür-

- 55 - lich, denn gerade in diesem Fall habe jemand jeden erdenklichen Anlass, das über die Sitzung verfasste Protokoll zu beanstanden, wenn er damit nicht einverstanden sei (KG act. 18/1 RZ 69-70). b) Die Vorinstanz lehne bezüglich dem Vorbringen der Beklagten, dass das von ihr überarbeitete Terminprogramm, wonach einzelne Wohnungen frühestens per Ende Juli 2001 und die restlichen Wohnungen per Ende September 2001 bezugsfertig sein sollten, anlässlich der Bauherrensitzung vom 13. September 2000 genehmigt worden sei, eine Genehmigungswirkung dieses Protokolls ab, weil die Angaben zur Bezugsbereitschaft der Wohnungen zu vage seien, zumal sich die Parteien nicht einig seien, mit welcher Wohnungsabgabe der Bauvollendungstermin gewahrt sei (S. 89 des Urteils). Dieser Vorwurf verfange nicht, da aus dem Passus "Bezug der restlichen Wohnung per Ende September 2001" klar hervorgehe, dass damit per Ende September 2001 die letzte Wohnung übergeben sein sollte. Die Vorinstanz begründe mit keiner Silbe, inwiefern eine solche Formulierung unklar sei, es liege willkürliche Auslegung und zufolge fehlender Begründung eine Verletzung des Gehörsanspruchs vor (KG act. 18/1 RZ 71). c) Die Erwägung der Vorinstanz auf S. 89, dass die Genehmigung von Übergabeterminen ab September 2001 anlässlich der Sitzung vom 12. März 2001 ohne Einfluss auf den für die Konventionalstrafe massgebenden Termin bleibe, sei willkürlich, da auf jeden Fall nicht die Beklagte eine Vertragsänderung hätte behaupten und beweisen müssen (dazu kann auf die Ausführungen unter IV.16.2.2 verwiesen werden). Mit der von der Vorinstanz vorgenommenen Unterscheidung, ob der Fertigstellungstermin im Sinne der Konventionalstrafenregelung gemeint gewesen sei oder ob es nur um die praktische Abwicklung der Wohnungsübergaben gegangen sei, nehme diese eine begriffliche Unterscheidung vor, die nach ihren eigenen Feststellungen nicht vorgenommen hätte werden dürfen, da sie auf S. 101 des angefochtenen Urteils selber festhalte, dass die Parteien darin übereinstimmen würden, dass die im Generalplanervertrag verwendeten Begriffe "Fertigstellungstermin", "Bauvollendungstermin" und "Bezugstermin" gleichzusetzen seien (KG act. 18/1 RZ 72).

- 56 - 16.3.2 Zunächst ist ein weiteres Mal darauf hinzuweisen, dass auf die Rüge der Verletzung des Vertrauensprinzips gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2). Zudem setzt sich die Beklagte nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander resp. ihre Ausführungen gehen daran vorbei und beschränken sich auf rein appellatorische Kritik, sodass darauf schon in Anwendung von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden kann (oben II.2). a) Die Vorinstanz hat nämlich erwogen, dass eine Änderung der Regelung der im Generalplanervertrag vereinbarten Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins einer Vereinbarung zwischen den Parteien bedürfte und es deshalb nicht angehen könne, aus einseitig verfassten Sitzungsprotokollen eine solche Vertragsänderung zu konstruieren. Protokolle von Bausitzungen würden denn lediglich wiedergeben, was an der entsprechenden Sitzung besprochen worden sei, sodass aus einem fehlenden Protest einer Partei selbst mit Genehmigungsklausel keine Zustimmung zu einer Vertragsänderung abgeleitet werden könne. Ein solches Protokoll könnte höchstens ein Beweismittel bzw. ein Indiz darstellen dafür, dass an der entsprechenden Sitzung eine Vertragsänderung zwischen den anwesenden Parteien vereinbart worden sei, vorausgesetzt, eine solche Abrede sei konkret behauptet worden. Indem die Beklagte sich lediglich darauf berufe, dass die Klägerin

nicht gegen eine im Protokoll vermerkte Terminverschiebung remonstriert und diese akzeptiert habe, mache sie selber nicht geltend, die Parteien hätten sich anlässlich der protokollierten Sitzung auf eine Vertragsänderung in dem Sinne geeinigt, dass nun nicht mehr der November 2000 als Vollendungstermin für die Konventionalstrafe, sondern ein anderer Termin gelten solle. Es sei fraglich, ob die faktische Verschiebung des Übergabetermins auch Folgen für die Konventionalstrafe hätte und es genüge nicht, an einer Sitzung festzuhalten, dass die bisherigen Termine verschoben werden müssten. Erforderlich seien vielmehr die übereinstimmenden Willensäußerungen zweier Personen, um von der Vereinbarung eines neuen Termins auszugehen, welche aber von der Beklagten trotz entsprechendem Hinweis nicht genügend

- 57 - substanziiert unter Nennung der handelnden Personen und geäußerten Willenserklärungen behauptet worden seien (KG act. 2 S. 84-88). b) Die Vorinstanz hat weiter erwogen, dass auch die Behauptung, das überarbeitete Terminprogramm sei anlässlich der Bauherrensitzung vom 13. Dezember 2000 (von einer Bauherrensitzung vom 13. September 2000, wie von der Beklagten geltend gemacht, ist an dieser Stelle des angefochtenen Entscheids nicht die Rede) genehmigt worden, ungenügend substanziiert sei, habe die Beklagte doch nicht einmal dargelegt, wie dieses Terminprogramm ausgesehen habe und auf welche Termine sich die Parteien geeinigt haben sollten. Die vagen Angaben zur Bezugsbereitschaft der Wohnungen würden nicht genügen, zumal sich die Parteien nicht einig seien, mit welcher Wohnungsabgabe der Bauvollendungstermin gewahrt sei (vgl. dazu unten 5.2). Unter Erw. 5.2 auf S. 99 werden die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien wiedergegeben, wonach die Klägerin diesen Termin in der Übergabe der letzten Wohnung erblicke, während die Beklagte der Ansicht sei, die gestaffelte Übergabe der Wohnungen ab September 2001 sei als Bauvollendung anzusehen (KG act. 2 S. 88-89 und S. 99). c) Die Vorinstanz hat erwogen, es sei fraglich, ob der "Übergabetermin" von dem die Beklagte spreche, gleichzeitig Fertigstellungstermin im Sinne der Konventionalstrafenregelung meine oder ob es damit nicht vielmehr nur um die praktische Abwicklung der Wohnungsübergaben gegangen sei (KG act. 2 S. 89-90). Damit scheidet Willkür bereits aus, da die Vorinstanz nirgends festgestellt hat, "Übergabetermin" sei mit "Fertigstellungstermin", "Bauvollendungstermin" und "Bezugstermin" gleichzusetzen und damit entgegen der Darstellung der Beklagten keine Unterscheidung trifft, von der sie selber an anderer Stelle gesagt hätte, diese sei nicht zu treffen. Abgesehen davon, dass auf die Vorbringen der Beklagten gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden kann (wie soeben dargelegt), wäre die Frage, ob sich aus der im Generalplanervertrag enthaltenen Genehmigungsfiktion der Bausitzungsprotokolle und der Nichtbeanstandung derselben durch die Klägerin eine Genehmigung der Terminverschiebungen durch diese oder aber eine Vertragsänderung ergeben könne, eine bundesrechtliche, sodass auch ge-

- 58 - stützt auf § 285 ZPO nicht auf die Vorbringen der Beklagten einzutreten ist (oben II.3). Überdies enthält die Auflistung der Beklagten in RZ 68 ihrer Beschwerde lediglich die in ihre Rechtsschriften übernommenen Feststellungen der Bausitzungsprotokolle und nirgends eine Behauptung, wonach an einer solchen Sitzung eine Willensäußerung der Parteien auf Vereinbarung eines neuen Terminprogramms erfolgt wäre. Die Aktenwidrigkeitsrüge ginge demnach fehl, selbst wenn auf sie eingetreten werden könnte.

Die Beklagte lastet der Vorinstanz auch unter der Überschrift "Blosse Vertragsanwendung" hinsichtlich deren Erwägungen auf S. 90/91, dass die in Anwendung des Vertrages erfolgte jeweilige Terminverschiebung von der Frage, ob die Parteien eine Verschiebung des Bauvollendungstermins vereinbart hätten, klar zu trennen sei, Nichtigkeitsgründe an (KG act. 18/1 RZ 73-74).

E. 17.1

Sie wirft der Vorinstanz einerseits Willkür und andererseits eine falsche Beweislastverteilung vor, indem sie einräume, dass es nicht um den Fall einer Vertragsänderung gehe, sondern um die Vertragsanwendung, dann aber der Beklagten (auf S. 27, 84, 86 des Urteils) die Behauptungs- und Beweislast dafür auferlege, inwiefern eine Vertragsänderung vorliege.

E. 17.2

Wie die Beklagte auch hier erkennt (KG act. 18/1 RZ 74 a.E.), betrifft die Frage der korrekten Beweislastverteilung Bundesrecht, sodass auf diese Rügen in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3). Auf die Willkür- rüge ist nur schon mangels genügender Begründung und Nachweises nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2).

E. 18

Unter den Titeln "T. Missbrauch" und "U. Verwirkung / Untergang der Konventionalstrafe" rügt die Beklagte weiter das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen bezüglich der vorinstanzlichen Erwägung auf S. 91 des Urteils, wonach die Klägerin vor der vollständigen Annahme der Erfüllungshandlungen keinen Anlass und keine Pflicht gehabt habe, die Strafe einzufordern oder einen Vorbehalt zu erklären sowie der Erwägung der Vorinstanz auf S. 94/95, die Klägerin habe den Strafvorbehalt im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR bis zur Übergabe der letzten

- 59 - Wohnung als Ende des Erfüllungsvorgangs anbringen können und die Konventionalstrafe sei nicht verwirkt gewesen, weil die Klägerin sich mit Schreiben vom 15. Januar 2002 die Geltendmachung der Konventionalstrafe vorbehalten habe (KG act. 18/1 RZ 75-79).

E. 18.1

Zur Begründung ihrer Willkür rüge macht die Beklagte geltend, diese Erwägungen ignorierten die gegebene Situation und Vertragslage (Teil 3 / Ziff. 8.5 sowie Ziff. 23.5) und erfolgten in Verletzung des Vertrauensprinzips. Sie lässt Ausführungen folgen, worauf an diesbezüglich von ihr Vorgebrachtem die Vorinstanz nicht eingegangen sei, was auch noch den Gehörsanspruch verletze (KG act. 18/1 RZ 76 sowie RZ 78-79).

E. 18.2

Ein weiteres Mal ist darauf hinzuweisen, dass auf die Rügen der Verletzung des Vertrauensprinzips ungeachtet der geltend gemachten Willkür gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2). Was die Verletzung des Gehörsanspruch angeht, so ist auf diese Rüge ebenfalls nicht einzutreten, da der Vorwurf, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Vorbringen der Beklagten zum Verhalten der Klägerin und dem Vertrauensgrundsatz auseinandergesetzt habe, darauf hinausläuft, der angefochtene Entscheid enthalte nicht alle unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten

massgeblichen Entscheidungsgründe, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin mit freier Kognition prüft (vgl. oben II.3).

E. 19

Die Beklagte ist unter "V. Umfang der Konventionalstrafe" der Auffassung, die Vorinstanz habe mit ihrer Erwägung auf S. 103, der Fertigstellungstermin im Sinn des Generalplanervertrages sei so zu verstehen, dass erst die Bezugsbereitschaft der letzten Wohnung als Bauvollendung anzusehen sei, den Generalplanervertrag willkürlich ausgelegt und das Vertrauensprinzip verletzt (KG act. 18/1 RZ 80).

E. 19.1

Der Begriff der "Bauvollendung" sei nämlich unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände und vor allem dem Verhalten der Parteien offensichtlich anders auszulegen gewesen. Auf S. 43 ff. der Klageantwort sei im Detail dargelegt worden, wie sich die Parteien ab 30. April 2001 auf ein Übergabeprogramm

- 60 - bezüglich der einzelnen Wohnungen geeinigt hätten. Die Beklagte gibt darauf hin die einzelnen Daten wieder, sowie was ihrer Ansicht nach wesentlich für die Auslegung sei (KG act. 18/1 RZ 81).

E. 19.2

Erneut ist darauf hinzuweisen, dass auf die Rügen der Verletzung des Vertrauensprinzips sowie der nicht richtigen Vertragsauslegung ungeachtet der geltend gemachten Willkür gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2).

E. 20

Schliesslich führt die Beklagte unter dem Titel "W. Herabsetzung" die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich der Herabsetzung der Konventionalstrafe auf, und moniert, dass diese mit keinem Wort begründet habe, weshalb eine Konventionalstrafe von Fr. 800'000.– nicht mehr in einem krassen Missverhältnis zu den nicht bestehenden bzw. nicht schützenswerten Interessen der Klägerin (die, wie sie gezeigt habe, keinen Schaden erlitten habe) stehe. Auch ohne die Begründung der Vorinstanz zu kennen, müsse die Höhe von Fr. 800'000.– nach wie vor als krass übersetzt bezeichnet werden (KG act. 18/1 RZ 82-88).

E. 20.1

Die Vorinstanz habe damit den Anspruch der Beklagten auf eine Begründung und damit auf rechtliches Gehör verletzt, andererseits liege Ermessensmissbrauch vor. Weil die Vorinstanz die Aspekte, die im vorliegenden Fall zwingend für eine Reduktion auf Null gesprochen hätten, nicht berücksichtigt habe, liege eine Verletzung von Art. 162 Abs. 3 OR vor (KG act. 18/1 RZ 86-88).

E. 20.2

Mit ihren Ausführungen wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, Art. 161 Abs. 1 und Art. 162 Abs. 3 OR verletzt zu haben, was - wie die Beklagte wiederum grundsätzlich richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 88 a.E.) - als Verletzung von Bundesrecht vom Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin mit freier Kognition geprüft würde, sodass das Kassationsgericht auf diese Rüge nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, oben II.3). Der von der Beklagten gerügte Ermessensmissbrauch ist jedoch entgegen ihrer Ansicht ebenfalls nicht vom Kassationsgericht zu prüfen, da das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei überprüfen würde, ob die Vorinstanz die Herabsetzung nach richterlichem Ermessen

gemäss Art. 163 Abs. 3 OR bundesrechtskonform vorgenommen habe. Das gilt auch hinsichtlich der Fra-

- 61 - ge der genügenden Begründung des Ergebnisses der Herabsetzung im Bereich eines bundesrechtlichen Anspruches (vorliegend Art. 163 Abs. 3 OR), weshalb auch auf die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.3c).

E. 21

Zusammengefasst gelingt es der Beklagten nicht, einen vom Kassationsgericht zu prüfenden Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen, weshalb ihre Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Ausführungen zum Antrag auf einen reformatorischen Entscheid (vgl. KG act. 18/1 S. 2, I. Anträge und RZ 89) erübrigen sich damit. V. Kosten- und Entschädigungsfolge Beide Parteien unterliegen je mit den in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gestellten Anträgen. Ausgangsgemäss werden sie daher kosten- und grundsätzlich auch je der andern Partei entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO). Der für die Bemessung der Gerichtsgebühren für das Kassationsgerichtsverfahren gemäss § 4 i.V.m. § 13 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren massgebende Streitwert der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin beträgt dabei Fr. 1'673'953.40 (KG act. 1 S. 2, entsprechend einer Gerichtsgebühr von Fr. 37'490.–) und derjenige der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten Fr. 826'046.60 (KG act. 18/1 S. 2 i.V.m. KG act. 2 S. 167, entsprechend einer Gerichtsgebühr von Fr. 27'270.–). Da im vorliegenden Fall die Klägerin einen viel grösseren Aufwand hatte, sich zur sehr umfangreichen Beschwerde der Beklagten zu äussern, und die Bearbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten auch für das Kassationsgericht einen erheblich höheren Aufwand verursacht hat, als diejenige der Klägerin, erscheint ungeachtet der Tatsache, dass die Klägerin mit einem höheren Streitwert unterliegt als die Beklagte, eine Wettschlagung der Parteientschädigungen sowie eine hälftige Teilung der Gerichtskosten angemessen.

- 62 - Das Gericht beschliesst:

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