



Geschäfts-Nr. HG090303-O/U/dz

Mitwirkend: Obergerichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, Obergerichter Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Jakob Frei, Werner Furrer und Felix B. Haessig sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Beschluss und Urteil vom 4. September 2012

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Weisung:

(act. 3 S. 1)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 10'714'147.55 nebst Zins zu 5 % auf:

- CHF 2'808'360.– seit 01.01.2008,
- CHF 2'508'080.– seit 01.02.2008,
- CHF 9'041'894.– seit 15.08.2008 (abzüglich Teilzahlung von CHF 4'000'000.– Wert 01.01.2008),
- CHF 162'582.– seit Datum der Klageeinleitung,

zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt.) zulasten der Beklagten und unter Vorbehalt des Nachklage-rechts der Klägerin."

Reduziertes Rechtsbegehren der Klagebegründung:

(act. 6 S. 2)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 10'448'214.65 nebst Zins zu 5 % auf:

- CHF 2'808'360.– seit 01.01.2008,
- CHF 2'507'080.– seit 01.02.2008,
- CHF 9'236'125.20 seit 15.08.2008 (abzüglich Teilzahlung von CHF 4'000'000.– Wert 01.01.2008),
- CHF 89'880.65 seit Datum der Klageeinleitung,

zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt.) zulasten der Beklagten."

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung.....	4
II.	Prozessgeschichte.....	5
III.	Prozessuales.....	5
1.	Geltendes Verfahrensrecht.....	5
2.	Prozessvoraussetzungen.....	6
3.	Teilweiser Klagerückzug	6
4.	Nichteinreichen der Duplik	7
5.	Substantiierungsobliegenheiten	7
IV.	Materielles.....	8
1.	Unstreitiger Sachverhalt.....	8
2.	Normenhierarchie.....	11
3.	Auflösung des Werkvertrages durch die Klägerin.....	12
3.1.	Parteidarstellungen.....	12
3.2.	Ausgangslage.....	14
3.3.	Schuldnerverzug der Beklagten in Bezug auf Akontozahlungen.....	15
3.3.1.	Rechtliche Grundlagen	15
3.3.2.	Vertragsauslegung	15
3.3.3.	Fälligkeit und Verzug der 9. und 10. Akontozahlung.....	24
3.4.	Vertragsrücktritt	38
3.4.1.	Rechtliche Grundlagen.....	38
3.4.2.	Angemessene Nachfrist	39
3.4.3.	Rücktrittserklärung.....	41
3.4.4.	Zwischenfazit.....	41
4.	Anspruch auf Werklohn.....	42
4.1.	Rechtliche Grundlagen.....	42
4.2.	Vergütung nach Massgabe des Vertrages.....	43
4.3.	Effektive Erstellungskosten.....	45
4.4.	Bonus infolge Unterschreitung des Interims-Kostendach-Werkpreises.....	50
4.5.	Bestellungsänderungen.....	54
4.6.	Zusätzliches Totalunternehmerhonorar sowie Nebenkostenpauschale.....	100
4.7.	Minderkosten Budgets	101
4.8.	Zwischenergebnis Werkpreis.....	102
4.9.	Restwerklohnforderung.....	104
4.10.	Zins.....	105
5.	Verrechnungsforderungen der Beklagten	105
5.1.	Erfüllungsinteresse Umbaufertigstellung.....	105
5.2.	Umsatz- und Ertragsausfälle.....	106
5.3.	Aufwand für Mängelbehebungen.....	108
5.4.	Vertrauensschaden.....	116
6.	Ergebnis.....	119
V.	Prozesskosten / Streitwert.....	119
1.	Kosten-/Entschädigungsfolgen.....	119
2.	Mehrwertsteuer.....	121
3.	Streitwert.....	121
	Dispositiv.....	121

Erwägungen:

I. Einleitung

Die Klägerin ist ein Generalunternehmen mit Sitz in C._____, welches unter anderem die Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, die Planung und Ausführung von Neu- und Umbauten und das Projektmanagement bezweckt.

Die Beklagte, welche ihren Sitz in D._____ hat, bezweckt das Betreiben des dortigen Hotel B._____ mit den dazugehörigen Dependancen und Nebengeschäften.

Die Beklagte vergab im Jahre 2007 den Umbau zweier Hotelgebäudeteile, E._____ und E1._____, an die Klägerin. Nachdem gewisse Umbauarbeiten von Letzterer Ende 2007 nicht gemäss dem vereinbarten Terminprogramm fertiggestellt werden konnten und in der Folge die Beklagte die Zahlung von zwei Akontozahlungen verweigerte sowie die Weiterarbeit (zwischenzeitlich) einstellen liess, erklärte die Klägerin im Februar 2008 den Vertragsrücktritt. Die Beklagte liess darauf den Umbau unter Einsetzung einer anderen Bauleitung und vornehmlich durch direkten Vertragsschluss mit den unter der Klägerin als Subunternehmen tätig gewesenen Unternehmern fertig stellen. Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage unter Abzug des bereits von der Beklagten Bezahlten die Leistung ihres Restwerklohnes für das von ihr erstellte (Teil-)Werk. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Vertragsauflösung durch die Klägerin sei ungerechtfertigt erfolgt und macht verrechnungsweise ihren Aufwand der Umbaufertigstellung, Umsatz- und Ertragsausfälle aus der Wintersaison 2007/2008, Aufwand für Mängelbehebungen sowie einen Vertrauensschaden aus falscher Kostenschätzung durch die Klägerin geltend.

II. Prozessgeschichte

Am 10. Dezember 2009 (Poststempel) ging hierorts die Weisung ein (act. 1 und 3). Die Klageschrift datiert vom 15. Februar 2010 (act. 6) und wurde von der Klägerin innert der ihr angesetzten und erstreckten Frist (Prot. S. 2) nachgereicht. Die Beklagte erstattete am 1. Juni 2010 die Klageantwort (act. 14), worauf am 28. September 2010 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung stattfand (Prot. S. 7 f.). Da die Parteien sich nicht einigen konnten, wurde das Verfahren mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 7. Oktober 2010 unter Hinweis auf die Substantiierungsobliegenheiten beider Parteien schriftlich fortgesetzt (act. 17, Prot. S. 9). Die Klägerin reichte am 9. Februar 2011 die Replik ins Recht (act. 22), worauf der Beklagten Frist bis zum 8. März 2011 angesetzt wurde, um die Duplik einzureichen (Prot. S. 10). Nachdem bis zu diesem Termin die Duplik nicht erstattet worden war, gelangte der beklagte Rechtsvertreter mit Eingabe vom 15. März 2011 und Ergänzung vom 16. März 2011 mit einem Gesuch um Fristwiederherstellung an das Handelsgericht (act. 25 und 26). Das Gesuch wurde der Klägerin am 18. März 2011 zur Stellungnahme unterbreitet (Prot. S. 11 und act. 32). In der Folge wurde das Fristwiederherstellungsgesuch der Beklagten mit Beschluss vom 6. Mai 2011 abgewiesen, die zwischenzeitlich von selbiger eingereichte und als Duplik bezeichnete Eingabe vom 21. März 2011 samt Beilagen aus dem Recht gewiesen und das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 12 ff., act. 34). Auf eine von der Beklagten gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde trat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes mit Urteil vom 4. August 2011 nicht ein (act. 39). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

III. Prozessuales

1. Geltendes Verfahrensrecht

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272) in Kraft. Gemäss deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten rechtshängig sind, das bisherige (alte) Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der

betroffenen Instanz. Das vorliegende Verfahren wurde – wie bereits erwähnt – am 10. Dezember 2009 hierorts rechtshängig gemacht (act. 1 und 3), weshalb nach wie vor das bisherige Verfahrensrecht – ausgenommen Rechtsmittel gegen dieses Urteil – zur Anwendung gelangt.

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich unstreitig aus Ziff. 1 der im Lichte von Art. 9 GestG zulässigen Vereinbarung der Parteien vom 27. Januar 2009; darin vereinbarten diese als (ausschliesslichen) Gerichtsstand Zürich (act. 7 S. 2). Da die Streitigkeit mit dem Sitz der Klägerin in C._____ auch einen ausreichenden örtlichen Bezug zum hiesigen Gerichtsstand aufweist, stellt sich die Frage einer Ablehnung der Zuständigkeit in Anwendung von Art. 9 Abs. 3 GestG nicht. Nachdem beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind und Streitwert sowie Streitgegenstand den Anforderungen von § 62 GVG entsprechen, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu Recht unbestritten geblieben (§§ 62 Abs. 1 und 64 Ziff. 1 GVG i.V.m. § 18 Abs. 1 ZPO/ZH; vgl. act. 6 Rz. 205, act. 7 S. 2 Ziff. 1 und act. 14 Rz. 1.5.2).

2.2. Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind erfüllt (§ 108 ZPO/ZH).

3. Teilweiser Klagerückzug

Die Klägerin machte die vorliegende Klage mit Einreichen der Weisung vom 10. September 2009 am 10. Dezember 2009 (Poststempel) hierorts anhängig (act. 1 und 3). Der mit dem eingereichten Rechtsbegehren der Weisung geforderte Betrag von CHF 10'714'147.55 wurde von ihr in der Folge mit Einreichen der Klagebegründung vom 15. Februar 2010 auf CHF 10'448'214.65 reduziert (act. 6 S. 2 und Rz. 204). Eine solche Beschränkung des Rechtsbegehrens erweist sich als zulässig und es ist darin ohne Weiteres ein Klagerückzug im Umfang des Differenzbetrages von CHF 265'932.90 zu erblicken (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 7 zu § 107). Das Verfahren ist daher insoweit als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

4. Nichteinreichen der Duplik

Eine Partei, welche der Verhandlung für Replik oder Duplik oder für weitere Vorträge fernbleibt oder die Frist für eine entsprechende Rechtsschrift versäumt, ist mit ihrem Vortrag oder ihrer Rechtsschrift ausgeschlossen (§ 132 ZPO/ZH). Dementsprechend wurde der Beklagten mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 11. Februar 2011 anlässlich der Fristansetzung zur schriftlichen Erstattung der Duplik angedroht, dass bei Säumnis Verzicht auf Duplik angenommen werde (Prot. S. 10 Dispositiv-Ziff. 2). Die Beklagte reichte innert der ihr angesetzten Frist keine Duplik ein. Das von ihr gestellte Fristwiederherstellungsgesuch wurde in der Folge mit Beschluss vom 6. Mai 2011 abgewiesen, da in Bezug auf die Säumnis des beklaglichen Vertreters von einem groben Verschulden auszugehen sei (act. 34 S. 3 ff.). Auf die Erwägungen des letztgenannten Beschlusses kann hier vollumfänglich verwiesen werden; sie erweisen sich nach wie vor als zutreffend. Demnach liegt in Bezug auf das Einreichen einer Duplik Säumnis vor und es ist androhungsgemäss zu verfahren. Der samt Beilagen aus dem Recht gewiesenen (Prot. S. 14) und als Duplik bezeichneten Eingabe der Beklagten vom 21. März 2011 wird daher in der Folge keine Beachtung geschenkt.

5. Substantiierungsobliegenheiten

Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzulegen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO/ZH). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtsschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht. Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinandersetzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgebefschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchfüh-

rung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantiierungshinweisen seitens des Gerichts. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Wo der rechtskundig vertretene Kläger nicht alle rechtsbegründenden Tatsachen vorträgt, ist die Annahme berechtigt, dass sich die betreffenden Tatsachen nicht verwirklicht haben und aus diesem Grund nicht behauptet wurden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (BGE 127 III 365 E. 2.b; ZR 102 [2003] Nr. 15; ZR 79 [1980] Nr. 130, ZR 84 [1985] Nr. 52; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130 ZPO/ZH).

In Nachachtung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH wurden den Parteien mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 7. Oktober 2010 Hinweise zur Erfüllung ihrer Substantiierungsobligenheit erteilt (act. 17 S. 2 ff.). Beide Parteien wurden insbesondere darauf hingewiesen, dass die Grundlagen der geltend gemachten Forderungen mit Bezug auf den Sachverhalt ausreichend darzustellen seien. Auf die einzelnen, detaillierten Hinweise wird im jeweils einschlägigen Zusammenhang einzugehen sein.

IV. Materielles

1. Unstreitiger Sachverhalt

Der relevante Sachverhalt stellt sich in seinen wesentlichen Eckpunkten – soweit unbestritten – wie folgt dar: Zwischen den Parteien war bereits im Jahre 2006 und auch den Jahren davor der Umbau der Gebäudeteile E._____ sowie E1._____

Thema. Es wurden in verschiedenen Projektstadien Grobkostenschätzungen durch die Klägerin vorgenommen. Die Ausarbeitung des Projekts erfolgte schliesslich durch die Architekten der Beklagten, F._____ AG. Nach Vorstellung und Diskussion eines von der F._____ AG ausgearbeiteten Planbuchs an der Bauherrensitzung vom 1. November 2006 erstellte die Klägerin am 17. November 2006 eine Grobkostenschätzung in der Höhe von etwa CHF 19,7 Mio. (zuzügl. MWSt.; act. 6 Rz. 7 ff., act. 14 Rz. 3.7 ff.). In der Folge führte die Beklagte mit Ausschreibung vom 23. Januar 2007 für den Umbau des E._____ und der E1._____ eine Totalunternehmersubmission durch. Der Umbau sollte am 10. April 2007 beginnen. Die eingehenden Offerten lagen alle im Preisrahmen zwischen CHF 31 Mio. und CHF 33 Mio., diejenige der Klägerin datierte vom 2. März 2007 und belief sich auf CHF 31,35 Mio. (zuzügl. MWSt.), wobei es sich um einen Werkpreis mit "Kostendach" handelte (zur rechtlichen Qualifikation siehe unten Ziff. IV.4.4.1.). Da der Werkpreis für die Beklagte zu hoch war, erfolgten Verhandlungen zwischen den Parteien über Einsparmöglichkeiten und Verzichte im Pflichtenheft. Schliesslich wurde der Werkumfang angepasst und der Beklagten ein revidiertes TU-Angebot vom 26. März 2007 unterbreitet (act. 6 Rz. 11 ff., act. 14 Rz. 3.16 ff., act. 22 Rz. 146 ff.).

Hierauf erfolgte am 27. März 2007 der Zuschlag durch die Beklagte, welche der Klägerin mitteilen liess, die Arbeiten seien gemäss Gesamtleistungsverzeichnis (nachfolgend GLV) der Totalunternehmersubmission, gemäss TU-Angebot vom 2. März 2007 sowie dem revidierten TU-Angebot vom 26. März 2007 an sie vergeben worden. Der nachfolgend von der Bauherrenbegleitung der Beklagten G._____ AG (nachfolgend G'._____) vorbereitete Werkvertrag, der einen Kostendach-Werkpreis von CHF 24,93 Mio. vorsah, wurde von der Klägerin am 2. Mai 2007 und von der Beklagten am 11. Juni 2007 unterschrieben (act. 6 Rz. 17 ff., act. 14 Rz. 3.13, 3.26 ff. und 6.17, vgl. auch act. 8/23 S. 23). Gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung der Klägerin übernahm sie mit diesem Datum die Beauftragung der bislang im direkten Vertragsverhältnis zur Beklagten tätigen Planer F._____ AG für die Architektur und H._____ AG für die Haustechnikplanung (act. 14 Rz. 3.34, act. 22 Rz. 166).

Die Klägerin begann mit den Umbauarbeiten im April 2007. Am 21. Dezember 2007 wurden zwölf der 13 Zimmer (exkl. die Penthouse-Suite) des Gebäudeteils E._____ an die Beklagte übergeben. Die Übergabe des 13. Zimmers (Nr. ...) erfolgte am 24. Januar 2008. Die zum Gebäudeteil E._____ gehörende Penthouse-Suite war im Jahre 2007 noch nicht bezugsbereit (act. 6 Rz. 56 f., act. 14 Rz. 3.39 ff. und 7.77). Die Gebäudehülle des Gebäudeteils E1._____ war per Weihnachten 2007 grundsätzlich fertiggestellt (vorbehalten verschiedener Auffassungen der Parteien über die Dichtigkeit des Dachs; act. 6 Rz. 59, act. 14 Rz. 8.2, act. 22 Rz. 402; dazu unten Ziff. IV.2.4.3.1.).

Nachdem die Beklagte im Verlaufe des Jahres 2007 die ersten acht Akontozahlungen gemäss Werkvertrag über total CHF 10,54 Mio. (zuzügl. MWSt.) beglichen hatte, hielt sie sowohl die Leistung der neunten als auch der zehnten Akontozahlung in der Gesamthöhe von CHF 4,94 Mio. unter Bezugnahme auf den aus ihrer Sicht unzureichenden Baufortschritt und dessen Folgen zurück. Am 7. Februar 2008 verhängte die Beklagte einen Baustopp bis Anfang April 2008. Darauf erklärte die Klägerin mit Schreiben und Faxschreiben vom 11. Februar 2008 gegenüber der Beklagten, die Voraussetzungen für eine weitere Zusammenarbeit seien seitens der Beklagten nicht mehr gegeben, und setzte ihr eine Frist bis zum 15. Februar 2008, um die ausstehenden beiden Akontozahlungen zu leisten. Nachdem keine Zahlung erfolgte und die Beklagte ihrerseits mit Schreiben vom 11. Februar 2008 und E-Mail vom 15. Februar 2008 dargelegt hatte, weshalb die Akontozahlungen zurückgehalten und unter welchen Bedingungen diese geleistet würden, erklärte die Klägerin am 19. Februar 2008 den Vertragsrücktritt. Diesen bestätigte sie nach erfolglosen Gesprächen mit der Beklagten mit Schreiben vom 27. Februar 2008 und teilte mit, sie werde den Bau mit Stichtag 1. März 2008 abrechnen. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 29. Februar 2008, sie akzeptiere den vorgeschlagenen Stichtag, nicht jedoch den erklärten Vertragsrücktritt als solchen (act. 6 Rz. 59 ff., act. 14 Rz. 3.49 ff. und 8.4 ff.). Die Klägerin teilte darauf am 10. März 2008 mit, sie habe die Verträge mit ihren Subunternehmern beendet. Die Beklagte übertrug in der Folge die Umbaufertigstellung an die Bauleitung I1._____, ein Konsortium bestehend aus der I1._____ AG und der I2._____ AG, und schloss mit fast allen Subunternehmern, die bisher für die Klägerin tätig ge-

worden waren, direkte Verträge zur Fertigstellung der Arbeiten ab (act. 14 Rz. 3.65 und 3.76, act. 22 Rz. 209. ff.).

Am 9. Juli 2008 stellte die Klägerin der Beklagten ihre (Schluss)Rechnung samt Beilagen über den Betrag von CHF 14'551'565.20 (inkl. MWSt.) zu. Diese wurde von der Beklagten nicht beglichen und es erfolgte am 14. August 2008 eine Mahnung durch die Klägerin. Am 1. Oktober 2008 leistete die Beklagte der Klägerin eine (Akonto)Zahlung von CHF 4 Mio.. Nachdem sich die Klägerin bereits im September 2008 an einer Mängelaufnahme beteiligt hatte, nahm sie in der Folge in Bezug auf die von ihr anerkannten Mängel Nachbesserungsarbeiten vor. Bis auf zwei Positionen, aus welchen die Beklagte einen Verrechnungsanspruch ableitet (siehe dazu unten Ziff. IV.5.3), konnten die Mängelbehebungen zwischen den Parteien erledigt werden (act. 6 Rz. 81 ff., act. 14 Rz. 3.70 ff. und 8.34 ff.).

2. Normenhierarchie

Die Parteien haben in Ziff. 2.3 des Werkvertrags vom 2. Mai/11. Juni 2007 die einzelnen Vertragsbestandteile bestimmt, indem sie verschiedene Vertragsdokumente als eigentliche Vertragsbestandteile in einer Rangfolge aufgezählt haben (act. 6 Rz. 25, vgl. act. 8/23 S. 4). Auf diese wird nur insoweit einzugehen sein, als sich die Parteien im Einzelnen darauf berufen und sie damit in den Prozess einführen. Wenn im Folgenden vom Werkvertrag (WerkV) die Rede ist, so ist – ohne nähere Spezifikation – die Hauptvertragsurkunde des Werkvertrages vom 2. Mai/11. Juni 2007 (act. 8/23) gemeint. Zusätzlich wurden – soweit sie den vorgenannten Dokumenten nicht widersprechen – ergänzende Vertragsbestandteile für anwendbar erklärt, insbesondere die SIA-Norm 118 sowie schliesslich die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts. Die Parteien gehen in ihren Rechtsschriften denn auch von der Anwendbarkeit der Bestimmungen der SIA-Norm 118 sowie des Schweizerischen Obligationenrechts aus (vgl. nur act. 14 Rz. 4.6 ff. und act. 22 Rz. 239 ff.). Auf jene ist daher im Folgenden zu greifen, falls die Parteien keine vorrangigen Vertragsabreden geltend machen.

3. Auflösung des Werkvertrages durch die Klägerin

3.1. Parteidarstellungen

Die Klägerin begründet ihren Vertragsrücktritt in der Klageschrift im Wesentlichen damit, die Beklagte habe die neunte Akontozahlung über CHF 2,61 Mio. (zuzügl. MWSt.), welche am 31. Dezember 2007 fällig gewesen sei, sowie die zehnte Akontozahlung über CHF 2,33 Mio. (zuzügl. MWSt.), welche am 31. Januar 2008 fällig gewesen sei, nicht bezahlt. Dabei hätten per 23. Januar 2008 den Zahlungen der Beklagten im Gesamtbetrag von CHF 10,54 Mio. (zuzügl. MWSt.) bereits Baukosten von etwa CHF 14,715 Mio. gegenüber gestanden. Diese Zahlungseinstellung sei für die Klägerin schlicht nicht nachvollziehbar gewesen, da sie den Gebäudeteil E._____ vereinbarungsgemäss vor Weihnachten 2007 abgeliefert habe, obwohl die Beklagte die Bauarbeiten in verschiedener Hinsicht verzögert und zahlreiche Bestellungenänderungen vorgenommen habe. Auch hätte die verspätete Übergabe des [Gebäudeteils] E._____ und die dort festgestellten untergeordneten Mängel offensichtlich keinen Zahlungsrückbehalt von CHF 4,94 Mio. (zuzügl. MWSt.) gerechtfertigt. Zudem sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, am 7. Februar 2008 einen Baustopp bis Anfang April 2008 zu verfügen, womit sie erneut einen von ihr selbst gesetzten Fertigstellungstermin gefährdet habe. In Ziff. 3.1 WerkV sei ein Zeitfenster für Bauarbeiten von 6.30 Uhr bis 12.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 21.00 Uhr vereinbart worden. Für die Sommersaison sei zwar eine Einschränkung für lärmige Arbeiten und für die Zeit vom 9. bis zum 25. Juli 2007 ein gänzlicher Unterbruch der Bauarbeiten vorgesehen worden, dies habe allerdings nicht für die Wintersaison gegolten. Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 11. Februar 2008 und unter Androhung einer Vertragsbeendigung auf die genannten Umstände hingewiesen und ihr eine viertägige Zahlungsfrist gesetzt habe und die Beklagte mit Schreiben ebenso vom 11. Februar 2008 und E-Mail vom 15. Februar 2008 klargestellt habe, dass vor der Zustellung eines revidierten Zahlungsplanes sowie eines überarbeiteten Bauprogramms keine weiteren Zahlungen ausgelöst würden, habe sich die Klägerin zum Vertragsrücktritt gezwungen gesehen (act. 6 Rz. 59 ff.).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe durch ihre eigenmächtige Vertragsbeendigung den Werkvertrag gebrochen. Sie, die Beklagte, sei

zum Zurückbehalten der fraglichen Akontozahlungen berechtigt gewesen. Im Werkvertrag sei vereinbart worden, dass die Zahlungen an die Fertigstellung der Arbeiten gemäss Terminprogramm geknüpft seien. Die Klägerin habe mit dem Baufortschritt zurück gelegen, indem der Gebäudeteil E._____ einschliesslich der Penthouse Suite sowie die Gebäudehülle des Gebäudeteils E1._____ am 14. Dezember 2007 nicht fertiggestellt gewesen seien, und habe damit den Betrieb des Hotels massiv eingeschränkt. Überdies sei die von der Klägerin ohne vorherige Mahnung angesetzte Zahlungsfrist von vier Tagen viel zu kurz gewesen. Einer Lösung, wonach sicherheitshalber die strittigen Akontozahlungen hinterlegt worden wären, habe sie sich verweigert. Auch sonst könne die Klägerin keinen Grund für ihren Rücktritt vorbringen (act. 14 Rz. 4.6 ff.). Im Weiteren habe es sich beim Schreiben der Klägerin vom 19. Februar 2008 lediglich um einen "vorsorglichen Rücktritt vom Vertrag" gehandelt, worin lediglich eine Nachfristsetzung zu erblicken sei, um das Schicksal des Werkvertrages besprechen zu können. Den "definitive Vertragsrücktritt" habe die Klägerin erst mit Brief vom 27. Februar 2008 ausgesprochen (act. 14 Rz. 3.57 ff. und 8.52 ff.).

Replicando präzisiert die Klägerin hinsichtlich des ihrer Ansicht nach bestandenen Zahlungsverzuges der Beklagten, der Werkvertrag sehe in Ziff. 4.8 vor, dass die Akontozahlungen im Sinne eines bestimmten Verfalltages jeweils spätestens innert 30 Tagen ab Teilrechnungsdatum zur Zahlung fällig gewesen seien. Der entsprechende Zahlungsplan habe zwanzig Akontozahlungen samt Terminen festgelegt. Weiter sei vereinbart worden, dass der Zahlungsplan entsprechend dem Baufortschritt und dem kompletten Fertigstellungstermin (Ziel 21. Dezember 2007 für den Gebäudeteil E1._____) Mitte Oktober 2007 nochmals beurteilt werden solle. Auf einen neuen Zahlungsplan hätten sich die Parteien jedoch nicht geeinigt. Aus der konkreten Ausgestaltung des Zahlungsplanes folge, dass die Parteien keine verbindlichen Zwischenziele (z.B. Betonierung Decke 1. UG etc.) als Bedingung für den Verfall einzelner Akontozahlungen vereinbart hätten. Es hätten keine Parameter existiert, welche eine Überprüfung des Verhältnisses von Baufortschritt und bereits erbrachten Zahlungen zugelassen hätten. Bei der Abfassung des Zahlungsplans sei denn auch mit keinem Wort darüber gesprochen worden, dass Zahlungsplan und Baufortschritt jederzeit die von der Beklagten verlangte Über-

einstimmung aufweisen sollten. Die Beklagte sei daher nicht berechtigt gewesen, ihre Zahlungen Ende 2007 unter Berufung auf einen Rückstand im Baufortschritt einzustellen und eine Anpassung des Zahlungsplans zu verlangen. Würde allerdings mit der Beklagten auf den Stand der Arbeiten im Zeitpunkt der Zahlungstermine abgestellt, so stünden für die Beurteilung des Baufortschritts lediglich die Vertragstermine gemäss Ziff. 3.1 WerkV zur Verfügung. Diesbezüglich sei jedoch relevant, dass die Beklagte eine Verzögerung der Bauarbeiten verschuldet habe, was nach Ziff. 3.4 und 3.5 WerkV ohne Weiteres eine Verschiebung der im Vertrag vorgesehenen Bezugstermine um die Dauer dieser Verzögerung zur Folge gehabt habe. Zudem seien bei Zahlungsrückbehalt lediglich bescheidene Verzögerungen in der Penthouse-Suite und bei der Gebäudehülle der E1._____ zur Diskussion gestanden, deren Gegenwert nicht einmal 10% des von der Beklagten zurückbehaltenen Werklohnes erreicht habe (act. 22 Rz. 3 ff.). Überdies sei es der Klägerin nach dem von der Beklagten verfügten Baustopp nicht mehr möglich gewesen, vertragskonform zu arbeiten und ... [den Gebäudeteil] E1._____ bis Ende Juni 2008 fertigzustellen. Auch die Fertigstellung der Penthouse-Suite sei nicht mehr möglich gewesen. Diese Obstruktion in der Vertragserfüllung durch die Beklagte habe der Klägerin ein zusätzliches Recht verliehen, den Vertrag vorzeitig zu beenden (act. 22 Rz. 18).

3.2. Ausgangslage

Mit Schreiben vom 19. Februar 2008 erklärte die Klägerin unstreitig, sie trete vom Vertrag zurück (act. 6 Rz. 73, act. 14 Rz. 3.57). Dass sie dies "vorsorglich" tat, schmälert die Wirkung der Erklärung als solche keineswegs, da eine vorsorglich vorgenommene Handlung nicht mit einer vorläufigen bzw. provisorischen Erklärung gleichzusetzen ist, welche noch einer Bestätigung bedarf. Vorsorglich bedeutet nichts anderes als vorsichtshalber. Aus diesem Grunde geht die Ansicht der Beklagten fehl, die Klägerin habe erst mit ihrem Schreiben vom 27. Februar 2008 den Rücktritt vom Vertrag erklärt (act. 14 Rz. 3.61 f., 8.53 f.). Mithin ist massgeblich, ob die Klägerin am 19. Februar 2008 zu einem Rücktritt vom Werkvertrag berechtigt gewesen ist. Als Grundlage einer solchen Berechtigung kommen nach den Ausführungen der Klägerin in tatsächlicher Hinsicht einerseits Schuldnerverzug der Beklagten infolge Nichtleistung der 9. oder 10. Akontozahlung und

andererseits Gläubigerverzug der Beklagten infolge Verfügung des Baustopps vom 7. Februar 2008 oder Unterlassung von ihr obliegenden Mitwirkungshandlungen in Frage.

3.3. Schuldnerverzug der Beklagten in Bezug auf Akontozahlungen

3.3.1. Rechtliche Grundlagen

Im Werkvertragsrecht des OR untersteht der Verzug des Bestellers mit einer fälligen Vergütungsleistung, auch mit einer fälligen Vorauszahlung, nach Voraussetzungen und Wirkungen den allgemeinen Gesetzesbestimmungen über den Schuldnerverzug, also Art. 102 ff. OR (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1274; so bereits BGE 25 II 399). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR).

3.3.2. Vertragsauslegung

Für die Frage des Verzuges berufen sich beide Parteien auf die einschlägige Ziff. 4.8 WerkV in Verbindung mit den dort genannten Vertragsbeilagen und mit anderen Vertragsziffern (act. 14 Rz. 4.22 f. und 8.55 f., act. 22 Rz. 3, 245 und 461 f.). Es bestehen allerdings unterschiedliche Auffassungen darüber, was mit diesen Vertragsbestimmungen vereinbart wurde. Sie sind daher auszulegen.

3.3.2.1. Allgemeine Auslegungsregeln des Obligationenrechts

Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Ver-

wendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 131 III 611, BGE 132 III 632, BGE 119 II 372; statt vieler GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (GAUCH ET AL., a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.).

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, 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 (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1209 m.H.a. BGE 113 II 438 und BGE 131 III 612). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der klare, entscheidende Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

3.3.2.2. Konkrete Vorgehensweise

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH ET AL., a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 123).

Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis.

3.3.2.3. Relevante Bestimmungen

Der Inhalt der von den Parteien im vorliegenden Zusammenhang vorgebrachten Bestimmung präsentiert sich im Wesentlichen wie folgt (act. 8/23 S. 8; act. 14 Rz. 4.22 und 8.55, act. 22 Rz. 3 ff., Rz. 245 f. und 461 f.):

"4.8 Die Zahlungen gemäss Zahlungsplan (Beilage 10) sind im Sinne eines bestimmten Verfalltages (Art. 102 Abs. 2 OR) jeweils spätestens innert 30 Tagen ab Teilrechnungsdatum zur Zahlung fällig. [...]

[...]

Sämtliche Zahlungen sind nur unter der Voraussetzung geschuldet, dass die jeweiligen Arbeiten gemäss Terminprogramm (Beilage 10) fertiggestellt und die Bedingungen gemäss Ziff. 10.2 dieses Werkvertrages eingehalten sind. [...]

[...]"

Der als solcher betitelte Zahlungsplan (Vertragsbeilage 10 = act. 8/28) enthält eine Liste von 20 Akontozahlungen, jeweils unter Angabe eines Fälligkeitsdatums (9. Akonto: 31. Dezember 2007; 10. Akonto: 31. Januar 2008) sowie eines Betrages exkl. und eines solchen inkl. Mehrwertsteuer. Am Ende des Dokumentes findet sich der folgende Hinweis (act. 14 Rz. 3.30, act. 22 Rz. 3):

"Der Zahlungsplan wird entsprechend dem Baufortschritt und dem kompletten Fertigstellungstermin (Ziel 21.12.07 für den Gebäudeteil E1._____) gemäss Ziff. 3.1 dieses Vertrages Mitte Oktober 2007 nochmals beurteilt."

Es wird in Ziff. 4.8 WerkV überdies auf ein Terminprogramm verwiesen, allerdings mit einem Hinweis in Klammern auf Vertragsbeilage 10. Das Terminprogramm (Vertragsbeilage 9 = act. 8/27) enthält Termine für verschiedene, pauschal bezeichnete Ereignisse wie gewisse Arbeiten im Rahmen der Werkausführung, Abnahmen von Gebäudeteilen und den Beginn der Sommer- und Wintersaison 2007. Dieses Terminprogramm bildet gemäss unbestrittener Sachdarstellung eine bloss interne Umsetzung der Terminvorgaben in Ziff. 3.1 WerkV, auf welche auch im oben wiedergegebenen Hinweis am Ende des Zahlungsplans verwiesen wird und welche unter anderem die folgenden Termine enthält (act. 14 Rz. 3.30 und 6.22 f., act. 22 Rz. 164 und 296 ff.):

"3.1 [...]

Fertigstellung Gebäudeteil E._____) inkl. Penthouse Suite und Gebäudehülle Gebäudeteil E1._____	14.12.2007
---	------------

Fertigstellung Innenausbau des Gebäudeteils E1._____	27.06.2008
---	------------

Mitte Oktober 2007 wird beurteilt, ob die komplette Fertigstellung per 21.12.07 (Ziel), bzw. möglichst viele Geschosse mit Hotelzimmern/Suiten, erfolgt

[...]"

Ebenso wird von der Beklagten auf Ziff. 3.3 WerkV hingewiesen, welche lautet (act. 8/23 S. 5 f.; act. 14 Rz. 4.23, act. 22 Rz. 8 und 245 f.):

"3.3 Der TU verpflichtet sich alles zu unternehmen, um die garantierten Fertigstellungstermine zu gewährleisten, eine Konventionalstrafe wird nicht vereinbart.

Die Bauherrschaft behält sich bei Terminverzögerungen entsprechende Schadenersatzansprüche und Zahlungsabzüge vor. [...]

3.3.2.4. Fälligkeit und Verzug nach dem Grundsatz von Ziff. 4.8 Abs. 1 WerkV

Der grundsätzliche Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Akontozahlungen ist in Ziff. 4.8 Abs. 1 WerkV mit "jeweils spätestens innert 30 Tagen ab Teilrechnungsdatum" an sich eindeutig definiert. Unklarheiten können sich angesichts dieser auf das Teilrechnungsdatum abstellenden Definition allerdings mit Blick auf die fixen Fälligkeitstermine im Zahlungsplan ergeben, die jeweils auf das Ende eines Monats festgesetzt wurden. Solche allfälligen Unklarheiten spielen vorliegend jedoch keine Rolle. Die Teilrechnung für die 9. Akontozahlung datiert unstreitig vom 22. November 2007 und diejenige für die 10. Akontozahlung vom 5. Dezember 2007 (act. 6 Rz. 61-63, act. 14 Rz. 8.4). Die Klägerin beruft sich darauf, die 9. Akontozahlung sei am 31. Dezember 2007 und die 10. Akontozahlung am 31. Januar 2008 fällig gewesen (act. 6 Rz. 61). Diese Zeitpunkte stimmen mit den Fälligkeitsterminen im Zahlungsplan überein und liegen jeweils mehr als 30 Tage nach dem Teilrechnungsdatum. Es ist daher ohne Weiteres davon auszugehen, dass die 9. und 10. Akontozahlung allein gemessen an Ziff. 4.8 Abs. 1 WerkV am 31. Dezember 2007 bzw. am 31. Januar 2008 fällig gewesen sind. Mit der Fälligkeit würde nach der vorgesehenen Verfalltagabrede ("im Sinne eines bestimmten Verfalltages (Art. 102 Abs. 2 OR)") auch der Verzugseintritt einhergehen (vgl. act. 14 Rz. 8.55 und act. 22 Rz. 424; davon zu unterscheiden ist allerdings die unter den Parteien umstrittene und hier letztlich nicht zu entscheidende Frage, ob darin auch eine Abrede nach Art. 108 Ziff. 3 OR zu sehen ist, siehe dazu unten Ziff. IV.3.4.2.). Dies kann aber erst von Belang sein, wenn die Zahlungen überhaupt fällig geworden sind. Diesbezüglich wendet die Beklagte nun im Wesentlichen ein, die Fälligkeit der Zahlungen sei an einen bestimmten Baufortschritt geknüpft worden. Im Folgenden ist zu ermitteln, ob darin der mutmassliche Wille der Parteien bestand.

3.3.2.5. Mutmasslicher Vertragswille

a) Wortlaut und Systematik

Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut. Der Abs. 3 von Ziff. 4.8 WerkV knüpft die Leistungspflicht *sämtlicher* Zahlungen an die zusätzliche Voraussetzung, dass "die jeweiligen Arbeiten gemäss Terminprogramm (Beilage 10) fertiggestellt" sein müssen. Es wird nun aber aus der Bestimmung selbst nicht ohne Weiteres klar, um die Fertigstellung welcher "jeweiligen Arbeiten" es sich dabei handelt.

Das "Terminprogramm" bildet Vertragsbeilage 9, während es sich beim Zahlungsplan um die Vertragsbeilage 10 handelt (vgl. auch das Inhaltsverzeichnis des Werkvertrages, act. 8/23 S. 2). Der Zahlungsplan wird mit entsprechendem Klammervermerk auch bereits in Ziff. 4.8 Abs. 1 WerkV als solcher genannt. Im Terminprogramm bzw. in Ziff. 3.1 WerkV finden sich verschiedene Fertigstellungstermine. Diese beziehen sich zwar nicht auf einzelne, im Detail umschriebene Arbeiten, allerdings auf die Fertigstellung von bestimmten Gebäudeteilen, Gebäudehüllen oder Innenausbauten im Sinne von grösseren Meilensteinen (Gebäudeteil E._____ oder E1._____). Dagegen findet sich im Zahlungsplan gar keine Anknüpfung an oder nähere Darstellung von Arbeiten. Dort sind (Fälligkeits-)Termine lediglich für die Akontozahlungen genannt. Auf den Baufortschritt wird lediglich in genereller Weise in der Schlussbemerkung Bezug genommen, indem eine nochmalige Beurteilung des Zahlungsplanes Mitte Oktober "entsprechend dem Baufortschritt und dem kompletten Fertigstellungstermin (Ziel 21.12.07 für den Gebäudeteil E1._____)" in Aussicht gestellt wird (act. 14 Rz. 3.30, act. 22 Rz. 3). Der Zahlungsplan selber enthält also keine ausdrückliche Verknüpfung mit einem bestimmten Baufortschritt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Verweis in Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV auf den Zahlungsplan, wofür einzig der Hinweis in Klammern auf "Beilage 10" sprechen könnte, keinen Sinn ergeben würde, da keine "jeweiligen Arbeiten gemäss" Beilage 10, d.h. dem Zahlungsplan definiert wurden. Auch wenn grundsätzlich davon auszugehen ist, dass den einzelnen, im Zahlungsplan festgesetzten Akontozahlungen jeweils bestimmte Arbeiten zugrunde liegen dürften, so werden diese doch in keiner Weise näher ausgeführt. Eine Überprüfbarkeit wäre so schlichtweg nicht

möglich und der Vorbehalt in Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV insofern ohne jede Wirkung. Es ist nun allerdings nicht ohne Weiteres davon auszugehen, die Parteien hätten eine Klausel ohne jede Wirkung vereinbaren wollen. In der Tat würde ausserdem nicht einleuchten, worauf auch die Klägerin hinweist (act. 22 Rz. 4), weshalb im Monat Juli 2007, während welchem die Parteien einen über zweiwöchigen Bauunterbruch vereinbarten (act. 6 Rz. 67, act. 14 Rz. 8.12), sich dieser Bauunterbruch bei einer Anknüpfung an bestimmte Arbeiten nicht in der Höhe der auf Ende Juli 2007 zu leistenden Akontozahlung widerspiegelt, welche mit CHF 1'170'000 genau die gleiche Höhe wie diejenige für den Vormonat Juni 2007 aufweist. Überhaupt spricht der Umstand, dass viele der Akontozahlungen genau den selben Betrag aufweisen (vgl. act. 8/28: CHF 1,17 Mio. für Juni und Juli 2007, Februar, und Mai 2008; CHF 0,79 Mio. für Mai 2007 und März, April sowie September 2008 etc.) gegen eine Kopplung der Höhe der Akontozahlungen an einen genau definierten Baufortschritt. Vielmehr wurde mit der abstrakten Bestimmung der einzelnen Vorauszahlungen offensichtlich in Kauf genommen, dass das Total der Zahlungen mitunter vom Gegenwert des auf der Baustelle bereits vorhandenen Werks abweichen konnte.

Der Wortlaut sowie die Systematik des Werkvertrages sprechen daher klar dafür, dass Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV mit der Fertigstellung der "jeweiligen Arbeiten gemäss Terminprogramm" auch das tatsächliche Terminprogramm (Beilage 9) meint. Der Klammerverweis auf Beilage 10 ist daher als offensichtlicher Verschrieb zu verstehen. Dass sich unten auf dem Zahlungsplan die Bemerkung findet, Mitte Oktober 2007 werde der Zahlungsplan entsprechend dem Baufortschritt, insbesondere mit Blick auf das Ziel, den Gebäudeteil E1. _____ bereits per 21. Dezember 2007 fertigzustellen, neu beurteilt (worauf auch in Ziff. 3.1 WerkV Bezug genommen wird), ändert an dieser Beurteilung nichts. Es wurde von keiner der Parteien dargelegt, eine solche konsensuale Änderung des Zahlungsplans bzw. der Fälligkeitstermine der Akontozahlungen sei tatsächlich erfolgt (vgl. dagegen act. 6 Rz. 64 und 87, act. 14 Rz. 8.9, 8.57 und 8.60 f., act. 22 Rz. 464 und 467). Darüber hinaus verknüpft die pauschale Klausel in Ziff. 3.3 Abs. 2 WerkV, wonach sich der Bauherr bei Verzögerungen der Fertigstellungstermine Zahlungsabzüge vorbehält, immerhin im Grundsatz das Einhalten der in Ziff. 3.1 bzw. Vertragsbei-

lage 9 festgelegten Ecktermine mit der Pflicht, Zahlungen an den Werklohn zu leisten. Schliesslich kommt der in Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV zusätzlich aufgestellten Voraussetzung, dass "die Bedingungen gemäss Ziffer 10.2 dieses Werkvertrages eingehalten sind", keine eigene Bedeutung zu, da die genannte Ziffer das Fälligwerden der Schlusszahlung regelt.

b) Weitere Umstände

Zum Verhalten der Parteien im Vorfeld bzw. bei Vertragsabschluss ist gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung der Klägerin davon auszugehen, dass bei der Abfassung des Zahlungsplans bzw. der Bestimmung der darin enthaltenen Verfalltage nicht darüber gesprochen wurde, dass Zahlungsplan und Baufortschritt jederzeit die von der Beklagten verlangte Übereinstimmung aufweisen sollten (act. 22 Rz. 4 in fine). Im Weiteren werden von den Parteien in Bezug auf die Frage, ob die Leistung der Akontozahlungen an einen bestimmten Baufortschritt geknüpft werden sollten, keine weiteren, erheblichen Behauptungen aufgestellt. Ein ergänzender Blick auf die Verkehrssitten (vgl. act. 4.21, act. 22 Rz. 4) zeigt, dass es im Baugewerbe zwar durchaus vorkommt, die Leistung von Akontozahlungen von den bereits erbrachten Leistungen des Unternehmers abhängig zu machen, wobei es sich um sog. Abschlagszahlungen handelt (vgl. auch Art. 144 ff. SIA Norm 118; im Gegenteil zu sog. Vorauszahlungen, welche nicht von der Erbringung der entsprechenden Gegenleistung abhängig sind). Von einer eigentlichen Übung, Abschlagszahlungen zu vereinbaren, kann jedoch nicht gesprochen werden (GAUCH, a.a.O., Rz. 1163 sowie ZK-TH. BÜHLER, Art. 372 N. 40). Vorliegend fällt die Annahme, es seien eigentliche Abschlagszahlungen vereinbart worden, jedoch ohnehin ausser Betracht, da gar nicht dargelegt wurde, von welchen genauen Leistungen des Unternehmers die Zahlung der einzelnen Akontobeträge jeweils abhängig gewesen sein sollte. In Frage steht lediglich das Abhängigmachen von den Fertigstellungsterminen in Ziff. 3.1 WerkV, namentlich der Fertigstellung des Gebäudeteils E._____ sowie der Gebäudehülle der E1._____ per 14. Dezember 2007. In diesem Fall handelt es sich bei den dem Termin vorhergehenden Akontozahlungen zwar um wirkliche Vorauszahlungen. Umso mehr – betrachtet man schliesslich die Interessenlage der Vertragsparteien – entspricht es einem legitimen wirtschaftlichen Interesse des Bauherrn, der sich damit weit-

reichend mit einer Beseitigung der gesetzlichen Vorleistungspflicht des Unternehmers einverstanden erklärt, das damit übernommene Risiko durch das Anknüpfen der Leistungspflicht wenigstens an bestimmte, einzelne Fertigstellungstermine zu begrenzen. Die genannten Umstände sprechen demnach nicht gegen die einstweilen vorgenommene Auslegung nach Wortlaut und Systematik.

c) Ergebnis der objektivierten Auslegung

Es ist im Lichte der vorgenommenen (objektivierten) Auslegung festzustellen, dass es bei Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV dem mutmasslichen Willen beider Parteien entsprach, die Pflicht zur Leistung von Akontozahlungen davon abhängig zu machen, dass zum jeweiligen vereinbarten Zahlungstermin die Arbeiten gemäss Terminprogramm – soweit bis zu diesem Zeitpunkt überhaupt die Fertigstellung bestimmter Arbeiten vorgesehen war – fertiggestellt sind.

Vorliegend wurde die Fertigstellung des Gebäudeteils E._____ (inkl. Penthouse-Suite) sowie der Gebäudehülle E1._____ per 14. Dezember 2007 vereinbart. Für die Fälligkeit der 9. und 10. Akontozahlung am 31. Dezember 2007 bzw. am 31. Januar 2008 war nach dem in Ziff. 4.8 Abs. 3 und Ziff. 3.1 WerkV ausgedrückten, mutmasslichen Vertragswillen daher entscheidend, ob die genannten Arbeiten zu diesen Zeitpunkten vertragsgemäss fertiggestellt waren. Die Auslegung führt zu einem klaren Ergebnis. Daher wirkt sich nicht aus, dass bei unklaren Vertragsbestimmungen die Verfasserin, mithin vorliegend die für ihre Bautreuhändlerin einzustehende Beklagte (act. 6 Rz. 18 ff. und act. 14 Rz. 6.17), das Risiko einer undeutlichen Formulierung tragen würde (sog. Unklarheitenregel).

3.3.2.6. Tatsächlicher Vertragswille

Die Parteien sind, soweit sie einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen geltend machen wollen, behauptungs- und beweisbelastet. Sie haben ihre Behauptungen genügend zu substantiieren. Dabei sind – wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. III.5.) – die Behauptungen so konkret aufzustellen, dass sie von der Gegenpartei konkret bestritten sowie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können. Sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte unterlassen es nun allerdings, im Konkreten zu behaupten, es hätten bei einzelnen, am Vertragsschluss beteiligten Vertre-

tern der Parteien zu einem bestimmten Zeitpunkt bestimmte und übereinstimmende tatsächliche Vertragswillen bestanden. Daher bleibt der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille (siehe dazu vorstehend Ziff. IV.3.3.2.5.) für die Beurteilung der sich im Weiteren stellenden Tat- und Rechtsfragen allein massgeblich.

3.3.3. Fälligkeit und Verzug der 9. und 10. Akontozahlung

Es stellt sich die Frage, ob die 9. Akontozahlung am 31. Dezember 2007 und/oder die 10. Akontozahlung am 31. Januar 2008 tatsächlich fällig gewesen sind. Dafür ist nach dem Ausgeführten ausschlaggebend, ob in diesen Zeitpunkten die nach Ziff. 3.1 WerkV abzuliefernden Gebäudeteile fertiggestellt waren.

3.3.3.1. Fertiggestellte Arbeiten per 31. Dezember 2007

Hinsichtlich des Gebäudeteils E._____ ist unbestritten, dass am 21. Dezember 2007 zwölf der 13 Zimmer (exkl. die Penthouse-Suite) bereits an die Beklagte übergeben worden waren (act. 6 Rz. 56 f., act. 14 Rz. 3.39 ff. und 7.77). Obwohl dies eine Woche nach dem vereinbarten Fertigstellungstermin vom 14. Dezember 2007 erfolgte, waren betreffend diese zwölf Zimmer die Arbeiten gemäss Terminprogramm am 31. Dezember 2007 "fertiggestellt" und es stand diesbezüglich der Fälligkeit der 9. Akontozahlung gemäss Art. 4.8 Abs. 3 WerkV – unabhängig von einer allfälligen Verschiebung des Fertigstellungstermins (siehe dazu unten Ziff. IV.3.3.3.3.) – in diesem Zeitpunkt nichts entgegen.

Dies gilt auch für die vertraglich per 14. Dezember 2007 fertigzustellende Gebäudehülle der E1._____. Die Klägerin führt nämlich aus, diese sei an Weihnachten 2007 fertiggestellt gewesen (act. 6 Rz. 59). Die Beklagte wendet dagegen nur ein, das Dach sei nicht dicht gewesen, weshalb es beim eingemieteten Laden J._____ zu Schäden gekommen sei. Im Übrigen sei es auch im Gebäudeteil E._____ zu Wassereinbrüchen und Gefrierschäden gekommen (act. 14 Rz. 8.2-3 und Rz. 19.6.7). Auch führt sie aus, dass die Gebäudehülle der E1._____ am 21. Dezember 2007 noch nicht abgenommen werden können (act. 14 Rz. 7.74). Dazu präzisiert wiederum die Klägerin, die Gebäudehülle sei sehr wohl fertiggestellt sowie dicht und die entsprechende vertragliche Vorgabe erfüllt gewesen. Daran ändere der von der Beklagten geschilderte Wasserschaden nichts.

Dieser sei keineswegs auf nicht fertiggestellte Arbeiten, sondern auf eine nachträgliche Beschädigung des Dachs am 6. Januar 2008 zurückzuführen (Liftüberfahrt; act. 22 Rz. 402). Daneben seien zwar noch gewisse Arbeiten zur Ausführung angestanden, welche allerdings nicht unter den vereinbarten Begriff der Gebäudehülle gefallen seien und deren Fertigstellung daher erst per Ende Juni 2008 geschuldet gewesen sei (act. 22 Rz. 10 d und Rz. 216). Diese klägerischen Ausführungen blieben unbestritten.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass die Gebäudehülle am 31. Dezember 2007 fertiggestellt gewesen ist. Die Vorbringen der Beklagten hindern diese Annahme nicht. Einerseits stünde dieser Annahme nicht entgegen, wenn die Hülle am 21. Dezember 2007 noch nicht abgenommen gewesen sein sollte. Andererseits ist die behauptete fehlende Dichtigkeit vielmehr als allfällige Mangelhaftigkeit einzustufen, welche unter dem Blickwinkel der Fertigstellungstermine nach Ziff. 3.1 WerkV bzw. des Terminplans unbeachtlich bleiben muss. Die Beklagte führt auch nicht aus, der von ihr in Zusammenhang mit der fehlenden Dichtigkeit konkret benannte Wasserschaden im Laden J._____ sei auf das fehlende bzw. verspätete Durchführen von bestimmten Arbeiten, die zur Fertigstellung der Gebäudehülle gehört hätten, zurückzuführen. Diesbezüglich müssen vielmehr die unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin massgebend sein, die Undichte sei einer nachträglichen Beschädigung geschuldet gewesen. Die von der Klägerin selbst angeführten, noch teilweise ausstehenden Arbeiten waren – was ebenso unbestritten blieb – nach Vertragsverständnis nicht auf den 14. Dezember 2007 fertigzustellen.

3.3.3.2. Nicht fertiggestellte Gebäudeteile per 31. Dezember 2007 und Folgen
Ausstehend war am fraglichen Termin unstreitig die Fertigstellung des 13. Zimmers, welches erst am 24. Januar 2008 übergeben wurde, sowie auch die Fertigstellung der Penthouse-Suite (act. 6 Rz. 56 f., act. 14 Rz. 3.39 ff. und 7.77).

Die Klägerin stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, die Beklagte habe durch ihr Verhalten in verschiedener Hinsicht die Fertigstellung verzögert, weshalb sich die Termine entsprechend verschoben hätten. Sie beruft sich dabei ausdrücklich auf die Ziff. 3.4 sowie 3.5 des Werkvertrages und führt im Sinne ei-

ner rechtlichen Schlussfolgerung aus, dass die von ihr dargestellten Verzögerungen in Anwendung der genannten Bestimmungen eine Verschiebung der im Vertrag vorgesehenen Bezugstermine um die Dauer der Verzögerungen zur Folge gehabt hätten, wofür auch keine gesonderte Anzeige der Klägerin vorausgesetzt gewesen sei. Bauherrenentscheide seien dabei gemäss Ziff. 3.5 WerkV innert zehn Tagen zu fällen gewesen (act. 6 Rz. 27 ff., act. 14 Rz. 7.3 ff., act. 22 Rz. 8, 335 und 383).

Die Beklagte bestreitet, auf irgend eine Weise für Verzögerungen in der Umbauausführung verantwortlich zu sein, äussert sich allerdings nicht zur Rechtsfrage, inwiefern sich allfällige Verzögerungen von welcher Art überhaupt auf die Fertigstellungstermine hätten auswirken können (act. 14 Rz. 7.1-77).

Die entsprechenden Bestimmungen, auf die sich die Klägerin stützt und auf welche sie verweist, lauten wie folgt:

- " 3.4 Sofern der garantierte Fertigstellungstermin verzögert oder gestoppt wird aus Gründen, die nicht durch den TU verursacht werden (gemäss Ziff. 3.5), verschiebt sich der Termin zur Ingebrauchnahme um die aus der Verzögerung resultierende Dauer.
- 3.5 Vorbehalten bleiben höhere Gewalt und andere vom Totalunternehmer nicht zu verantwortende Umstände wie Mobilmachung, Krieg, Erdbeben, Feuersbrunst, Streiks sowie Verspätung in den Entscheiden des Bauherrn (Materialwahl, Änderungen etc.) von mehr als 10 Arbeitstagen. In diesen Fällen verschiebt sich der Bezugstermin um die aus der Verzögerung resultierende Dauer."

Es ist der Klägerin ohne Weiteres darin Recht zu geben – was auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird –, dass eine nicht durch den Werkunternehmer verursachte Verzögerung zu einer Verschiebung der Termine zur Ingebrauchnahme, welche vorliegend mit den entsprechenden Fertigstellungsterminen gleichzusetzen sind, führt. Für die Art der nicht durch den Werkunternehmer zu vertretenden Ursachen, die einer solchen Verzögerung zu Grunde liegen dürfen, um zu einer Verschiebung der Termine zu führen, verweist Ziff. 3.4 ausdrücklich auf Ziff. 3.5 ("aus Gründen, die nicht durch den TU verursacht werden (gemäss Ziff. 3.5)", act. 8/23 S. 6). Von den in Ziff. 3.5 aufgezählten Gründen kommt vorliegend lediglich die Verspätung in Entscheiden des Bauherrn in Betracht und zwar eine solche von mehr als zehn Tagen für den jeweiligen Entscheid. Auf die-

sen möglichen Grund der Verzögerung beruft sich auch die Klägerin, wobei sie ergänzend ausführt, dass der Beklagten gemäss Ziff. 8.3 WerkV für den Entscheid über im Vertrag vorgesehene Optionen eine Frist von lediglich fünf Arbeitstagen zugestanden habe (act. 22 Rz. 335 und 383). Das Bestehen einer solchen Vereinbarung für diese besondere Art von Entscheiden des Bauherren wird von der Beklagten nicht bestritten (act. 14 Rz. 7.52 f.). Festzuhalten bleibt, dass sowohl Ziff. 3.4 als auch Ziff. 3.5 eine Verschiebung "um die aus der Verzögerung resultierenden Dauer" zur Folge hat. Darin liegt das zusätzliche Erfordernis begründet, dass der jeweilige für eine Verschiebung herangezogene Grund auch tatsächlich zu einer in dieser Hinsicht relevanten Verzögerung geführt haben muss, mithin eine Kausalität zwischen Verzögerungsgrund und Verschiebungsdauer vorliegt.

Im Weiteren ist vorab die Frage zu klären, inwiefern sich – ausserhalb von Bauherrenentscheiden – allfällige andere Verzögerungen im Verhalten der Beklagten auf die Verschiebung von Terminen ausgewirkt haben können. Diesbezüglich ist in Auslegung von Ziff. 3.4 und Ziff. 3.5 davon auszugehen, dass die Aufzählung in Ziff. 3.5 zwar nicht abschliessend zu verstehen ist, es sich allerdings im Sinne von Ziff. 3.4 um "andere vom Totalunternehmer nicht zu verantwortende Umstände" handeln muss, welche von der Intensität her gleichartig wie die genannten, d.h. wie eine "Verspätung in den Entscheiden des Bauherrn (Materialwahl, Änderungen etc.) von mehr als 10 Arbeitstagen" (act. 8/23 S. 6), zu qualifizieren sein müssen.

Zur Frage, ob eine solche Verzögerung zusätzlich jeweils bei der Beklagten abzumahnern war, um zu einer Terminverschiebung zu führen, ist festzuhalten, dass der Werkvertrag eine solche Abmahnungspflicht gemäss unbestrittener Darstellung der Klägerin gerade nicht vorsieht (act. 22 Rz. 8). Die Beklagte führt zwar in verschiedenem Zusammenhang aus, die Klägerin habe Terminverschiebungen nicht abgemahnt (u.a. act. 14 Rz. 6.5, 7.32, 7.38, 7.47, 7.61 und 7.69). Dass sich eine solche Pflicht zur Abmahnung im Zusammenhang mit allfälligen, auf Ziff. 3.4 und 3.5 gestützten Terminverschiebungen aus dem Werkvertrag ergeben würde, wird jedoch auch von ihr nicht konkret behauptet. Allerdings liesse sich aus Art. 95 f. SIA-Norm 118 sowie auch aus Art. 365 Abs. 3 OR eine allgemeine

Pflicht zur Anzeige an den Besteller herleiten für den Fall, dass sich Verhältnisse ergeben, welche eine rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, ansonsten dem Unternehmer die nachteiligen Folgen selbst zur Last fallen würden. Eine solche Anzeige ist allerdings dann nicht nötig, wenn der Besteller die betreffenden Verhältnisse unter Einschluss der damit verbundenen Gefahren auch ohne Anzeige gekannt hat (vgl. auch GAUCH, a.a.O., Rz. 832). Die Mitteilung soll dem Bauherrn lediglich die angezeigten Verhältnisse und die befürchteten Folgen klar vor Augen führen. Bei der in Art. 25 Abs. 2 SIA-Norm 118 angesprochenen Schriftform bzw. Protokollierung handelt es sich daher auch nur um eine Empfehlung an die Parteien, die Anzeige im eigenen Interesse an der Beweissicherung schriftlich zu kommunizieren, und nicht um einen Wirksamkeitsvorbehalt (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 25 N. 2 und 10).

Will man diese Grundsätze der Anzeige auf die vorliegende, vertraglich vorgesehene Regelung der Terminverschiebung (ergänzend) anwenden, so wäre ausreichend, wenn die Beklagte bei den von ihr zu treffenden und ihr bekannten Bauherrenentscheiden auch noch Kenntnis davon hat oder durch formlose Anzeige erlangt, deren Nichtbehandlung stelle eine Gefahr für die rechtzeitige Fertigstellung der Arbeiten dar. Ob sich tatsächlich eine solche Kenntnis bzw. eine diesbezügliche Anzeige im Einzelfall – trotz der fehlenden vertraglichen Regelung – als erforderlich erweist, kann jedoch dahin gestellt bleiben, da nach dem unstrittig gebliebenen Sachverhalt jeweils vom Vorliegen einer solchen Kenntnis auszugehen ist (dazu unten Ziff. IV.3.3.3.3.). Für die Annahme, es hätte seitens der Klägerin einer – über die Anforderungen aus der SIA-Norm 118 oder Gesetz hinausgehenden – förmlichen Abmahnung mit Fristansetzung bedurft, besteht keine Grundlage, wurde doch eine solche (vertragliche) Verpflichtung nicht konkret dargelegt. Die Behauptungs- und Beweislast, dass eine solche Anzeigepflicht bestand und verletzt wurde, wäre bei der Beklagten gelegen (vgl. BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 365 Rz. 41).

Soweit die Beklagte darauf hinweist, die Klägerin habe nach Art. 95 SIA-Norm 118 um die Erstreckung von Fristen ersuchen können, welche dann neu hätten vereinbart werden müssen (act. 14 Rz. 4.21), so blendet dieser Hinweis den Umstand aus, dass vorliegend mit Ziff. 3.4 und 3.5 des Werkvertrages eine spezielle,

der SIA-Norm grundsätzlich vorgehende Regelung betreffend Fristerstreckung getroffen wurde.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die in Ziff. 3.4 und 3.5 WerkV getroffene Regelung auch mit der Rechtslage nach dispositiven Recht übereinstimmt, nach welcher gerechtfertigte Verzögerungen vom Unternehmer nicht aufgeholt werden müssen (GAUCH, a.a.O., N. 682).

Anhand der soeben dargestellten Grundlagen ist nun zu prüfen, welche Verzögerungen die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht konkret darlegt, die eine Verschiebung des Fertigstellungstermins nach sich ziehen. Dabei ist das Augenmerk zunächst auf den Fälligkeitstermin der 9. Akontozahlung zu richten und zu untersuchen, ob Verzögerungen in Bezug auf die Fertigstellung der dannzumal ausstehenden Penthouse-Suite sowie des 13. Zimmers (Nr. ...) geltend gemacht werden, die der Beklagten anzulasten sind und die den Fertigstellungstermin vom 14. Dezember 2007 über den 31. Dezember 2007 hinaus verschoben haben. Sollte dies der Fall gewesen sein, wären am 31. Dezember 2007 sämtliche gemäss Terminprogramm an diesem Datum geschuldeten Arbeiten im Sinne von Ziff. 4.8 WerkV fertiggestellt und die 9. Akontozahlung zur Zahlung fällig gewesen.

3.3.3.3. Verzögerungen

Die Klägerin trägt die Behauptungs- und Beweislast, soweit sie sich auf Verzögerungen durch die Beklagte beruft, die den Fertigstellungstermin allenfalls verschoben haben sollen. Sie wurde mit Verfügung vom 7. Oktober 2010 ausdrücklich auf ihre diesbezüglichen Substantiierungsobliegenheiten hingewiesen. Danach habe sie insbesondere darzutun, dass die Beklagte mit Zahlungen in Verzug gewesen sei und aufgrund der – von der Klägerin zu schildernden – Umstände auch nicht berechtigt gewesen sei, die beiden am 11. Februar 2008 (act. 8/63) erneut und zusätzlich mit einer Nachfrist abgemahnten Rechnungen (vgl. Art. 190 SIA 118; Art. 107 OR) nicht zu begleichen. Im Weiteren habe die Klägerin darzutun, dass im Falle von Leistungsverzögerungen der Klägerin solche auf konkretes Verhalten der Beklagten zurückzuführen gewesen seien (act. 17 S. 2 ff.).

Für die Vorbringen von Verzögerungen bedeutet dies, dass die Klägerin für eine daraus resultierende, allfällige Verschiebung des Fertigstellungstermins vom 14. Dezember 2007 Folgendes darzulegen hat: Einerseits muss sich aus ihren Ausführungen klar ergeben, welche konkrete Handlung (z.B. Bauherrenentscheid) die Beklagte bis zu welchem konkreten Datum in Bezug auf die Fertigstellung der Penthouse-Suite hätte vornehmen müssen und wann sie diese konkrete Handlung dann tatsächlich vorgenommen hat bzw. bis wann sie diese unterlassen hat. Nur so kann beurteilt werden, ob überhaupt ein im Rahmen der angerufenen Vertragsbestimmungen relevanter Grund für eine Verschiebung vorliegt. Andererseits muss die Beklagte im Einzelnen darlegen, welche genaue Dauer der Verschiebung des Fertigstellungstermins aus der konkreten Verzögerung erwachsen ist und zwar in Bezug auf welchen konkreten Werkteil. Lediglich dann kann eine Aussage darüber getroffen werden, ob die geltend gemachte Verzögerung eine Verschiebung des in Bezug auf den Werkteil geschuldeten Fertigstellungstermins über den 31. Dezember 2007 hinaus bewirkt hat.

a) Penthouse-Suite

aa) Die Klägerin macht geltend, sie habe anlässlich der Gesamtplanungssitzung 18/2007 vom 22. August 2007, was viereinhalb Monate nach dem vertraglichen Baubeginn sei, auf fehlende Bauherrenentscheide gemäss Fragenliste des Architekten hinweisen müssen, welche seit Juni 2007 gefehlt hätten. Als elementare Entscheide betreffend Küche, Einbauelemente etc. auch Ende August noch ausstehend gewesen seien, habe die Klägerin an der Gesamtplanungssitzung vom 29. August 2007 Verzögerungen bei der Fertigstellung der Penthouse-Suite angekündigt. Ab Mitte September 2007 sei es dann zu einer gut vier Wochen dauernden gänzlichen Einstellung sämtlicher Planungs- und Bauarbeiten in der Penthouse-Suite gekommen. Die Beklagte habe nämlich am 11. September 2007 über die Entscheidung orientiert, die Planung der Penthouse-Suite fortan dem Architekten K._____ zu übertragen, weshalb Planung sowie Ausführung der Penthouse-Suite unverzüglich einzustellen gewesen seien. Die Klägerin habe darauf umgehend festgehalten, dass dies eine Einhaltung der Termine für Gewerke ... und Penthouse-Suite gefährde. Einen Monat später, an der Bauherrensitzung vom 11. Oktober 2007 habe die Beklagte den Beteiligten eröffnet, es werde nun doch

auf den Beizug von Innenarchitekt K._____ verzichtet; die Innenarchitekturarbeiten für die Penthouse-Suite würden ebenfalls vom Projektarchitekten F._____ AG besorgt. Die Klägerin habe daraufhin klargestellt, dass zur Zeit keine Aussagen über die rechtzeitige Fertigstellung der Penthouse-Suite getroffen werden könnten, zumal durch den Planungsstopp eine (weitere) Verzögerung von rund vier Wochen entstanden sei. Ausserdem habe sich nachteilig auf den Fortgang der Folgearbeiten ausgewirkt, dass die Unterlagsböden wegen dieser Verzögerung erst Mitte Oktober 2007 hätten eingebracht werden können, wonach sie witterungsbedingt schlecht getrocknet seien. Bis Ende November 2007 sei die das Penthouse betreffende Frage- bzw. Ampelliste des Architekten auf 63 Positionen angewachsen. Am 22. November 2007 seien noch zahlreiche, auf der Liste mit roter Ampel markierte Fragen unbeantwortet gewesen und auch die damals bereits vorliegenden Entscheide seien zu einem beträchtlichen Teil erst im Laufe des Monats November 2007 getroffen worden (act. 6 Rz. 46-54).

bb) Die Beklagte führt dazu im Wesentlichen aus, sie habe ihre Entscheide innert der von ihr in Anspruch genommenen, angemessenen Frist getroffen. Welche Entscheide der Beklagten am 22. August 2007 genau gefehlt hätten, werde von der Klägerin nicht ausgeführt. Durch den Wunsch der Beklagten, mit einem anderen Innenarchitekten zusammenzuarbeiten, sei die Klägerin nicht von Planungs- und Rohbauausführungsarbeiten abgehalten oder darin verzögert worden. Sie habe auch nicht einen Stillstand der Arbeiten am Rohausbau angemahnt oder davor gewarnt. Die Feststellung der Klägerin an der Bauherrensitzung vom 11. Oktober 2007, es könne nicht gesagt werden, ob eine Fertigstellung der Penthouse-Suite auf den 14. Dezember 2007 möglich sei, habe für die Beklagte noch nicht bedeutet, dass sie nun nicht mehr mit dem vertraglich versprochenen zeitlichen Eintritt des Werkerfolgs rechnen könne. Zudem hätten Entscheide im Bereich Innenarchitektur, d.h. Möblierung und Ausstattung, keinen Einfluss auf die Unterlagsböden haben können. Da die Klägerin mit den Rohbauarbeiten derart im Verzug gewesen sei, habe es gar keine Rolle gespielt ob die Innenausstattungsünsche schon alle bereinigt gewesen seien oder nicht. Das Direktionsehepaar habe sich erst dann für Details entscheiden können und wollen, als diese dem Umbaufortschritt entsprechend auch sichtbar und greifbar geworden seien. Die

Klägerin mache weder geltend noch substantiiere sie, dass sie ein der Beklagten vorwerfbares Verschulden an der Verzögerung je gerügt oder abgemahnt habe (act. 14 Rz. 7.51 ff.).

cc) Die Klägerin wendet im Wesentlichen ein, die Beklagte habe ihr im Frühjahr 2007 bestätigt, dass ein realisierungsbereites Projekt vorliege, welches ein ungehindertes Arbeiten erlauben würde. Das Projekt hätte auch mit Bezug auf die Penthouse-Suite bereits bei Vertragsabschluss abschliessend definiert sein müssen. Damit unvereinbar seien die eingeforderten Rechte, im Herbst 2007 über den Beizug eines Innenarchitekten sinnieren zu können, Auswahl- und Probeinstallati- onen zu verlangen, ausserhalb von Budgetpositionen über Ausführungsdetails zu brüten und schliesslich getroffene Entscheide immer wieder über den Haufen zu werfen. Der Baubeginn in der Penthouse-Suite sei sodann auch vom Ausbau des Musterzimmers abhängig gewesen, weil letzterer für erstere hätte massgeblich sein sollen. Zudem hätten Fragen der Raumaufteilung bzw. Details der Möblie- rung sehr wohl einen Einfluss auf Planung und Rohbau gehabt, so namentlich hinsichtlich der elektrischen Anlagen. Die Beklagte sei von der Projektarchitektin auch am 5. Oktober 2007 explizit darauf hingewiesen worden, jegliche Bestel- lungsänderungen würden zu einer Verzögerung im Zeitplan führen und Mehrkos- ten nach sich ziehen. Im Weiteren habe der von der Beklagten temporär beigezo- gene Innenarchitekt auch Änderungen am Rohbau (Verschiebung von Trennwän- den) in Betracht gezogen, weshalb die anstehenden Bauarbeiten für die Einbrin- gung der Unterlagsböden sofort hätten gestoppt werden müssen. Für den Ausbau der Penthouse-Suite hätten neben den Ziff. 8.3 und Ziff. 3.5 WerkV auch keine zusätzlichen Entscheidungsfristen gegolten (act. 22 Rz. 364 ff.).

dd) Die seit Juni 2007 ausstehenden Bauherrenentscheide, auf welche die Klä- gerin am 22. August 2007 habe hinweisen müssen (act. 6 Rz. 47), werden von dieser nicht spezifiziert. Selbst im Protokoll, welches die Klägerin in diesem Zu- sammenhang als Beweis offeriert (vgl. act. 8/51 Ziff. 4.2.2), ohne jedoch deren In- halt näher zu behaupten, findet sich keine solche Spezifikation. Im Weiteren er- laubt auch die darauf vorgebrachte Umschreibung, Ende August seien "elementa- re Entscheide betreffend Küche, Einbauelemente etc." ausstehend gewesen, kei- ne genaue Beurteilung, welche nicht getroffenen Entscheide zu welcher konkre-

ten Verzögerung geführt haben sollen. Als elementare Entscheide betreffend Küche und Einbauelemente können grundsätzlich eine Vielzahl von Entscheiden angesehen werden. Eine Zuordnung zu einer bestimmten Verzögerung kann allein daraus nicht stattfinden und eine solche Darstellung verhindert auch eine konkrete Bestreitung der Beklagten. Ferner legt die Klägerin auch gar nicht dar, welche bestimmte Verzögerung um welche Zeitperiode eingetreten sei.

Im Weiteren ist die behauptete, vierwöchige Einstellung sämtlicher Planungs- und Bauarbeiten infolge des Beizugs eines anderen Innenarchitekten zu beurteilen. Diesbezüglich erweisen sich die Vorbringen der Klägerin durchaus konkret. So wird genau dargelegt, aufgrund welchen Verhaltens der Beklagten (Orientierung über Übertragung der Innenarchitektur an K._____ am 11. September 2007 sowie Rückgängigmachung dieser Entscheidung am 11. Oktober 2007) für welche Zeitperiode (vier Wochen) weshalb (Fragen der Raumaufteilung bzw. Details der Möblierung mit Einfluss auf Planung und Rohbau) der Bau auf welche Weise (Einstellung sämtlicher Arbeiten betr. Penthouse-Suite, da Unterlagsböden nicht hätten eingebracht werden können) verzögert worden sei.

Der hier massgebende Sachverhalt erweist sich zudem als von der Beklagten unbestritten. Der (zeitweilige) Beizug des Innenarchitekten K._____, welcher der Klägerin am 11. September 2007 mitgeteilt worden sei, sowie der Meinungsumschwung mit entsprechender Mitteilung am 11. Oktober 2007 wird von der Beklagten nicht in Frage gestellt bzw. sogar ausdrücklich anerkannt (act. 6 Rz. 49 f., act. 14 Rz. 7.58 ff.). Freilich bestreitet die Beklagte – wie oben ausgeführt – in der Klageantwort in allgemeiner Weise, dass die Klägerin dadurch vom Bauen abgehalten oder darin verzögert worden sei, da insbesondere Entscheide im Bereich Innenarchitektur keinen Einfluss auf die Unterlagsböden gehabt hätten. Ausserdem sei die Klägerin mit den Rohbauarbeiten bereits derart in Verzug gewesen, dass es gar keine Rolle gespielt habe, ob die Innenausstattungswünsche schon alle bereinigt gewesen seien (act. 14 Rz. 7.58 und 7.61 f.). Nun erhebt jedoch die Klägerin in der Replik neue, spezifizierende Behauptungen, K._____ habe auch Änderungen am Rohbau in Betracht gezogen, nämlich die Verschiebung von Trennwänden. Ausserdem bringt sie in tatsächlicher Hinsicht vor, Unterlagsböden könnten erst eingebracht werden, nachdem die Wände erstellt worden seien bzw.

deren Lage definitiv sei. Deshalb hätten die anstehenden Bauarbeiten für die Einbringung der Unterlagsböden sofort gestoppt werden müssen (act. 22 Rz. 382). Die Raumaufteilung und Details der Möblierung hätten zudem hinsichtlich der elektrischen Anlagen einen Einfluss auf die Planungs- und Rohbauarbeiten (act. 22 Rz. 382). Diese neuen Vorbringen wurden von der Beklagten nicht in Abrede gestellt und haben daher – trotz der pauschalen Bestreitung in der Klageantwort – als anerkannt zu gelten.

Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass infolge des Beizugs des Innenarchitekten K._____ ab dem 11. September 2007 die in diesem Zeitpunkt anstehende Einbringung der Unterlagsböden bis zum 11. Oktober 2007, mithin vier Wochen lang, unterlassen werden musste bzw. deren Einbringung ansonsten vier Wochen früher begonnen worden wäre. Darin ist fraglos eine entsprechende Verzögerung in der Fertigstellung der Penthouse-Suite zu erblicken. Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellen wollte, die Klägerin hätte in dieser Zeit andere Arbeiten in Bezug auf die Penthouse-Suite vornehmen können bzw. sollen (vgl. allenfalls act. 14 Rz. 7.62), so hätte sie diesbezüglich konkrete Behauptungen aufstellen müssen.

Die dargestellte Verzögerung ist im Weiteren als Umstand im Sinne von Ziff. 3.4 in Verbindung mit Ziff. 3.5 WerkV zu erblicken, da sie nicht von der Klägerin zu verantworten ist und auch die Intensität eines um zehn Tage verspäteten Bauherrenentscheids erreicht. Sollte zusätzlich noch eine allgemeine Anzeigepflicht vorausgesetzt werden, so wäre auch dieser genüge getan. Der Umstand des Beizugs von K._____ sowie der entsprechende Meinungsumschwung der Beklagten war dieser selbstredend bestens bekannt. Zwar heisst dies noch nicht ohne Weiteres, dass ihr auch die Möglichkeit der damit einhergehenden Verzögerung hat bekannt sein müssen. Sie war allerdings von einer fachkundigen Bautreuhänderin vertreten, der die oben erstellten Zusammenhänge bewusst sein mussten. Ausserdem wies die Klägerin die Beklagte nach Bekanntgabe der Entscheidung am 11. September 2007 unstreitig umgehend darauf hin, dass der Fertigstellungstermin vom 14. Dezember 2007 durch die Massnahme der Prüfung und des Wechsels der Innenarchitekturleistung auf kritischem Wege sei (act. 6 Rz. 49, act. 14 Rz. 7.59, act. 22 Rz. 379). Zudem gab die Klägerin, nachdem die Beklagte ihr die

Rückgängigmachung der Einsetzung von K._____ mitgeteilt hatte, dieser bekannt, es liessen sich keine Aussagen darüber machen, ob die Penthouse-Suite rechtzeitig fertiggestellt werden könne, da durch den Planungsstopp eine Verzögerung von vier Wochen entstanden sei (act. 6 Rz. 50, act. 14 Rz. 7.60, act. 22 Rz. 379). Mit beiden Äusserungen ist gegenüber der Beklagten in genügendem Masse angezeigt und ihr zur Kenntnis gebracht worden, dass die von ihr geschaffenen Verhältnisse die rechtzeitige Fertigstellung gefährden würden.

Damit hat sich der Fertigstellungstermin in Bezug auf die Penthouse-Suite mindestens um die Dauer der Einstellung der Bauarbeiten, vorliegend um vier Wochen, nach hinten verschoben. Die fehlende Fertigstellung der Penthouse-Suite war damit am 31. Dezember 2007 kein Hindernis für den Eintritt der Fälligkeit der 9. Akontozahlung. Auf die übrigen, in Bezug auf die Penthouse-Suite vorgebrachten und der Beklagten angelasteten Verzögerungen muss daher nicht mehr im Einzelnen eingegangen werden.

b) Musterzimmer

aa) Weitere Verzögerungen werden im Zusammenhang mit der Erstellung des Musterzimmers geltend gemacht. So ist unbestritten, dass für den Innenausbau der Hotelzimmer, worunter fraglos auch das Zimmer Nr. ... zu zählen ist, und die Vergabe der entsprechenden Arbeiten ein von der Beklagten genehmigtes Musterzimmer Voraussetzung bildete (act. 6 Rz. 34, act. 14 Rz. 7.13 und 7.20, act. 22 Rz. 326). Auch der von der Klägerin dargestellte Zusammenhang der Fertigstellung des Musterzimmers mit der Erstellung der Penthouse-Suite wurde von der Beklagten nicht in Abrede gestellt (act. 22 Rz. 374 f.), ist in Bezug auf die 9. Akontozahlung aber nicht weiter relevant, da bereits eine Verzögerung der Arbeiten an der Penthouse-Suite über den 31. Dezember 2007 hinaus bejaht wurde. Vorliegend ist eine Verzögerung im Hinblick auf der Erstellung der Zimmers Nr. ... zu untersuchen.

bb) Unter anderem macht die Klägerin in der Klageschrift geltend, das Musterzimmer sei am 1. Juli 2007 fertiggestellt gewesen, worauf sich die Beklagte nicht um dessen beförderliche Begutachtung und Genehmigung bemüht habe, obwohl ihr die Dringlichkeit einer solchen Genehmigung bekannt gewesen sei. Als Folge

davon habe noch Anfang August kein genehmigtes Musterzimmer vorgelegen (act. 6 Rz. 35 lit. c und lit. e).

cc) Die Beklagte anerkennt durchaus, dass das Musterzimmer am 1. Juli 2007 fertiggestellt war (act. 14 Rz. 7.19) und führt gleichzeitig aus, sie habe es erst am 1. August 2007 – unter Vorbehalt des Badezimmers – genehmigen können (act. 14 Rz. 7.22). Dies steht an sich auch nicht im Widerspruch zu den klägerischen Vorbringen.

dd) Replicando macht nun die Klägerin im Weiteren geltend, das Musterzimmer sei ab dem Fertigstellungsdatum, dem 1. Juli 2007, bereit zur Genehmigung gewesen. Die Entscheidungsträger der Beklagten hätten es allerdings erst einen Monat später, am 1. August 2007, begutachtet. Diese Zeit hätten sie sich dafür nicht nehmen dürfen und dies habe zu einer entsprechenden Verzögerung bzw. Verschiebung des Fertigstellungstermins geführt (act. 22 Rz. 7 f., 322 und 375). Am 18. Juli 2007 habe die Projektarchitektin, Frau L._____, die Herren M._____ und N._____ von der Beklagten über die fehlenden Entscheide sowie über nicht unterschriebene Planunterlagen orientiert. Die nötigen Bauherrenentscheide hätten auch am 8. August 2007 noch ausstanden, worauf Frau L._____ der Beklagten mitgeteilt habe, dass durch das Fehlen der Entscheide die Grundlagen für den Abschluss der Innenraumplanung sowie die Ausschreibung und Ausführung fehlen würden. Insbesondere hätten auch in der Aktennotiz der Beklagten über die Begutachtung des Musterzimmers am 1. August 2007 nach wie vor Angaben über Oberflächen, Möbeleinteilungen, technische Vollständigkeit und Details wie Heizkörperverkleidung oder Stuckprofil gefehlt (act. 22 Rz. 337).

ee) Nach den Vorbringen der Parteien steht fest, dass das Musterzimmer, von dessen Genehmigung der Innenausbau der anderen Hotelzimmer, unter anderem des Zimmers Nr. ..., sowie die Vergabe der entsprechenden Arbeiten abhing, ab 1. Juli 2007 zur Begutachtung durch die Beklagte bereit stand, diese es jedoch erst einen Monat später überhaupt begutachtete. Überdies blieb unbestritten, dass die Begutachtung am 1. August 2007 insofern unvollständig blieb, als auch am 8. August 2007 noch Angaben zu bestimmten Aspekten des musterweise vorgenommenen Innenausbaus gefehlt hätten. Es ist ohne Weiteres davon auszuge-

hen, dass eine frühere, vollständige Begutachtung durch die Beklagte auch eine entsprechend frühere Genehmigung und damit Vergabe und Durchführung der Innenausbauarbeiten zur Folge gehabt hätte. Die Arbeiten an den Hotelzimmern, so auch am Zimmer Nr. ..., wurden mithin um die Zeit, welche das Musterzimmer trotz Möglichkeit dazu nicht begutachtet wurde, verzögert. Bei der Begutachtung, welche der Genehmigung von Materialisierungsentscheiden (oder auch deren Ablehnung) dient, handelt es sich um einen typischen Bauherrenentscheid. In diesem Sinne zählt Ziff. 3.5 WerkV auch beispielhaft die "Materialwahl" als Entscheid des Bauherrn auf.

Die fragliche Begutachtung, die wohlgerne nicht eine Genehmigung bedeuten musste, hätte ab dem 1. Juli 2007 erfolgen können und war auch für die sich vor Ort befindlichen Vertreter der Beklagten Anfang Juli 2007 geboten. Daher ist am 1. August 2007 davon auszugehen, dass die Beklagte mit den Entscheiden mindestens drei Wochen verspätet war, am 8. August 2007 betreffend die dannzumal noch ausstehenden Entscheide sogar noch um eine Woche mehr. Aus der Nichtbegutachtung des fertiggestellten Innenausbaus des Musterzimmers ergibt sich somit eine Verzögerung von mindestens drei Wochen.

Der Beklagten war die Bedeutung des Musterzimmers für den Ausbau der übrigen Hotelzimmer durchaus bekannt (vgl. act. 14 Rz. 7.20) – noch dazu als von einer Bautreuhänderin begleitete Bauherrin (vgl. act. 14 Rz. 3.13 und 7.8) – und sie wusste unbestrittenermassen auch um die Dringlichkeit dessen Genehmigung (act. 6 Rz. 35 lit. e und act. 14 Rz. 7.22). Ein eigentlicher Hinweis der Klägerin, dass eine Verzögerung in der Begutachtung des Musterzimmers den Bau verzögern könnte, wäre daher ohnehin verzichtbar gewesen. Allerdings wurde die Beklagte zusätzlich am 18. Juli 2007 durch die Projektarchitektin als Hilfsperson der Klägerin auf die fehlenden Entscheide hingewiesen (act. 22 Rz. 337).

Damit hat sich der Fertigstellungstermin in Bezug auf das Hotelzimmer Nr. ... mindestens um drei Wochen nach hinten verschoben, weshalb dessen fehlende Fertigstellung am 31. Dezember 2007 den Eintritt der Fälligkeit der 9. Akontozahlung nicht verhindert hat. Ob noch weitere, von der Klägerin dargestellten Verzögerungen vorgelegen haben (act. 6 Rz. 29 ff., act. 22 Rz. 7 f. und

Rz. 299), welche die Fertigstellungstermin verschoben haben könnten, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

c) Zwischenfazit

Aufgrund der dargestellten Verschiebungen der Fertigstellungstermine für die Penthouse-Suite sowie das Zimmer Nr. ... ist davon auszugehen, dass am 31. Dezember 2007 sämtliche Arbeiten gemäss Terminprogramm fertiggestellt waren.

3.3.3.4. Tatsächliche Fälligkeit und Verzug

Nach dem Ausgeführten war die 9. Akontozahlung in der Höhe von CHF 2'808'360 (inkl. MWSt.) am 31. Dezember 2007 nach Massgabe von Ziff. 4.8 Abs. 3 WerkV zur Zahlung fällig. Die sinngemässe Berufung der Beklagten auf Art. 82 OR – die Klägerin habe die Beklagte nicht zur Zahlung der offenen Akontozahlungen anhalten können, da sie selber nicht gehörig erfüllt gehabt habe und Zahlungsplan und Baufortschritt auseinander gefallen seien (act. 14 Rz. 4.9 und 4.12) – geht fehl. Die Parteien haben – wie dargestellt – vertraglich die Regelung getroffen, dass die Akontozahlungen bis auf die Erreichung der bereits genannten und vorliegend verschobenen Fertigstellungstermine unabhängig von anderen Voraussetzungen wie dem genauen Baufortschritt zu leisten sind. Die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages der Beklagten stösst daher ins Leere, weil die Klägerin am 31. Dezember 2007 die von ihr in diesem Zeitpunkt gemäss Vertrag fertigzustellenden Gebäudeteile auch fertiggestellt hat.

Wie bereits dargestellt, geht aufgrund der in Ziff. 4.8 Abs. 1 WerkV getroffenen Verfalltagabrede damit auch ohne Weiteres der Verzugseintritt einher (siehe oben Ziff. IV.3.3.2.4.).

3.4. Vertragsrücktritt

3.4.1. Rechtliche Grundlagen

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Dadurch soll der Schuldner auf der einen

Seite eine realisierbare, wenn auch auf das vertretbare Minimum reduzierte Gelegenheit zur Nacherfüllung erhalten, auf der anderen Seite vor einem überraschenden Leistungsverzicht des Gläubigers bewahrt werden. Bei der Würdigung der Angemessenheit fallen sowohl Bedeutung als auch Art und Umfang der versprochenen Leistung in Betracht (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N. 9). Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist jedoch nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde, oder wenn sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (Art. 108 Ziff. 1 und 3 OR).

Auch nach Art. 190 Abs. 2 der SIA-Norm 118, welcher einen Verweis auf Art. 107 Abs. 1 OR enthält, kann der Unternehmer dem Bauherrn, der im Verzug ist, eine angemessene Nachfrist ansetzen und wenn diese abläuft, ohne dass der Bauherr Zahlung geleistet hat, den Vertrag auflösen, wenn er dies unverzüglich erklärt. Gemäss Art. 190 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist die Nachfristsetzung in den Fällen von Art. 108 OR verzichtbar.

3.4.2. Angemessene Nachfrist

Nach unbestrittenem Sachverhalt erklärte die Klägerin mit Schreiben und Faxschreiben vom 11. Februar 2008 gegenüber der Beklagten, die Voraussetzungen für eine weitere Zusammenarbeit seien seitens der Beklagten nicht mehr gegeben, und setzte ihr eine Frist bis zum 15. Februar 2008, um die ausstehenden Akontozahlungen, darunter auch die 9. Akontozahlung, zu leisten (act. 6 Rz. 70 und act. 14 Rz. 3.53 ff.).

Die Frist von lediglich vier Tagen ist zwar als kurz zu bezeichnen, erweist sich indessen unter Berücksichtigung der Umstände noch als angemessen. Bei der 9. Akontozahlung handelt es sich um die höchste der vereinbarten Zahlungen und

zwar um den namhaften Betrag von CHF 2'808'360.–. Mit diesem befand sich die Beklagte bereits seit über einem Monat in Verzug, währenddem die Klägerin mit den Bauarbeiten fortfuhr. Die Bedeutung der Zahlung muss daher für die Klägerin als hoch eingestuft werden. Dagegen erscheint die Leistung für die Beklagte trotz des erheblichen Betrages als durchaus realisierbar bzw. macht diese auch nicht geltend, sie hätte den Betrag nicht innert diesem Zeitfenster von vier Tagen leisten können. Im Gegenteil handelte es sich um eine von insgesamt 20 Akontozahlungen, wobei die Beklagte im fraglichen Zeitpunkt bereits CHF 10'54 Mio. an Akontozahlungen geleistet hatte. Zudem bot die Beklagte nach ihrer eigenen Darstellung die Sicherstellung des fraglichen Betrages an (act. 14 Rz. 2.11). Der Beklagten wurde daher mit dieser Frist von vier Tagen durchaus eine vertretbare Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben, weshalb eine angemessene Nachfristsetzung vorliegt. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin einen Anspruch auf Leistung der Akontozahlung inne hatte und sich daher nicht mit der Sicherstellung des Betrages zufrieden geben musste (vgl. dagegen act. 14 Rz. 4.10). Eine Anwendung von Art. 83 OR (vgl. act. 14 Rz. 4.13) ist nicht ersichtlich.

Selbst wenn jedoch im Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 2008 keine angemessene Nachfristsetzung zu sehen wäre, so hätte die Klägerin spätestens nach Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 11. Februar 2008 (Bestätigung und Begründung des Rückbehalts der 9. Akontozahlung) sowie deren E-Mailnachricht vom 15. Februar 2008, in welcher klar angezeigt wird, dass vor der Zustellung eines revidierten Zahlungsplanes sowie eines überarbeiteten Bauprogramms keine weiteren Zahlungen ausgelöst würden (act. 6 Rz. 72, act. 14 Rz. 3.52 und Rz. 8.19 i.V.m. 3.56), davon ausgehen dürfen, das Setzen einer (weiteren) Nachfrist erweise sich als unnützlich. Das Ansetzen einer Frist wäre vor diesem Hintergrund gar nicht erforderlich gewesen (Art. 108 Ziff. 1 OR bzw. Art. 190 Abs. 3 SIA-Norm 118). Ob in der Verfalltagabrede von Ziff. 4.8 WerkV gar die Vereinbarung eines relativen Fixgeschäfts zu sehen ist, was denkbar erscheint ("jeweils spätestens innert 30 Tagen"), kann daher offen bleiben.

3.4.3. Rücktrittserklärung

In ihrem Schreiben vom 19. Februar 2008 erklärte die Klägerin unstreitig den Rücktritt vom Werkvertrag, nachdem die 9. Akontoleistung auch bis zum 16. Februar 2008 nicht geleistet worden war (act. 6 Rz. 73, act. 14 Rz. 3.57; vgl. auch vorne Ziff. IV.2.3.). Dies stellt eine unverzügliche Erklärung dar, einerseits auf die Primärleistung zu verzichten und andererseits – in Ausübung des Wahlrechts von Art. 107 Abs. 2 OR bzw. Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118 – vom Vertrag zurückzutreten.

3.4.4. Zwischenfazit

Die Klägerin war nach dem Ausgeführten im Zeitpunkt ihrer Erklärung zum Rücktritt vom Werkvertrag berechtigt. Angesichts ihres berechtigten Vertragsrücktritts infolge der unterlassenen Leistung der 9. Akontozahlung kann dahingestellt bleiben, ob sich die Beklagte am 19. Februar 2008 auch mit der Leistung der 10. Akontozahlung in Verzug befunden hat. Der Schuldnerverzug in Bezug auf eine der Akontozahlungen ist ausreichend. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass am 31. Januar 2008 lediglich noch die Fertigstellung der Penthouse-Suite ausstand, auf welche sich allerdings beide dargestellten Verzögerungen ausgewirkt haben (siehe dazu oben Ziff. IV.3.3.3.a) sowie b)). Daher ist davon auszugehen, die Klägerin habe auch in diesem Zeitpunkt alle ihr gemäss Vertrag obliegenden Fertigstellungstermine eingehalten, was den Schuldnerverzug der Beklagten auch in Bezug auf die 10. Akontozahlung zur Folge hat.

Überdies kann vor diesem Hintergrund unbeurteilt bleiben, ob die Beklagte durch das Verfügen des Baustopps Anfang Februar 2008 oder durch die Nichtvornahme von (anderen) Mitwirkungshandlungen in Gläubigerverzug geraten ist, was die Klägerin unter Umständen ebenso zum Vertragsrücktritt berechtigt hätte. Schliesslich hat ebenso offen zu bleiben, ob anderweitige Gründe vorgelegen haben, welche der Klägerin den Rücktritt vom Vertrag hätten erlauben können.

4. Anspruch auf Werklohn

4.1. Rechtliche Grundlagen

Tritt der Unternehmer nach Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrage zurück, so wird der Werkvertrag nach Art. 109 Abs. 1 OR grundsätzlich rückwirkend aufgehoben, was die noch offenen (Primär-)Leistungspflichten der Parteien erlöschen lässt und eine Pflicht zur gegenseitigen Rückgewähr des bereits Empfangenen begründet. Befindet sich der Werkvertrag jedoch bereits im Erfüllungsstadium, so wird die Rücktrittsfolge des Art. 109 Abs. 1 OR den Interessen des Unternehmers in den wenigsten Fällen gerecht, sondern erweist sich für ihn als unzweckmässig. Deshalb muss es dem Unternehmer gestattet sein, den Werkvertrag ex nunc aufzulösen, diesen also zu kündigen, und vom Besteller wie in Art. 378 Abs. 1 OR die "Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen" gegen Überlassung des bereits hergestellten Werkteils zu verlangen. Ob der Werkteil für den Besteller brauchbar ist (vgl. Art. 379 Abs. 2 OR) oder nicht, spielt dabei keine Rolle (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2009 vom 9. Juni 2010, so auch bereits BGE 25 II 399; GAUCH, a.a.O., Rz. 1275; vgl. auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N. 10). Soweit die Parteien eine einschlägige Preisabrede für die Ausführung des Werkes getroffen haben, bestimmt sich die Höhe der nach Art. 378 Abs. 1 OR geschuldeten Teilvergütung nach Massgabe des Vertrages. Hat zum Beispiel der Unternehmer eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart war, nur (aber immerhin) zum Teil ausgeführt, so schuldet der Besteller hierfür einen der tatsächlichen Ausführung entsprechenden Teilbetrag, der zum vereinbarten Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Leistung zum Wert der ganzen Leistung (GAUCH, a.a.O., Rz. 730 mit weiteren Hinweisen).

Dies entspricht der Regelung in Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118, gemäss welcher der den Vertrag auflösende Unternehmer das Werk nicht zu vollenden braucht und Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistung gemäss Werkvertrag, samt Verzugszins, hat.

4.2. Vergütung nach Massgabe des Vertrages

4.2.1. Die Klägerin führt aus, in Ziff. 4.1 WerkV sei für die Ausführung der massgeblichen Arbeiten ein Kostendach-Werkpreis von CHF 24'930'000.– (zuzügl. MWSt.) vereinbart worden, in welchem die erforderlichen Honorare gemäss SIA, das Totalunternehmerhonorar von pauschal CHF 1'850'000.– (Ziff. 4.4 WerkV) und die Bauteuerung eingeschlossen gewesen seien. Für die Bestimmung des definitiven Werkpreises sei in Ziff. 4.3 eine offene Abrechnung verabredet worden. Die Höhe des Werklohnanspruchs der Klägerin hänge von den so ermittelten effektiven Erstellungskosten für das vertraglich geschuldete Werk ab. Eine allfällige Überschreitung des Kostendachs habe nach Ziff. 4.6 WerkV vollumfänglich zu Lasten der Klägerin gehen sollen. Im Falle einer Unterschreitung desselben sei nach Ziff. 4.7 WerkV ein Bonus der Klägerin von 25 % der Kostendifferenz (exkl. MWSt.) vereinbart worden. Ausserhalb des Kostendach-Werkpreises ausgeführte Arbeiten, also Bestellungsänderungen an dem gemäss Werkvertrag geschuldeten Werk, würden gemäss Ziff. 4.5 in Verbindung mit Ziff. 4.7 WerkV zu einer entsprechenden Anpassung des Kostendach-Werkpreises führen (act. 6 Rz. 22 f., 91b und 177). Für gewisse Leistungen seien Budgetpreise vereinbart worden. Die offene Abrechnung über diese Positionen veränderten den Kostendach-Werkpreis direkt (vgl. act. 6 Rz. 179 und 198, act. 22 Rz. 54 und 334; vgl. Ziff. 4.2 WerkV). Da die Klägerin infolge Vertragsrücktritts nun aber das Werk nicht habe fertigstellen können, sei die offene Abrechnung per vereinbarter Stichtag durchzuführen, d.h. nach dem Werkstand am 29. Februar 2008. Für dieses Datum sei ein dem damaligen Fertigstellungsgrad des Werkes entsprechender Kostendach-Werkpreis, der sog. Interimswerkpreis, zu ermitteln. Diesem seien schliesslich die effektiven Aufwendungen (zuzügl. MWSt.) der Klägerin gegenüberzustellen (act. 6 Rz. 178 f., act. 22 Rz. 291 und Rz. 556 ff.). An der Abrechnungsart selber ändere der Umstand, dass das Werk nicht vollendet worden sei, hingegen nichts (act. 22 Rz. 551).

4.2.2. Die Beklagte bestreitet den Inhalt der von der Klägerin unter Hinweis auf die Ziffern 4.1-4.7 WerkV genannten Regelungen im Werkvertrag nicht. Vielmehr weist sie darauf hin, die Klägerin habe den versprochenen Werkerfolg gar nicht erbracht, weshalb diese sich nicht auf ihr pauschales Totalunternehmerhonorar

berufen könne und auch nicht den vertraglich vorgesehenen Bonus verdient habe (act. 14 Rz. 3.28-3.33, 6.18 f.). Die wiedergegebene Art der Berechnung gelte nur für den Fall, dass die Klägerin das Werk wirklich vollendet habe, was nicht geschehen sei (act. 14 Rz. 11.1). Zudem verschweige sie, wie sich die Kosten für das aus ihrer Sicht bis Ende Februar 2008 Verbaute gegenüber dem geschuldeten Endergebnis ausnahmen (act. 14 Rz. 8.72). Überdies gäbe es keine Anhaltspunkte dafür, welcher Bruchteile des Umbauergebnisses erreicht worden sei (act. 14 Rz. 8.36). Wenn für die Klägerin ein Anspruch bestehen sollte, dann höchstens auf eine allfällige Bereicherung der Beklagten nach vollständiger Schadenersatzabrechnung aus Umbaufertigstellung. Im Weiteren habe die Beklagte keine Änderungen bestellt (act. 14 Rz. 11.1-6 und 13.2). Das von der Klägerin für Eigenleistungen verrechnete Honorar habe diese im Rahmen einer Schadenersatzrechnung weder ganz noch teilweise verdient. Ausserdem werde nicht ausgeführt, was genau wie durch wen erbracht worden sei (act. 14 Rz. 9.8.4 f.).

4.2.3. Die Beklagte vermag mit ihren grundsätzlichen Einwendungen nicht durchzudringen. Wie bereits dargestellt wurde, kommt der Klägerin nach berechtigter Vertragsauflösung ein eigentlicher Werklohnanspruch und nicht lediglich ein Bereicherungsanspruch zu. Diesem Werklohnanspruch, der nach Massgabe des Vertrages zu bestimmen ist, steht es im Weiteren gerade nicht entgegen, dass das Werk unvollendet geblieben ist. Allerdings hat die Berechnung des Werklohnes unter Berücksichtigung der nur teilweisen Fertigstellung des Werkes zu erfolgen. Als Stichtag für diese Bestimmung dient der 29. Februar 2008, was unter den Parteien unstrittig ist (act. 6 Rz. 59 ff., act. 14 Rz. 3.49 ff. und 8.4 ff.). Für diesen Stichtag ist der Fertigstellungsgrad zu ermitteln. Auch das vertraglich vereinbarte Totalunternehmer-Honorar steht der Klägerin bei einer Vergütung nach Massgabe des Vertrages grundsätzlich zu (vgl. ferner auch GAUCH, a.a.O., Rz. 947 ff. zum Gewinn- und Risikozuschlag bei der Vergütung nach Aufwand gemäss Art. 374 OR), wenn hier auch lediglich im Verhältnis des tatsächlich fertiggestellten zu dem, was nach vollständiger Erfüllung des Vertrages geschuldet gewesen wäre. Ob sich schliesslich am Ende ein Bonus für die Klägerin ergibt oder diese einen Malus zu übernehmen hat, ist nach Ermittlung der einzelnen

Kostenpositionen zu berechnen, wozu auch abzuklären sein wird, ob und in welchem Ausmass Bestellungen Änderungen durch die Beklagte zur Ausführung gelangt sind. Auf die einzelnen, für die Berechnung relevanten Grössen ist nachfolgend detailliert einzugehen. Ergänzend ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass selbst eine unberechtigte Vertragsauflösung durch die Klägerin eine grundsätzliche Vergütungspflicht der Beklagten analog Art. 379 Abs. 2 OR und damit schliesslich analog Art. 378 Abs. 1 OR bzw. gemäss Vertrag zur Folge hätte, wobei allerdings nur die für die Beklagte brauchbaren Werkteile zu vergüten wären (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 764 in Verbindung mit Rz. 730 f.).

4.3. Effektive Erstellungskosten

4.3.1. Die Klägerin führt in Rz. 94 der Klageschrift (S. 47-89) sämtliche Aufwendungen nach BKP auf, welche ihr entstanden seien. Sie nennt jeweils die ihr von einem Subunternehmer gestellte Rechnung samt Rechnungsdatum, Rechnungsbetrag und Rechnungssteller, sowie den Grund der Rechnung, der in der Regel in der durch den jeweiligen Subunternehmer am Werk erbrachten Arbeit besteht. Zudem offeriert sie die entsprechende, beigelegte Rechnung als Beweis und erklärt deren Inhalt zum integrierenden Bestandteil der Klageschrift (Beispiel: "BKP 233.2 Leuchten und Lampen: Leuchtenlieferung durch O._____ AG, Rechnung vom 18.02.2008, Total 330'000.00; Beweis: Rechnung O._____ AG (**Beilage 92/17/24**)", act. 6 Rz. 94 S. 57 und Rz. 95). Nachdem sich die Beklagte anderthalb Jahre nach Zustellung der die Aufstellung bereits enthaltenden Schlussabrechnung vom 9. Juli 2008 sowie der zugehörigen Belege nicht konkret zum Inhalt derselben geäussert habe, sei davon auszugehen, die geltend gemachten Aufwendungen nach BKP würden von der Beklagten weder dem Grundsatz nach noch im Quantitativ bestritten. Der Gesamtbetrag der Aufwendungen betrage CHF 21'594'801.80 (act. 6 Rz. 94 f.).

4.3.2. Die Beklagte legt diesbezüglich im Wesentlichen dar, sie nehme mit Nichtwissen des Hintergrunds und der Durchführung von den aufgelisteten Faktoren Kenntnis. Dies allein sage noch nichts über die Berechtigung einer Forderung der Klägerin aus. Immerhin schliesse sie darauf, dass die Fakturen bezahlt worden seien, da kein in der Auflistung vorkommender Subunternehmer eine Forde-

rung gegen sie, die Beklagte, erhoben habe. Zur offenen Abrechnung über alle Aufwendungen für die Fertigstellung des Umbaus sei es nie gekommen und habe es wegen des Vertragsbruchs der Klägerin auch nie kommen können. Ob die Klägerin die richtigen, notwendigen und preislich angemessenen Leistungen eingekauft habe, bestreite die Beklagte mit Nichtwissen. Die Schlussabrechnung der Klägerin habe sie nie akzeptiert. Die Klägerin habe eine solche, zu welcher sich die Beklagte gemäss Art. 154 SIA-Norm 118 hätte äussern müssen, nicht nach gehöriger Fertigstellung des Werks präsentiert (act. 14 Rz. 9.9 ff.). Die Beklagte sei an den Vertragsverhältnissen zwischen der Klägerin und ihren Subunternehmern nicht beteiligt und kenne diese auch nicht (act. 14 Rz. 4.5).

4.3.3. Die Klägerin weist replicando darauf hin, es sei an der Beklagten gewesen, von den aufgelisteten Fakturen nicht nur Kenntnis zu nehmen, sondern diese auch zu prüfen. Sie, die Klägerin, habe weder unberechtigte Rechnungen bezahlt, noch bezahlte Rechnungen unberechtigterweise der Beklagten weiterverrechnet. Sämtliche mit den Rechnungen verrechneten Leistungen seien richtig, notwendig und preislich angemessen eingekauft worden. Zudem seien die Rechnungen von der Klägerin nur insoweit honoriert worden, als die entsprechenden Leistungen von den Subunternehmern auch effektiv erbracht worden seien. Sollte die Beklagte der Auffassung sein, der Klägerin stehe für einzelne Rechnungspositionen bzw. Teile dieses Aufwands kein Werklohnanspruch zu, so sei es an ihr gewesen, die offene Abrechnung zu prüfen und diejenigen Positionen zu bezeichnen, für welche keine oder nur eine reduzierte Vergütung geschuldet sei. Die Beklagte habe aufgrund der vereinbarten offenen Abrechnung die entsprechenden Rechnungen bzw. Abrechnungsunterlagen einsehen und prüfen können. Soweit ihr dabei Unregelmässigkeiten oder dergleichen aufgefallen seien oder Fragen aufgetaucht wären, hätte sie von der Klägerin Einsicht in die betreffenden Verträge etc. verlangen können. Dies habe sie jedoch mit Bezug auf keine einzige Rechnungsposition getan. Die Beklagte habe es unterlassen, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und darzutun, weshalb dafür kein Werklohnanspruch bestehe. Aufgrund des Vertragsrücktritts sei vorzeitig und über ein nur teilfertiges Werk abzurechnen gewesen (act. 22 Rz. 504 ff. und 532 ff.).

4.3.4. Der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB folgend trägt der Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast für die von ihm erbrachten Aufwendungen sowie deren Erforderlichkeit. Insbesondere gilt dies auch für den Umfang der bei ihm entstandenen effektiven Selbstkosten (GAUCH, a.a.O., Rz. 1019, 1021 und 1024). Dabei müssen Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist und der Gegenbeweis angetreten werden kann. Für das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substantiierung des Bestreitens ist auf die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei abzustellen und überdies zu prüfen, inwieweit der bestreitenden Partei eine substantiierte Bestreitung überhaupt zuzumuten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2008 vom 12. August 2009 mit weiteren Hinweisen). Als von vornherein nicht bundesrechtswidrig stufte das Bundesgericht das Erfordernis ein, die Bestreitung so konkret zu halten, dass sich daraus bestimmen liesse, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden sollten. Insbesondere bei Bauabrechnungen folge bereits aus dem auch im Prozess zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben, dass der Besteller detailliert zu erklären habe, welche Positionen er nicht anerkenne, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu geben, darüber Beweis zu führen (BGE 117 II 113, jüngst bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_225/2011 vom 15. Juli 2011). Die Bestreitungslast darf jedoch nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen (BGE 105 II 143, 115 II 1). Hinsichtlich der Tatsachen, die sich aus Beilagen zu den Rechtsschriften ergeben, genügt nach der massgeblichen zürcherischen Praxis ein Hinweis auf die Beilagen ebenso wenig wie eine allgemeine Erklärung, dass die eingereichten Beilagen integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift bilden. Durch Hinweis auf die eingelegten Akten können Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Hinweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Hinweis in der Rechtsschrift klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten soll (ZR 95 Nr. 12, ZR 97 Nr. 87; ZR 102 Nr. 15).

4.3.5. Die Klägerin stellt durch die Auflistung der einzelnen Fakturapositionen in der Klageschrift (act. 6 Rz. 94) genügend deutlich und konkret dar, welche effektiven Kosten ihr für die (Teil)Werkerstellung entstanden seien. Überdies bezieht sie

durch jeweils konkrete Verweise auf die entsprechend bezeichneten und beigelegten Rechnungen deren Inhalt in ihre Behauptungen ein. Diese Darstellung ist ohne Weiteres als geeignet zu bezeichnen, der Beklagten konkrete Bestreitungen zu ermöglichen. Letztere anerkennt auch die Begleichung der aufgeführten Rechnungen. Sie bringt jedoch vor, sie könne nicht beurteilen, ob es sich dabei um notwendige und preislich angemessene Leistungen handle, und unterlässt es vollumfänglich, konkret zu behaupten, eine bestimmte Leistung sei nicht notwendig oder preislich unangemessen gewesen. Sie liefert für das Unterlassen von konkreten Bestreitungen keine nachvollziehbare Begründung. Der Hinweis, sie kenne die Vertragsverhältnisse zwischen der Klägerin und ihren Subunternehmern nicht (act. 14 Rz. 4.5), vermag eine fehlende Bestreitung jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Soll gemäss Vertrag die Klägerin zur Ermittlung ihres Werklohnes über ihre effektiven Baukosten abrechnen (vgl. Ziff. 4.3 WerkV), liegt es in der Natur der Sache, dass die fraglichen Positionen ihre Grundlage in Verträgen zwischen der Klägerin und ihren Subunternehmern haben.

Zudem ist unbestritten geblieben, dass die Klägerin der Beklagten bereits die Abrechnung vom 9. Juli 2008 sowie die zugehörigen Belege zustellte (act. 6 Rz. 81 und Rz. 95, act. 14 Rz. 8.34 f.) und Letztere die entsprechenden Abrechnungsunterlagen hätte einsehen können, worauf sie jedoch verzichtete (act. 22 Rz. 506). Dass es sich bei dieser Abrechnung um keine Schlussabrechnung "nach gehöriger Fertigstellung des Werks" (vgl. act. 14 Rz. 9.15) handeln kann, versteht sich von selbst und ändert nichts an der unterlassenen Prüfung und Einsichtnahme. Da die Klägerin nach ihrem Vertragsrücktritt Anspruch auf eine der Teilfertigstellung entsprechende Teilvergütung hatte, musste es ihr auch möglich sein bzw. erweist es sich gar als notwendig, der Beklagten eine dieser Teilfertigstellung entsprechende (Schluss)Abrechnung vorzulegen, was die Klägerin offensichtlich mit der Abrechnung vom 9. Juli 2008 getan hat.

Schliesslich ergibt sich aus den Schilderungen der Parteien, dass die für die Beklagte handlungsberechtigten Personen – das Umbauobjekt befand sich grundsätzlich während und nach der Bauarbeiten im Hotelbetrieb – sowie vor allem auch deren Bauherrenbegleitung auf bzw. in unmittelbarer Nähe der Baustelle vor Ort gewesen sind bzw. die Baustelle insbesondere nach dem Anfang Februar

2008 verfügten Baustopp sogar ihrer ausschliesslichen Herrschaftssphäre zuzuordnen war. Schon alleine deswegen fällt die Möglichkeit zur Überprüfung, ob eine bestimmte Arbeit notwendig war, und die allfällige Beanstandung einzelner Fakturapositionen in ihren unmittelbaren Einflussbereich. Ausserdem konnte die Beklagte fast alle vormaligen Subunternehmer der Klägerin für die Fertigstellung des Umbaus selber unter Vertrag nehmen (act. 14 Rz. 3.76), was ebenso eine vertiefte Einsicht in den Umfang der bereits geleisteten Arbeiten sowie in deren Verhältnis zu den notwendigen, noch zu leistenden Arbeiten mit sich bringt (Definierung der Schnittstellen, vgl. act. 14 Rz. 3.69). So führt auch die Beklagte selber aus, die Vergabe der Arbeiten sei "nach einer minutiösen Bestandaufnahme des unter der Klägerin Erbrachten" erfolgt (act. 14 Rz. 3.76). Wenn sie sich vor diesem Hintergrund mit einer pauschalen Bestreitung der von der Klägerin konkret dargelegten Kostenpositionen, noch dazu "mit Nichtwissen", begnügt, kann dies nicht verfangen. Der Beklagten wären hier konkrete Bestreitungen durchaus möglich und zumutbar gewesen, zumal die Klägerin in der Replik ausdrücklich auf die auch aus ihrer Sicht mangelnde Bestreitung hinwies (act. 22 Rz. 505 f.). Die Folgen davon, dass sie ein konkretes Bestreiten darauf unterlassen hat, hat sie selber zu tragen. Diese Beurteilung stellt im Ergebnis auch keine Umkehr der Beweislastverteilung dar.

Das Dargelegte gilt im Übrigen auch für das in den effektiven Erstellungskosten enthaltene Honorar der Klägerin, welches diese in der BKP-Position ... für die Projekt- und Bauleitung durch sie selber bzw. Leistungen eines durch sie beigezogenen Architekten und eines externen Bauleiters im Gesamtbetrag von CHF 1'580'750.75 verrechnet. Die Einwendungen der Beklagten dringen auch diesbezüglich nicht durch. Dass vorliegend der Klägerin ein Anspruch auf vertragsgemässe Honorierung im Rahmen des fertiggestellten (Teil)Werkes zukommt, wurde bereits ausgeführt (siehe oben Ziff. IV.4.2.3.). Zudem ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass sie 85 % ihrer Bauleistungen erbracht hat, während noch 15 % ausstehen sind (siehe zur Erstellung der Fertigstellungsgrade der einzelnen BKP-Positionen unten Ziff. IV.4.4.4.). In Anbetracht des Umstandes, dass unbestrittenermassen für die Bauleitung ein Pauschalhonorar von CHF 1,85 Mio. für die Fertigstellung des Werkes vereinbart wurde und das

Teilhonorar von CHF 1'580'750.75 entsprechend dem dargelegten Fertigstellungsgrad der BKP-Position ... von 85 % verrechnet wurde (act. 6 Rz. 94 S. 87 f. mit Verweis auf act. 8/92/124-126, act. 22 Rz. 530), ist es nicht zu beanstanden.

4.3.6. Nach dem Ausgeführten erweisen sich die Vorbringen der Klägerin über die bei ihr effektiv entstandenen Kosten als genügend detailliert behauptet. Sie werden von der Beklagten nicht ausreichend substantiiert bestritten. Es ist somit auf die diesbezüglichen Angaben der Klägerin abzustellen (act. 6 Rz. 94 S. 47-89) und als erstellt zu betrachten, dass für die Umbauarbeiten bis zum Stichtag 29. Februar 2008 bei der Klägerin effektive Erstellungskosten (inkl. Honorar für Projekt- und Bauleitung) von insgesamt CHF 21'594'801.80 angefallen sind.

4.4. Bonus infolge Unterschreitung des Interims-Kostendach-Werkpreises

4.4.1. Nach Ziff. 4.7 WerkV hat die Klägerin – wie bereits ausgeführt (siehe oben Ziff. IV.4.2.1.-3.) – Anspruch auf 25 % der Kostendifferenz (exkl. MWSt.), falls der Gesamtbetrag der Schlussabrechnung unter dem (allenfalls) angepassten Kostendach-Werkpreis zu liegen kommt. Kommt es zu einer Überschreitung des Kostendach-Werkpreises, so geht diese vollumfänglich zu Lasten des Unternehmers (Ziff. 4.6 WerkV). Beim vereinbarten "Kostendach-Werkpreis" handelt es sich infolge des daran geknüpften vertraglichen Bonus-Malus-Systems eigentlich um einen sog. Referenzpreis. Bei dessen Unterschreitung partizipiert der Unternehmer an der betreffenden Einsparung zu einem Viertel (Bonus), während die Vergütung bei dessen Überschreitung grundsätzlich auf den Referenzpreis beschränkt ist (Malus; vgl. act. 6 Rz. 22, act. 14 Rz. 5.15 sowie ferner GAUCH, a.a.O., Rz. 1038-1041). In der Folge wird jedoch zur grösseren Klarheit die Bezeichnung der Parteien des Referenzpreises als "Kostendach-Werkpreis" beibehalten.

Auch Ziff. 4.1 WerkV stellt klar, dass sich der Werkpreis aufgrund der effektiven Baukosten und dem (allenfalls durch genehmigte Mehr- oder Minderkosten angepassten) Kostendach-Werkpreis bestimmt. Unterschreiten die effektiven Baukosten also den Kostendach-Werkpreis, so hat die Beklagte der Klägerin die effektiven Baukosten (inkl. allfällige Honorare und Nebenkosten zuzügl. MWSt.) sowie den sich aus der Einsparung ergebenden Bonus zu bezahlen. Der schlussendli-

che Vergütungsanspruch der Klägerin im Falle der Unterschreitung des Kostendaches bestimmt sich also offensichtlich nicht in der Weise, dass – trotz der effektiv niedrigeren Baukosten – der relevante Kostendach-Werkpreis mit dem aus der Differenz errechneten Bonus *addiert* würde, wie es die Klägerin in ihrer Schlussrechnung tut (vgl. act. 6 Rz. 92 und Rz. 198). Dies liefe der vertraglichen Bonus-Malus-Regelung, nach welcher der Klägerin aus einer Einsparung lediglich ein Anteil von 25 % zugute kommen bzw. die Beklagten daran zu 75 % teilhaben soll, diametral zuwider. Überdies kann infolge der nur teilweisen Fertigstellung des Werkes nicht der ursprüngliche Kostendach-Werkpreis von CHF 24,93 Mio. als Referenz genommen werden. Es muss vielmehr – worauf die Klägerin auch zutreffend hinweist (act. 6 Rz. 178 f. und act. 22 Rz. 291, 528 und 540) – mit einem Interimswert, einem Interims-Kostendach-Werkpreis, gerechnet werden. Dieser hat sich – vergleichbar mit einem vereinbarten Pauschalpreis (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 538) – am Fertigstellungsgrad des abgelieferten Werkes zu orientieren.

4.4.2. Die Klägerin bezeichnet diesen Interims-Kostendach-Werkpreis lediglich mit "Interimswerkpreis", was insofern missverständlich ist, als es sich eben nur um den Interims-Kostendach-Werkpreis als Referenzwert zur Bestimmung des schlussendlichen Werkpreises und nicht um den schlussendlichen Werkpreis selber handelt (vgl. dazu act. 6 Rz. 178 f. und act. 22 Rz. 291, 528 und 540). Sie führt diesbezüglich aus, dieser Interims-Kostendach-Werkpreis betrage CHF 21,807 Mio. und verweist zu dessen Herleitung ausdrücklich auf die Schlussabrechnung Stand 8. Juli 2008 und zwar auf die Spalte "KV Stand Vertragsauflösung 29.02.08" (act. 8/79/2, vgl. demgegenüber die Errechnung des ursprünglichen Kostendach-Werkpreises von CHF 24,93 Mio. in der Spalte "KV-Original"). Die Fertigstellungsgrade, welche sie aufgrund ihrer fundierten Baustellenkenntnis, ihrer Akten, des Inhalts der amtlichen Befundaufnahme vom 29. Februar / 3. März 2008 sowie ausgehend von ihrer Erfahrung bestimmt habe, führt sie in Bezug auf die einzelnen BKP-Positionen konkret in der Klageschrift (act. 6 Rz. 180) auf. Weiter listet sie in der Schlussabrechnung Stand 8. Juli 2008 in der genannten Spalte "KV Stand Vertragsauflösung 29.02.08" für jede BKP-Position einzeln auf, welcher Wert des Interims-Kostendach-Werkpreises – ausgehend von den einzelnen Fertigstellungsgraden – anstatt des ursprünglichen

Kostendach-Werkpreises (Spalte "KV-Original") auf sie entfällt. Eine Summierung der einzelnen, auf die Teilfertigstellung umgerechneten Kostendachpositionen ergibt dann den Wert von CHF 21,807 Mio. als Interims-Kostendach-Werkpreis (act. 6 Rz. 178 ff. und act. 22 Rz. 291, 528 und 540).

4.4.3. Die Beklagte bringt dagegen vor, sie müsse sich keinen Interimswerkpreis entgegen halten lassen, da sie Anspruch auf einen fertiggestellten Umbau zum vereinbarten Kostendach gehabt habe. Die Klägerin müsse sich die Mühe einer Ermittlung eines solchen Interimswerkpreises gar nicht machen, da es einen solchen nicht brauche, um eine allfällige, der Beklagten verbliebene Bereicherung zu errechnen (act. 14 Rz. 11.4 f.). Die von der Klägerin aufgeführten Werte der Fertigstellungsgrade der einzelnen BKP-Positionen bestreite sie mit Nichtwissen. Welcher Baufortschritt Ende Februar 2008 mit Bezug auf das vereinbarte Umbauergebnis erreicht gewesen sei, lasse die Klägerin offen und liesse sich nicht ermitteln. Diese Werte müssten massive Kostenüberschreitungen enthalten, welche die Beklagte nicht zu vertreten habe. Zudem liessen sich die in den Spalten "ausgeführte Arbeit prozentual" und "noch auszuführende Arbeit prozentual" erscheinenden Werte nicht nachvollziehen und seien nicht schlüssig, da die Beklagte selber noch CHF 6,778 Mio. habe aufwenden müssen, um 100 % des Werkerfolgs zu erreichen (act. 14 Rz. 8.36 und 11.8 ff.).

4.4.4. Die einzelnen Fertigstellungsgrade werden von der Klägerin für jede BKP-Position, welche sie für Berechnung des Interims-Kostendach-Werkpreises heranzieht, genau aufgeführt und damit einmal rechtsgenügend behauptet. Seitens der Beklagten erfolgt – wie schon bei den effektiven Kostenpositionen (siehe oben Ziff. IV.4.3.5.) – auch zu den Fertigstellungsgraden keine konkrete Bestreitung, obwohl ihr eine solche durchaus zugemutet hätte werden können. Es kann insofern auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden. Die Klägerin stellte der Beklagten die Abrechnung vom 9. Juli 2008 unter Beilage des Dokuments Schlussabrechnung Stand 8. Juli 2008 (act. 8/79/2) bereits im Jahre 2008 zu (act. 6 Rz. 81 und 179, act. 14 Rz. 8.36, act. 22 Rz. 559), woraus für die Beklagte die Bestimmung der einzelnen Fertigstellungsgrade und Ermittlung des Interims-Kostendach-Werkpreises bereits in diesem Zeitpunkt ersichtlich waren. Der beklagte Standpunkt, die Klägerin lasse die Fertigstellungsgrade offen, trifft da-

her nicht zu. Gleiches gilt für die Ansicht, die Bestimmung eines Interimswerkpreises sei nicht notwendig (vgl. oben Ziff. IV.3.4.1.). Unterlässt die Beklagte jedoch ausgehend von dieser (unzutreffenden) Annahme die substantiierte Bestreitung der diesbezüglich relevanten Behauptungen der Klägerin, so kann ein solches Vorgehen eine fehlende Bestreitung nicht rechtfertigen. Zudem hatte die Beklagte und ihre Bauherrenbegleitung ab dem verfügten Baustopp Anfang Februar 2008 die alleinige Hoheit über die Baustelle inne und vergab die Fertigstellungsarbeiten erst "nach einer minutiösen Bestandaufnahme des unter der Klägerin Erbrachten" (act. 14 Rz. 3.76) an die vormaligen Subunternehmer der Klägerin. Dies hätte es der Beklagten ohne Weiteres erlaubt, die von der Gegenseite faktisch bereits im Jahre 2008 und nun im Prozess aufgestellten Behauptungen zum Fertigstellungsgrad der Arbeiten zu beurteilen und gegebenenfalls im Einzelnen zu bestreiten. Eine pauschale Bestreitung aller Werte unter Berufung auf "Nichtwissen" ist angesichts der von der Klägerin im Einzelnen dargelegten Fertigstellungsgrade für jede BKP-Position sowie der sich daraus ergebenden Anteile des Interimskostendach-Werkpreises vor dem Hintergrund der ausgeführten Umstände nicht genügend. Zudem wies auch die Klägerin in der Replik auf die aus ihrer Sicht fehlende, substantiierte Bestreitung durch die Beklagte hin (act. 22 Rz. 556 ff.), was die Beklagten auch nicht dazu veranlasste, entsprechende Bestreitungen vorzubringen.

Es ist auch keineswegs so, dass sich die von der Klägerin dargestellten Fertigstellungsgrade per se als unschlüssig erweisen würden. Auch der von der Beklagten angeführte Betrag, welchen sie noch aufgewendet habe, um das Werk zu vollenden, steht dem nicht entgegen. Es ist einerseits keineswegs sicher, dass die Fertigstellung des Werkes nach den Wünschen der Beklagten (ob nun diese alle bereits im Vertrag enthalten waren oder Bestellungsänderungen darstellten) bei der Klägerin effektive Baukosten von lediglich CHF 24,93 Mio. generiert hätte. So rechnet auch die Klägerin mit effektiven Endkosten in einer Höhe von über CHF 26 Mio., wobei sie freilich die Meinung vertritt, diese Mehrkosten seien infolge von Bestellungsänderungen von der Beklagten zu tragen (vgl. act. 6 Rz. 180 S. 126 unten, act. 22 Rz. 441), was hier jedoch nicht ausschlaggebend ist. Andererseits ist auch völlig offen, welche Arbeiten die Beklagte den Subunternehmern

im Rahmen der Fertigstellung des Werks aufgab und welche Mehrkosten durch den Baustopp und den Wechsel der Bauleitung entstanden sind. Der Einwendung der Beklagten ist daher – unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen der genannten Fertigstellungskosten – nicht zu folgen.

4.4.5. Aufgrund des Ausgeführten sind mit den Ausführungen der Klägerin die einzelnen Fertigstellungsgrade der BKP-Positionen gemäss Klageschrift (act. 6 Rz. 180) sowie der sich daraus ermittelte Interims-Kostendach-Werkpreis von CHF 21,807 Mio. – vor einer allfälligen Bereinigung infolge Bestellungsänderungen – anzunehmen (entspricht der Summe der einzelnen Positionen in Spalte 'KV Stand Vertragsauflösung 29.02.08'; act. 6 Rz. 179, act. 22 Rz. 540, vgl. act. 8/79/2).

4.5. Bestellungsänderungen

4.5.1. Die Klägerin macht zusammengefasst weiter geltend, die Beklagte habe gegenüber dem im Werkvertrag vereinbarten Leistungsumfang verschiedene Bestellungsänderungen vorgenommen, deren Kosten einen Gesamtbetrag von CHF 1'888'923.40 erreicht hätten. Sie führt dazu 24 Nachtragspositionen auf und bezeichnet die Mehrkosten, aus denen sich diese Nachträge zusammen setzen und den Kostendach-Werkpreis beeinflussen sollen (act. 6 Rz. 96 ff.).

4.5.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin substantiiere die angeblichen Bestellungsänderungen nirgends. Sie führe keinen einzigen Vorgang auf, in dem das vertraglich in den Ziff. 8.1 und Ziff. 8.2 WerkV vorgesehene Prozedere für Bestellungsänderungen, welches auf der Schriftform basiere und bei welchem die Auswirkungen auf das Kostendach, den Zahlungsplan sowie die Termine hätten aufgezeigt werden müssen, eingeschlagen worden wäre. Keine der internen Aufzeichnungen trage die Unterschrift der Beklagten und aus keinem Dokument im Mehrkostenordner gehe hervor, dass die Beklagte mit dem Tatbestand von Bestellungsänderungen überhaupt je konfrontiert worden sei und dazu hätte Stellung nehmen können. Die Klägerin habe Formulare "Änderungsantrag Bauherr" eingereicht, in denen die jeweiligen Arbeiten bereits als "ausgeführt" vermerkt worden seien ohne dass die Beklagte an der für die Unterschrift der Bauherrschaft vorgesehenen Stelle unterschrieben habe. Damit zeige sie, dass

sie um das vertraglich vorgesehene Prozedere für Bestellungsänderungen gewusst, es aber dennoch nicht durchlaufen habe. Im Weiteren habe die Klägerin nicht ausreichend über allfällige Mehrkosten informiert. Erst Mitte Februar 2008 habe sie eine Liste der provisorischen Mehr- und Minderkosten abgegeben, welche von der Beklagten zurückgewiesen worden sei. Sie, die Beklagte, habe nie mehr verlangt, als ihr im Rahmen des "B'._____ Standard" zugestanden habe (act. 14 Rz. 7.45 und Rz. 10.1-14).

4.5.3. Die Klägerin entgegnet dazu in der Replik im Wesentlichen, die Beklagte habe in Bezug auf keine Teilleistung bestritten, dass diese überhaupt erbracht worden sei. Zudem habe das Fehlen von schriftlichen Bestellungsänderungen der Beklagten oder ihrer Bautreuhänderin nicht zur Folge, dass deswegen eine Erhöhung des Kostendaches bereits entfallen würde. Die Beklagte habe Leistungsumfänge, auf welche sie bei den Vertragsverhandlungen aus Kostengründen verzichtet habe, über weite Strecken mündlich rückgängig gemacht. Sie habe wissen müssen, dass jedes Zurückkommen auf eine ausgehandelte Kosteneinsparungsmassnahme zu einem entsprechenden Anstieg der Baukosten führen würde. Über Mehrkosten sei denn auch verschiedentlich diskutiert bzw. seien diese angezeigt worden. Die Beklagte könne sich daher in diesen Fällen nicht auf die fehlende Schriftlichkeit berufen. Auch mit Bezug auf die Bestellungsänderungen, welche in den restlichen, in Ergänzung zum vertraglich Geschuldeten verlangten Leistungen zu sehen seien, hindere die fehlende Schriftlichkeit nicht. Die entsprechenden Arbeiten seien nicht nur mit implizierter Zustimmung der Beklagten, sondern auf deren bzw. deren weisungsbefugter Bautreuhänderin ausdrückliches Geheiss hin ausgeführt worden. Die Beklagte sei bereits zu Beginn der Bauarbeiten mittels mündlicher Weisungen selber von den vertraglichen Abmachungen abgewichen. Sodann sei in Ziff. 8.2 Abs. 1 WerkV vorgesehen, dass nur Änderungen und Zusätze gegenüber dem Leistungsbeschrieb, welche durch den Bauherrn schriftlich veranlasst würden, den Bestimmungen des Werkvertrags unterliegen und den Kostendach-Werkpreis verändern würden. Die Beklagte habe sich jedoch nicht an dieses Prozedere gehalten. Bei mündlichen Bestellungsänderungen gelange Abs. 2 derselben Bestimmung bzw. das Erfordernis der schriftlichen Offertenstellung daher gar nicht zur Anwendung (act. 22 Rz. 22 lit. a-lit. b)iv.).

Im Weiteren dürften an die Substantiierung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, da – sei unumstritten, dass die Klägerin eine Leistung erbracht habe – für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Bestellsänderung es nichts zur Sache tue, wer genau die fraglichen Arbeiten wem gegenüber wann genau bestellt habe. Massgeblich sei einzig, ob die entsprechende Leistung nach dem Vertrag geschuldet sei oder ob es sich um zusätzliche Arbeiten gehandelt habe. Der Umstand, dass die Klägerin allenfalls nicht bei allen Zusatzarbeiten eine entsprechende Erhöhung angekündigt habe, stehe der Erhöhung des Kostendaches auch nicht entgegen, da die Beklagte nicht in guten Treuen darauf habe schliessen können, die Klägerin würde die Leistung unter dem vertraglichen Kostendach erbringen. Die Qualifikation einer Weisung als Bestellsänderung setze nicht einmal voraus, dass sie vom Besteller als solche erkannt werde (act. 22 Rz. 22 lit. b)v.-lit. d). Schliesslich stünde der Klägerin selbst für die Ausführung von nicht bestellten Zusatzleistungen ein entsprechender Ausgleichsanspruch nach Massgabe der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu (act. 22 Rz. 24).

4.5.4. Vorliegend gilt es zunächst, sich vor Augen zu führen, dass die Frage, ob eine konkrete Arbeit der Klägerin auf eine Bestellsänderung zurückgeht, hauptsächlich für die Bestimmung des Kostendach-Werkpreises von Bedeutung ist und in diesem Ausmass lediglich indirekt Auswirkungen auf den geschuldeten Werkpreis hat. In der Aufstellung der für den Umbau effektiv angefallenen Baukosten, welche der Klägerin erstelltermassen (siehe oben Ziff. IV.4.3.6.) in der Höhe von insgesamt CHF 21'594'801.80 angefallen sind und welche die Beklagte ihr grundsätzlich auch bis zum Erreichen des Kostendaches zu vergüten hat, ist der Aufwand, den die Klägerin auf Bestellsänderungen zurückführt, richtigerweise bereits enthalten (act. 22 Rz. 540, vgl. beispielhaft nur Nachtrag 01, bei welchem die sich aus act. 8/94/1/4 und act. 8/94/1/5 ergebenden Rechnungen von CHF 4'420.– (P._____ AG) und CHF 691.95 (Q._____ AG) bereits in act. 8/92/40/8 und act. 8/92/38/13 und damit in der Aufstellung der effektiven Baukosten in act. 6 Rz. 94 S. 66 f., Rechnung P._____ AG vom 7. März 2008 über CHF 7'250.– sowie Schlussrechnung der Q._____ AG vom 1. April 2008 über CHF 82'913.80 enthalten sind). In der Tat bestreitet die Beklagte auch in vor-

liegendem Zusammenhang nicht im Einzelnen die Erbringung der Leistungen an sich im Rahmen der Erfüllung des Werkvertrages, sondern vielmehr deren vertragliche bzw. rechtliche Einordnung als Bestellsänderung. Diese zeigt sich in zweierlei Hinsicht: Unbestrittenermassen führt die Annahme einer Bestellsänderung einerseits dazu, dass sich der Kostendach-Werkpreis gemäss Ziff. 4.5 und Ziff. 8.2 WerkV entsprechend anpasst bzw. erhöht (act. 6 Rz. 177, act. 14 Rz. 11.1 ff., act. 22 Rz. 16 und 441). Andererseits ist gemäss Ziff. 4.5 WerkV auf den Kosten der Bestellsänderungen ein allfälliges, zusätzliches Architektenhonorar von 6 %, ein Totalunternehmerhonorar von 6 % sowie eine Nebenkostenpauschale von 5 % geschuldet (act. 6 Rz. 23 und 98 ff., act. 14 Rz. 6.18 f., vgl. act. 8/23 S. 7 und 13).

Für die von der Klägerin eventualiter vorgebrachten Anspruchsbegründung aus ungerechtfertigter Bereicherung (act. 22 Rz. 24) bleibt nach dem Ausgeführten von vornherein kein Raum. Die anfallenden Kosten sind – unabhängig von deren Auswirkung auf den Kostendach-Werkpreis – in den effektiven Baukosten enthalten. Kommen diese letztendlich unter dem Interims-Kostendach-Werkpreis zu liegen, erfolgt eine Entgeltung aller Positionen. Muss die Klägerin wegen Überschreitung des Kostendachs, das unter Berücksichtigung der als Bestellsänderungen behaupteten Sachverhalte ermittelt worden ist, gewisse Positionen selber tragen, so geschieht dies aufgrund der mit werkvertraglicher Regelung vorgenommener Risikoverteilung unter den Parteien und nicht in ungerechtfertigter Weise. Darüber hinaus erwiesen sich die klägerischen Vorbringen auch nicht als genügend substantiiert, um eine allfällige konkrete Bereicherung der Beklagten darzulegen, da dafür nicht einfach von den der Klägerin bei der Erbringung der Arbeiten angefallenen Aufwendungen ausgegangen werden kann.

4.5.5. Bestellsänderungen stellen eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar. Diese können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien haben oder unter Umständen auch einseitig veranlasst werden. Letzteres können die Parteien im Werkvertrag durch eine sog. Vereinbarungsklausel ausschliessen, indem sie vorsehen, dass ohne Vereinbarung überhaupt keine Bestellsänderung zustande kommt. Die Bestellsänderung durch Vereinbarung beruht auf einem Änderungsvertrag. Haben die Parteien für die konsensuale Be-

stellungsänderung vertraglich eine besondere Form vorbehalten, so wird nach Massgabe von Art. 16 Abs. 1 OR (widerlegbar) vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten. Häufig ist auch eine Vereinbarungsklausel in der Weise qualifiziert, dass sie für die vorausgesetzte Vereinbarung eine besondere Form vorbehält oder für deren Wirksamkeit verlangt, dass darin zugleich auch die finanziellen und/oder terminlichen Folgen der Beststellungsänderung geregelt werden. Unter Vorbehalt einer sich aus der Formabrede ergebenden gegenteiligen Vermutung kann die Beststellungsänderung grundsätzlich auch stillschweigend vereinbart werden, indem der Besteller z.B. in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unternehmers anstandslos geschehen lässt. Dies ist jedoch nur mit Zurückhaltung anzunehmen (GAUCH, a.a.O., Rz. 768 ff. und Rz. 789c, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 9.). Um keine Beststellungsänderungen handelt es sich dagegen bei nachträglichen Konkretisierungen der vom Unternehmer geschuldeten, im Werkvertrag aber nicht bis in alle Details differenziert umschriebenen Leistung. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird lediglich näher bestimmt, jedoch nicht verändert (GAUCH, a.a.O., Rz. 810b). An die Beststellungsänderung kann ein Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung anknüpfen (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 785).

4.5.6. Unbestrittenermassen vereinbarten die Parteien im Werkvertrag in Bezug auf Beststellungsänderungen das folgende Prozedere (Ziff. 8.2 WerkV; vgl. act. 14 Rz. 7.45 und 10.4, act. 22 Rz. 22 S. 16 f., vgl. act. 8/23 S. 13):

" 8.2 Änderungen oder Zusätze gegenüber dem Leistungsbeschrieb, welche durch den Bauherrn schriftlich veranlasst werden, unterliegen den Bestimmungen dieses Werkvertrages und verändern den Kostendach-Werkpreis.

Vor Ausführung der Änderung oder Zusätze und allfälligen nicht im Werkpreis inbegriffenen Leistungen, unterbreitet der TU eine schriftliche Offerte (inkl. allenfalls erforderlichen Honoraren gemäss Ziff. 4.5, Nebenkosten und MWST) gegliedert nach den einzelnen BKP-Positionen inkl. Beschrieb des Umfangs sowie Anzeige bezüglich Veränderung des Kostendach-Werkpreises und allenfalls des Termins. Als Ausführungsbestätigung gilt die durch den Bauherrn rechtzeitig gegengezeichnete Auftragsbestätigung. Liegt diese Auftragsbestätigung nicht oder nicht rechtzeitig vor, erfolgt die Ausführung gemäss den entsprechenden Grundlagen, gemäss GLV TU-Submission.

Nachträgliche Offerten des TU bezüglich nachträgliche Geltendmachung von Mehrkosten oder Terminverschiebungen werden durch den Bauherrn nicht akzeptiert."

In dieser sich in der Hauptvertragsurkunde befindlichen Vertragsziffer sind die Parteien überein gekommen, dass Bestellungenänderungen auf einem Konsens bzw. einer Vereinbarung der Parteien beruhen müssen, indem auf Veranlassung der Beklagten eine entsprechende Offertenstellung durch die Klägerin erfolgt, welche von der Beklagte bestätigt werden muss (Akzept). Als Formerfordernis wurde Schriftlichkeit vorgesehen ("schriftliche Offerte", "gegengezeichnete Auftragsbestätigung"). Zudem wurde – ganz im Sinne einer typischen Vereinbarungsklausel – verlangt, dass die schriftliche Offerte der Klägerin einen Beschrieb des Umfangs sowie eine Anzeige zu einer allfälligen Veränderung des Kostendach-Werkpreises und der Termine enthalten muss. Eine einseitige Erklärung von nur einer Partei oder eine bloss mündlich getroffene Vereinbarung sollte gemäss dieser Vertragsziffer zu einer Änderung des Vertragsinhalts bzw. des Leistungsumfangs dagegen nicht ausreichen. Dies wird auch von den Parteien nicht vorgebracht. Bei Ziff. 8.2 WerkV ist daher nicht von einer blossen Beweisform, sondern von einer Abschlussform auszugehen. Die getroffene Regelung ist auch ohne Weiteres nachvollziehbar, beinhaltet das vorgesehene Prozedere doch einen Schutzmechanismus für beide Seiten. Die Klägerin soll Klarheit darüber erhalten, welcher vom Vertrag abweichende Leistungsumfang genau verlangt wird. Die Beklagte soll dagegen durch das Erfordernis der Bestätigung einer schriftlichen und bestimmte Informationen enthaltenden Offerte der Klägerin in die Lage versetzt werden, darüber zu entscheiden, ob sie am Änderungswunsch auch unter den entsprechend offerierten Kosten- und Terminfolgen festzuhalten bereit ist (vgl. auch GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 25 N. 2 in fine).

4.5.7. Die Klägerin stellt sich nun auf den Standpunkt, von diesem vereinbarten Prozedere sei im Einzelfall abgewichen worden, weshalb der Formvorbehalt keine Wirkung entfalte bzw. sich die Beklagte nicht auf diesen berufen könne. Für eine diesbezügliche Prüfung müsste aber genau dargelegt werden, in welcher Weise die Bestellungenänderungen vorgenommen worden sind bzw. inwiefern sich die Parteien mit übereinstimmendem Willen über das Formerfordernis hinweggesetzt haben. Die formfreie und damit auch konkludente Abänderung eines Formvorbe-

haltes ist – wie bereits angesprochen – zwar grundsätzlich möglich. So kann beispielsweise die Vornahme von Erfüllungshandlungen ein Indiz dafür bilden (BGE 105 II 78). Vereinbaren die Parteien allerdings ausdrücklich, dass – unabhängig von einer allfälligen Form für den Vertragsschluss als solchen – auch Änderungen des Vertragsinhaltes zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten Form bedürfen, so ist eine formfreie Aufhebung nicht leichthin anzunehmen (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 16 N. 10 f.). Es ist in einer solchen Regelung nämlich durchaus auch der zu respektierende Wille der Parteien erkennbar, eben gerade auszuschliessen, dass ein späterer Verstoss ihrerseits gegen die Formvorschriften als konkludente Aufhebung derselben verstanden würde (vgl. BK-SCHMIDLIN, Art. 16 N. 46 ff.).

4.5.8. Die von der Klägerin unter dem Stichwort "Vertragswirklichkeit" im Allgemeinen dargestellten Umstände (act. 22 Rz. 22 lit. b)i.-v.) reichen für sich genommen nicht aus, um auf eine konsensuale Abänderung des Formvorbehaltes zu schliessen. Ob daran die klägerischen Vorbringen zu den einzelnen Nachträgen etwas zu ändern im Stande sind, soll dort jeweils für den Einzelfall abgehandelt werden. Zu den allgemein angewendeten Grundsätzen und den entsprechenden Parteiausführungen hier jedoch bereits das Folgende:

Allein die Behauptung, bestimmte Arbeiten seien auf "ausdrückliches Geheiss" der Beklagten oder deren Bautreuhänderin erfolgt, kann vorliegend noch keine genügende Grundlage dafür bilden, es sei dabei auch (stillschweigend) eine Beststellungsänderung vereinbart worden. Aufgrund des klaren, vertraglich vereinbarten Prozederes für Beststellungsänderungen ist für die allfällige Annahme dessen konsensualer Aufhebung das Behaupten weiterer konkreter Umstände erforderlich. Ohne solche musste die Beklagte nach Treu und Glauben – ein vorrangiger tatsächlichen Vertragswille einer bestimmten Person zu einer bestimmten Zeit wurde nicht konkret behauptet (vgl. oben Ziff. IV.3.3.2.2.) – noch nicht davon ausgehen, durch die blosser Ausführung der Arbeiten auf ihr Geheiss hin seien die besonderen Anforderungen an eine Beststellungsänderung mit Wirkung auf den Kostendach-Werkpreis abgeändert bzw. aufgehoben worden. Dem vereinbarten formgebundenen Beststellungsänderungsvorgang kommt nach dem mutmasslichen Willen der Parteien nämlich eine besondere Bedeutung zu.

Vorliegend ist nämlich gerade zwischen den Parteien umstritten, was als vom Werkvertrag bereits umfasste Leistung zu gelten hat und was nicht. Das Prozedere der formellen Beststellungsänderung dient im Rahmen des Werkvertrages insbesondere auch dazu, bei allfällig unterschiedlichem Verständnis über den Leistungsumfang – was im Laufe der Realisierung eines Bauvorhabens durchaus zu erwarten ist – die Arbeiten innerhalb des Kostendach-Werkpreises von denjenigen ausserhalb abzugrenzen. Dies bedeutet unter anderem, dass die Vertragsparteien grundsätzlich darauf vertrauen durften, die Gegenpartei werde diesen einschlägigen Abgrenzungsmechanismus bzw. das Prozedere anrufen, wenn sie der Meinung sei, es handle sich um eine Beststellungsänderung. Umgekehrt unterstellt diese Vertragsauffassung grundsätzlich Arbeiten, bei denen das Prozedere von der Gegenseite nicht angerufen wird, dem ursprünglichen Kostendach. Dieser Mechanismus gilt an sich unabhängig davon, ob eine Leistung von dem durch Vertrauensauslegung bestimmten, ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang umfasst wäre oder nicht. So wäre es den Parteien auch unbenommen, eine nach Treu und Glauben eigentlich bereits im Kostendach enthaltene Leistung dennoch mit einer Beststellungsänderung zu regeln und gültig eine Mehrvergütung zu vereinbaren.

Es kann daher der Beklagten nicht zur Last gelegt werden, sie habe sich durch mündliche Veranlassung von Leistungen (als erste) über die in Ziff. 8.2 WerkV getroffene Regelung hinweggesetzt. War die Beklagte nämlich der Auffassung, es handle sich bei einer gewünschten Leistung nicht um eine Beststellungsänderung, sondern um die Präzisierung einer vertraglich geschuldeten Leistung, so bestand für sie gar kein Grund, das Prozedere für Beststellungsänderungen zu veranlassen. Die Klägerin, die eine solche Leistung in der Folge dennoch vornimmt, ohne sich vor der Arbeitsausführung konkret auf das Vorliegen einer Beststellungsänderung zu berufen oder das dafür vorgesehene Prozedere aufzunehmen, mithin auch keine konkreten Mehrkosten oder Terminverschiebungen offeriert, setzt im Hinblick auf eine allfällige stillschweigende Übereinkunft zur Abänderung des Vertrages vielmehr den gegenteiligen Anschein, nämlich dass auch sie der Meinung ist, eine Leistung sei vom ursprünglichen Vertragsumfang umfasst und unter dem vereinbarten Kostendach-Werkpreis zu erbringen. In diesem Sinne statuiert auch

Ziff. 8.2 WerkV, dass die Ausführung gemäss den entsprechenden Vertragsgrundlagen bzw. der GLV TU-Submission erfolgt, wenn keine gegengezeichnete Auftragsbestätigung der Beklagten vorliegt.

Es wäre daher an der Klägerin gewesen, die Ausführung von Leistungen, die ihrer Meinung nach eine kostendachrelevante Beststellungsänderung bedeuten und von der Beklagten lediglich mündlich veranlasst wurden, zu verweigern oder eine dem Vertrag entsprechende Offerte zu machen. Dem Inhalt einer solchen Offerte und einer darauf basierenden Einigung kommt in Bezug auf die Änderung des Kostendach-Werkpreises entscheidende Bedeutung zu. Das Erfordernis der Schriftlichkeit kann zwar unter bestimmten Umständen tatsächlich entfallen, wenn beide Parteien bewusst darauf verzichtet haben, zum Beispiel wenn die Klägerin die Offerte zur Beststellungsänderung und deren Folgen der Beklagten mündlich unterbreitet und diese die Offerte mündlich bestätigt hätte. Doch das Vorliegen einer entsprechenden Offerte überhaupt bzw. zumindest der Hinweis oder andere besondere Umstände, die gegenüber der Beklagten darauf schliessen liessen, dass eine bestimmte Leistung nach klägerischer Meinung eine Zusatzleistung bzw. Änderung des Vertrages mit einem bestimmten Einfluss auf den Kostendach-Werkpreis darstellt, ist in Anbetracht der klaren Regelung von Ziff. 8.2 WerkV in jedem Fall vorauszusetzen und müsste konkret behauptet werden.

Mit anderen Worten ginge es zu weit und liefe es Treu und Glauben zuwider, allein aus der Behauptung, die Beklagte habe mündlich bestimmte Arbeiten veranlasst, welche dann von der Klägerin ohne Weiteres durchgeführt worden seien, darauf zu schliessen, die Beklagte habe damit formlos eine den Kostendach-Werkpreis beeinflussende Beststellungsänderung vereinbaren wollen und auf die vereinbarte und sie zur Kostenkontrolle befähigende Offerte verzichtet. Der vereinbarte Kostendach-Werkpreis bzw. Ziff. 8.2 WerkV sollte zweifelsohne das Kostenrisiko der Beklagten begrenzen und ihr Kostenkontrolle vermitteln. Zwar musste auch für die Beklagte – zumindest soweit sie um den Charakter einer eigentlichen Mehrleistung wusste oder hätte wissen müssen – evident sein, dass die Klägerin derartige (Mehr)Leistungen nicht erbringen wollte, ohne überhaupt Kosten dafür zu veranschlagen. Dies stand jedoch hier nicht zur Disposition. Da sich der Werkpreis vorliegend (im Unterschied zu einem Pauschalpreis) in einem ers-

ten Schritt ohnehin nach den in offener Abrechnung zu ermittelnden, effektiven Baukosten bestimmen sollte, waren die Kosten für die unter dem Vertrag konkret vorgenommenen Leistungen so oder anders mittels offener Abrechnung in den Gesamtaufwand der Klägerin einzurechnen und von der Beklagten bis zum Erreichen des Kostendachs grundsätzlich zu vergüten. Nur bei einer Überschreitung des Kostendach-Werkpreises wäre eine Übernahme des Aufwands durch die Beklagte erfolgt. Um den insofern relevanten Kostendach-Werkpreis aber selbst zu verändern, war das in Ziff. 8.2 WerkV festgelegte Prozedere, welches gerade erfüllt sein muss, damit von "Änderungen" auf Wunsch des Bauherrn im Sinne von Ziff. 5.2.5 (vgl. act. 22 Rz. 27) gesprochen werden kann, einzuhalten oder aber von beiden Parteien bewusst davon abzuweichen. Von einem solchen bewussten Abweichen kann jedoch nur ausgegangen werden, soweit sich die Parteien auch einig über die Natur der Leistung als eine, das Kostendach verändernde Mehrleistung waren. Eine solche, die gesetzliche Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR widerlegende Einigung bzw. Anhaltspunkte, die darauf schliessen liessen, müssen aber im Einzelnen konkret und substantiiert behauptet werden. Einmal mehr sind in diesem Zusammenhang die mit Verfügung des Handelsgerichts vom 7. Oktober 2010 erteilten Substantiierungshinweise zu nennen (act. 17). Insofern kann der Standpunkt der Klägerin, es seien keine hohen Anforderungen an die Substantiierung zu stellen, soweit unumstritten sei, dass die Klägerin eine Leistung erbracht habe (vgl. act. 22 Rz. 22 S. 18), nicht geteilt werden.

Dem Ausgeführten steht ferner auch nicht die Regelung in Ziff. 5.1(.1) des Werkvertrages entgegen, auf welche die Klägerin verweist und sich beruft (act. 22 Rz. 23). Dort wird festgehalten, dass im Werkpreis sämtliche für die vertragsgemässe und funktionell einwandfreie Erstellung des Bauwerks notwendigen Leistungen inkl. erforderliche Planung, erforderliche Anpassungsarbeiten, insbesondere sämtliche Leistungen und Lieferungen des Totalunternehmers und seiner Subunternehmer und Lieferanten bezüglich der festgelegten Ausführung enthalten sind (vgl. act. 8/23 S. 9). Werden nun von der Klägerin auf Wunsch der Beklagten zusätzliche Arbeiten erbracht, welche allenfalls von der ursprünglich festgelegten Ausführung nach BKP-Positionen abweichen, wird jedoch eine qualifizierte Beststellungsänderung im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV unterlassen, erscheint

die Auffassung mit erstgenannter Bestimmung durchaus vereinbar, diese Arbeiten erfolgten dennoch unter dem Werkvertrag bzw. in dessen Erfüllung, das heisst unter Einbezug in die effektiven Baukosten (wie auch von der Klägerin selbst in der Folge vorgenommen, vgl. oben Ziff. IV.3.3.5.), jedoch ohne Beeinflussung des Kostendachs. So sind gemäss Ziff. 5.1 WerkV die Leistungen bezüglich der festgelegten Ausführung auch lediglich "insbesondere" im Werkpreis enthalten, neben ebenfalls erwähnten "erforderlichen Anpassungsarbeiten", worunter allfällige Anpassungen ausserhalb von Beststellungsänderungen nach Ziff. 8.2 WerkV auch subsumiert werden können. Ziff. 5.1 WerkV schliesst damit den Einbezug von Leistungen, die mit der ursprünglichen Festlegung nicht komplett übereinstimmen, jedoch nicht formell durch Beststellungsänderung geregelt wurden, unter den Vertrag (und damit in die offene Abrechnung) sowie unter das ursprüngliche Kostendach nicht aus.

Schliesslich kann die Klägerin auch aus dem Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 nichts für sich ableiten (act. 22 Rz. 22 S. 14). Dort wird vielmehr in Abgrenzung zum Urteil des Bundesgerichts 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000 betont, dass Formvorbehalte sehr wohl beachtlich sind und im zweitgenannten Fall eben kein solcher Vorbehalt vorgesehen war. Im vorliegenden Fall besteht hingegen der Vorbehalt von Ziff. 8.2 im ursprünglichen Werkvertrag und es ist anhand der einzelnen Vorbringen zu den Nachträgen zu beurteilen, ob diesem Vorbehalt – über die soeben behandelten Überlegungen hinaus – konkrete Umstände entgegen stehen.

4.5.9. Nachtrag 01: Diverse Anpassungen im Erdgeschoss

a) Der Klägerin zufolge hätten im Erdgeschoss auf Wunsch der Beklagten drei anstatt der geplanten zwei Vitrinen ausgeführt werden müssen. Für die Erstellung der zusätzlichen Vitrine (Anpassung Mauerwerk, Mehrausmass an Unterlagsboden sowie an Gipser-/Malerarbeiten) seien Mehrkosten von CHF 3'500.– (zuzügl. MWSt.) angefallen. Zudem sei die Garderobe im Erdgeschoss umprojektiert worden (massive Wände anstelle Leichtbauwänden). Ferner habe auf Geheiss der Beklagten ein provisorisches Schreinermöbel für die Kleiderausgabe hergestellt werden müssen, weil die Beklagte nötige Entscheide nicht rechtzeitig getroffen

habe. Die diesbezüglichen Mehrkosten hätten CHF 10'111.95 (zuzügl. MWSt.) betragen. Daraus resultierten nach Hinzurechnung von 6 % Totalunternehmerhonorar sowie 5 % Nebenkostenpauschale Gesamtkosten für die Beststellungsänderung von CHF 15'150.10 (act. 6 Rz. 98-101).

b) Die Beklagte führt dazu aus, es handle sich dabei um Präzisierungen im Rahmen des "B'._____ Standards" und der Festlegung der Detailausführung. Diese seien vom versprochenen Werkerfolg bzw. dem Grundleistungsumfang des Werkvertrages erfasst und fielen nicht unter Ziff. 5.2 WerkV. Die Beklagte sei nie mit einer Beststellungsänderung konfrontiert worden. In Ziff. 8.1 Abs. 3 WerkV sei zudem festgehalten worden, dass nachträgliche Mehrkosten des Totalunternehmers durch die Bauherrin nicht akzeptiert würden. Die Beklagte habe der Vornahme von Zusatzleistungen nie zugestimmt, sondern habe sie als im Werkerfolg bzw. im Kostendach inbegriffen betrachten dürfen. Das Nötigwerden des provisorischen Schreinermöbels habe die Klägerin selber zu vertreten (act. 14 Rz. 10.15-17).

c) Die Klägerin verweist replicando auf die Ziff. 5.1.1 und Ziff. 5.2 WerkV und bringt vor, das Liefern einer zusätzlichen Vitrine sei als eine vom Bauherrn gewünschte Änderung zu qualifizieren, welche nicht im Werkpreis inbegriffen sei und zu einer Erhöhung des Kostendachs führe. In den ursprünglichen Plänen seien weder eine dritte Vitrine noch bei der Garderobe eine massive Wand oder ein Möbel für die Kleiderausgabe bezeichnet worden (act. 22 Rz. 26-31).

d) Die Beklagte bestreitet mit ihren Vorbringen, wonach es sich bei den Arbeiten um Präzisierungen des ursprünglichen Leistungsumfangs handle, nicht, dass die von der Klägerin umschriebenen Leistungen (3. Vitrine, massive Wände der Garderobe, provisorisches Schreinermöbel) von ihr veranlasst worden sind. Die Klägerin legt jedoch mit keinem Wort dar, dass das Prozedere für Beststellungsänderungen gemäss Ziff. 8.2 WerkV durchgeführt worden sei. Sie macht weder das Stellen einer schriftlichen Offerte noch das Vorliegen einer schriftlichen Bestätigung durch die Beklagte geltend. Sie behauptet auch nicht konkret, solches sei mündlich erfolgt, woraus allenfalls ein Verzicht auf die vereinbarte Schriftlichkeit hätte abgeleitet werden können. Überhaupt unterlässt sie es, detailliert darzule-

gen, welche natürliche Person bei der vorliegenden "Bestellungsänderung" welchen Willen aufgewiesen habe. Auf welche konkreten Umstände – neben den bereits abgehandelten allgemeinen Vorbringen – sie genau stützt, die Parteien seien (stillschweigend) übereingekommen, ohne Durchführung des Prozederes für Bestellungsänderungen die Leistungen gemäss Nachtrag 01 doch als Bestellungsänderung mit Veränderung des Kostendach-Werkpreises zu vereinbaren, ist nicht ersichtlich. Dabei wurde die Klägerin mit Verfügung vom 7. Oktober 2010 ausdrücklich darauf hingewiesen, sie habe konkret darzulegen, woraus sich die Vereinbarung einer Bestellungsänderung oder Zusatzleistung ergebe (act. 17 S. 4).

Dass das blosses Ausführen der Arbeiten durch die Klägerin – unabhängig von der Auslegung des ursprünglichen Vertragsumfangs – dazu nicht ausreicht, wurde bereits dargelegt (siehe oben Ziff. IV.4.5.8.). Es kann hier im Übrigen mit Blick auf die oben zitierte Bundesgerichtsrechtsprechung auch nicht davon gesprochen werden, die Parteien hätten die an die Schriftlichkeit knüpfenden Pflichten oder Obliegenheiten trotz Nichteinhaltung der Schriftlichkeit vorbehaltlos erbracht, was einen gegenseitigen Verzicht auf die Einhaltung der Formvorschrift bedeuten könnte (vgl. BGE 105 II 78). Das Tätigwerden der Klägerin erfolgte – soweit behauptet – gänzlich ohne vorherige (zumindest mündliche) Offertenstellung oder einen entsprechenden Hinweis auf Mehrkosten und konnte insofern aus Sicht der Beklagten auch nicht ohne Weiteres als Erfüllungshandlung einer Bestellungsänderung nach Ziff. 8.2 WerkV qualifiziert werden. Die Klägerin macht somit keine konkrete Anhaltspunkte geltend, die Grundlage dafür bilden könnten, die Parteien hätten – trotz Ziff. 8.2 WerkV – im Zeitpunkt der Veranlassung von Nachtrag 01 einen der Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR widersprechenden (tatsächlichen oder mutmasslichen) Willen aufgewiesen.

Daher erscheint die Berufung der Beklagten auf die vereinbarten Anforderungen des Bestellungsänderungsvorgangs auch nicht als rechtsmissbräuchlich, zumal von der Klägerin nicht konkret dargelegt wurde, die Parteien hätten gerade die fraglichen Leistungen bereits bei den Vertragsverhandlungen thematisiert und schliesslich aus Kostengründen gestrichen (vgl. act. 22 Rz. 22 lit. b)i. und ii., S. 14 f. mit Verweis auf act. 6 Rz. 96 ff. und 13 ff.). Nur der Ergänzung halber ist anzufügen, dass unter Ziff. 5.1.1. WerkV sämtliche provisorische Massnahmen

zur Aufrechterhaltung des kompletten Hotelbetriebes, worunter die Anfertigung des provisorischen Schreinermöbels zu zählen wäre, ohnehin bereits im ursprünglichen Leistungsbeschrieb enthalten sind.

Nach dem Ausgeführten handelt es sich bei den unter diesem Nachtrag aufgeführten Leistungen um keine Bestellungen im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV, die den Kostendach-Werkpreis beeinflussen. Somit ist auch kein zusätzliches Honorar oder eine Nebenkostenpauschale geschuldet.

4.5.10. Nachtrag 02: Diverse Anpassungen im 1. Untergeschoss

a) Die Klägerin macht hier infolge von Leistungsänderungen auf Anordnung der Beklagten Mehrkosten von CHF 14'780.– (zuzügl. MWSt.) für die folgenden Minder- bzw. Mehrleistungen geltend: Verzicht auf Erstellung einer Raumtrennwand (Raum ...) sowie eines Ausgusses an der Wand (Raum ...); Erstellung einer doppelflügeligen Türe anstelle einer einflügeligen Türe (Raum ...); Einbau einer doppelflügeligen Türe und eines elektrischen Schiebetors (Raum ...). Nach Addition von Totalunternehmerhonorar sowie Nebenkostenpauschale resultierten Mehrkosten von insgesamt CHF 16'450.15 (zuzügl. MWSt.) (act. 6 Rz. 102-105).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 02 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 (act. 14 Rz. 10.18).

c) Die Klägerin bringt in der Replik neben einem Verweis auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 lediglich vor, die fraglichen Leistungen könnten nicht als unter dem Kostendach geschuldete blosse Präzisierungen des ursprünglichen Werkvertrags qualifiziert werden (act. 22 Rz. 32 f.).

d) Auch hier hat die Vornahme der einzelnen Leistungen auf Anordnung der Beklagten als von dieser anerkannt zu gelten. Die Klägerin bringt jedoch im Weiteren nichts Konkretes vor, woraus sich die gegenseitige Übereinkunft ergeben würde, das in Ziff. 8.2 WerkV vorgesehene Prozedere für Bestellungen ausser Kraft zu setzen und formlos eine das Kostendach beeinflussende Bestellungenänderung zu vereinbaren. Auch im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 verwiesen werden. Damit handelt es sich ebenso bei den unter die-

sem Nachtrag aufgeführten Leistungen um keine Bestellungenänderungen im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV, die den Kostendach-Werkpreis beeinflussen.

4.5.11. Nachtrag 03: Diverse Anpassungen im 2. und 3. Untergeschoss

a) Auch hier führt die Klägerin verschiedene Änderungsarbeiten mit den dazugehörigen Mehr- und Minderkosten auf. Sie macht daraus Mehrkosten von insgesamt CHF 12'840.– (zuzügl. MWSt.), unter Hinzurechnung von Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale CHF 14'290.90 (zuzügl. MWSt.) geltend (act. 6 Rz. 106-109).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 03 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 (act. 14 Rz. 10.19).

c) Die Klägerin bringt in ihrer Replik neben einem Verweis auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 lediglich vor, die fraglichen Leistungen könnten nicht als unter dem Kostendach geschuldete bloss Präzisierungen des ursprünglichen Werkvertrags qualifiziert werden (act. 22 Rz. 34 f.).

d) Es gilt das bereits zu Nachtrag 01 ausgeführte (siehe oben Ziff. IV.4.5.9.). Damit handelt es sich ebenso bei den unter diesem Nachtrag aufgeführten Leistungen um keine Bestellungenänderungen im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV, die den Kostendach-Werkpreis beeinflussen.

4.5.12. Nachtrag 04: EW-Schacht im 2. Untergeschoss

a) Die Klägerin bringt vor, die zuständigen Behörden hätten im Zuge der Bauarbeiten verlangt, dass ein bestehender Elektroschacht im Gebäudeinneren, welcher alt und brüchig gewesen sei und den einschlägigen Vorschriften offenbar nicht mehr entsprochen habe, durch einen neuen Schacht ausserhalb des Gebäudes ersetzt werde. Die Kosten hätten sich auf CHF 44'179.15 für Baumeisterarbeiten und CHF 3'805.85 für die EW-Schachtabdeckung belaufen. Zusammen mit den Honoraren Bauingenieur, HLKSE-Ingenieur und Totalunternehmung sowie der Nebenkostenpauschale hätten sich Mehrkosten von CHF 56'407.30 (zuzügl. MWSt.) ergeben (act. 6 Rz. 110-112).

b) Die Beklagte entgegnet, die Klägerin habe das Risiko, dass ein Bauteil aufgrund einer behördlichen Auflage, die sich erst durch die Detailplanung und entsprechende Detailbefundaufnahme ergebe, anders als geplant ausgeführt werden müsse, im Werkvertrag vorbehaltlos übernommen. Sie beruft sich zudem auf Ziff. 8.1 Abs. 2 WerkV, nach welchem die Klägerin die Beklagte über (nicht vom Bauherrn ausgehende) Abweichungen gegenüber den Vertragsplänen mit allfälligen Folgen auch bezüglich Kosten vor der Bauausführung hätte schriftlich orientieren müssen. So etwas sei nie geschehen, obwohl dieses Vorgehen auch in Art. 25 und 59 SIA-Norm 118 niedergelegt sei (act. 14 Rz. 10.20-10.22).

c) Die Klägerin führt daraufhin aus, Hintergrund für den neuen Schacht sei eine Auflage des Elektrizitätswerkes D._____ gewesen, da die bestehende Anlage veraltet gewesen sei. Sie, die Klägerin, habe sich nicht dazu verpflichtet, das Risiko von Erschwernissen der fraglichen Art zu übernehmen. Auch eine Verletzung der Anzeigepflicht nach Art. 25 oder Art. 59 Abs. 3 SIA-Norm 118 liege nicht vor. Sie habe die Herren R._____ von der Bautreuhänderin der Beklagten sowie M._____ von der Beklagten selber über die Notwendigkeit einer solchen Anlage sowie die damit verbundenen Behinderungen im Betrieb orientiert. Der Aufwand sei mit den detaillierten Rechnungen der Firma S._____ AG vom 8. April 2008 und vom 2. April 2008 ausgewiesen (act. 22 Rz. 36-39).

d) Vorliegend ist klar und auch unbestritten (siehe oben Ziff. IV.4.3.), dass die von der Klägerin geltend gemachten Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erstellung des EW-Schachts unter den Werkvertrag fallen und im Rahmen der vereinbarten offenen Abrechnung in die effektiven Baukosten einzurechnen sind (vgl. act. 6 Rz. 94 S. 51). Fraglich ist lediglich, ob auch der Kostendach-Werkpreis – wie dies die Klägerin geltend macht – um die durch die behördliche Anordnung entstandenen Mehrkosten zu erhöhen ist. Unbestritten ist weiter, dass sich die Notwendigkeit des Ersatzes des EW-Schachts erst im Zuge der Detailplanung bzw. -befundaufnahme gezeigt hat und dass es sich bei der nun erbrachten Leistung um eine Abweichung von den Vertragsgrundlageplänen handelt. Für die Frage, ob die daraus entstandenen Mehrkosten auch den Kostendach-Werkpreis beeinflussen, ist von Bedeutung, ob und wie der Werkvertrag ein solches Risiko in Bezug auf die Bestimmung des Kostendachs überhaupt regelt bzw. zwischen den

Parteien verteilt. Unabhängig davon ist aber nach der unbestritten gebliebenen Sachdarstellung der Beklagten bei Abweichungen gegenüber den Vertragsgrundlageplänen für die Beeinflussung des Kostendaches vertraglich eine schriftliche Anzeigepflicht, inklusive Hinweis auf die Kostenfolgen, an die Beklagte vorgesehen worden (Art. 8.1 Abs. 2 WerkV) und somit ebenso vorauszusetzen.

Die Klägerin bringt nicht vor, eine derartige Anzeige vorgenommen zu haben. Der unbestrittene Umstand, die Klägerin habe Herrn R._____ von der Bautreuhändlerin sowie Herrn M._____ von der Beklagten über die Notwendigkeit eines EW-Schachts sowie die damit verbundenen Behinderungen im Betrieb "orientiert", stellt noch keine Behauptung einer *schriftlichen* Bekanntgabe der Abweichungen einschliesslich der nun geltend gemachten Kostenfolgen bzw. eine entsprechend substantiierte Bestreitung der beklagten Position dar. Im Übrigen würde die dargelegte blosser Orientierung entgegen den Ausführungen der Klägerin auch den Anforderungen von Art. 59 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 25 SIA-Norm 118 nicht gerecht. Diese verlangt nämlich neben der Anzeige der ausserordentlichen Umstände, dass auch die Absicht der Berufung auf Art. 59 SIA-Norm 118 anzuzeigen sei (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 59 N. 10). Allerdings läge hier ohnehin kein Fall von Art. 59 SIA-Norm 118 vor, da zum Einen die getroffene vertragliche Regelung Vorrang genießt und zum Anderen nach den in der Rechtsprechung zum vergleichbaren Art. 373 Abs. 2 OR aufgestellten Grundsätzen offensichtlich nicht von einer übermässigen Erschwerung der Fertigstellung bzw. einer einschneidenden behördlichen Massnahme gesprochen werden kann, steht doch vorliegend ein Mehraufwand von ca. CHF 50'000.– einem Gesamtwerkpreis von ca. CHF 25 Mio. gegenüber (vgl. dazu GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 59 N. 1 und 5 mit weiteren Hinweisen).

Nach dem Ausgeführten ergibt sich, dass der Kostendach-Werkpreis in Bezug auf Nachtrag 04 bereits deswegen nicht zu erhöhen ist, da die Klägerin keine genügende Anzeige im Sinne von Ziff. 8.1 Abs. 2 WerkV an die Beklagte vorgenommen hat.

4.5.13. Nachtrag 05: Energiekanal im 2. Untergeschoss

- a) Die Klägerin macht hier einen Mehraufwand von CHF 114'155.85 geltend, welcher unter Hinzurechnung von Honoraren für den Bauingenieur, für den HLK-SE-Ingenieur sowie für die Klägerin selbst und die Nebenkostenpauschale Mehrkosten von CHF 131'055.45 (zuzügl. MWSt.) ergäbe. Diese Mehrkosten seien durch die Erstellung eines neuen Energiekanals im 2. Untergeschoss entstanden, da bedingt durch statische Probleme im Gebäude die Leitungen nicht in der ursprünglich geplanten Form hätten geführt werden können und auf eine weiter entfernte Steigzone habe ausgewichen werden müssen. Zum Schutz der Leitungen und zu deren Bündelung habe ein neuer Kanal erstellt und teilweise in den Fels gesprengt werden müssen (act. 6 Rz. 113-115).
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 05 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 (act. 14 Rz. 10.23 f.).
- c) Die Klägerin bringt in der Replik neben einem Verweis auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 lediglich vor, bei einem neuen Energiekanal handle es sich nicht um eine Präzisierung, sondern um eine mehrvergütungspflichtige Zusatzleistung, welche das Kostendach erhöhe (act. 22 Rz. 40 f.).
- d) Aufgrund der Ausführungen zu Nachtrag 04, die auch hier Geltung beanspruchen, ist festzuhalten, dass die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Energiekanals zwar in die effektiven Baukosten einzurechnen sind (vgl. act. 6 Rz. 94 S. 51; siehe oben Ziff. IV.4.3.), jedoch den Kostendach-Werkpreis nicht erhöhen. Die Klägerin legt auch hier nicht dar, wie sie ihrer Anzeigepflichtigkeit, welche gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten (act. 14 Rz. 10.22, act. 22 Rz. 36-39) nach dem Vertrag für eine Erhöhung des Kostendachs erforderlich ist und welche gemäss beklagtischer Behauptung unterblieben ist, gerecht geworden sein soll. Welche Partei bei entsprechender Anzeige letztendlich das Risiko der statischen Probleme im Gebäude zu tragen gehabt hätte, kann daher auch hier offen bleiben (vgl. aber die Übernahme des Baugrundrisikos durch die Klägerin in Ziff. 5.1.1 WerkV, act. 8/23 S. 9 f.).

4.5.14. Nachtrag 06: Diverse Anpassungen im 1. bis 4. Obergeschoss

- a) Einmal mehr führt die Klägerin verschiedene Änderungsarbeiten mit den dazugehörigen Mehr- und Minderkosten auf. Sie macht daraus Mehrkosten von insgesamt CHF 10'100.– (zuzügl. MWSt.), unter Hinzurechnung von Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale, von CHF 11'241.30 (zuzügl. MWSt.) geltend (act. 6 Rz. 116 f.).
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 06 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 (act. 14 Rz. 10.23 f.).
- c) Die Klägerin verweist replicando lediglich auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 und äussert, die fraglichen Leistungen seien Bestellungsänderungen der Beklagten und keinen blossen Präzisierungen geschuldet (act. 22 Rz. 42).
- d) Es gilt das bereits zu Nachtrag 01 ausgeführte (siehe oben Ziff. IV.4.5.9.). Damit handelt es sich ebenso bei den unter diesem Nachtrag aufgeführten Leistungen um keine Bestellungsänderungen im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV mit Einfluss auf den Kostendach-Werkpreis.

4.5.15. Nachtrag 07: Zusätzliche Abbrucharbeiten

- a) Die Klägerin lässt ausführen, sie habe einen Mehraufwand von CHF 232'755.70 an Baumeisterarbeiten gehabt, da die Deckenstärken, die in den Submissionsunterlagen mit 0.40 Meter bzw. als Hohlbalkendecken angegeben worden seien, effektiv eine Stärke bis zu 1.0 Meter erreicht hätten und es sich teils um massive Betondecken gehandelt habe. Daraus hätten sich nach Hinzurechnung von Honoraren für den Bauingenieur und die Klägerin sowie zuzüglich der Nebenkostenpauschale Mehrkosten von CHF 260'057.10 belaufen (zuzügl. MWSt.; act. 6 Rz. 118-121).
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 07 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 (act. 14 Rz. 10.25).
- c) Die Klägerin legt in der Replik dar, die Abweichungen im Aufbau der Decken seien ohne Eingriff in die Bausubstanz gar nicht erkennbar gewesen. Sie habe das Risiko solcher Erschwernisse nicht übernommen und müsse sich auch keine

unterlassene Anzeige vorwerfen lassen. Sie habe Herrn R._____ von der Bau-
treuhänderin der Beklagten sowie die Herren T._____ und U._____ anlässlich ei-
nes Baurundgangs über die Erschwernisse orientiert. Herr R._____ habe mit kei-
nem Wort ausgeführt, die zusätzlichen Arbeiten würden nicht zu einer Anpassung
des Kostendachs berechtigen (act. 22 Rz. 43 f.).

d) Es gelten die Ausführungen zu Nachtrag 04. Der Klägerin kam nach Ziff. 8.1
Abs. 2 WerkV die Obliegenheit zu, der Beklagten Abweichungen gegenüber den
Vertragsgrundlageplänen samt allfälligen Kostenfolgen schriftlich anzuzeigen. Die
Behauptungen zur Orientierung der Herren R._____, T._____ und U._____ erfül-
len dieses Erfordernis in mehrfacher Hinsicht nicht. Zum Einen wird offensichtlich
keine Schriftlichkeit behauptet und im Übrigen auch mit nichts ausgeführt, die Par-
teien bzw. ihre Vertreter hätten von diesem Erfordernis in Bezug auf derartige Än-
derungen Abstand genommen. Zum anderen wird nicht dargelegt, Vertreter der
Beklagten hätten einer Erhöhung des Kostendachs im Zusammenhang mit den
vorgenommenen Leistungen zugestimmt. Dass Herr R._____ *nicht* ausgeführt
habe, die Arbeiten würden *nicht* zu einer Anpassung berechtigen, kann ange-
sichts der Anzeigeobligenheit auf Seiten der Klägerin nicht ausreichen. Auch aus
der nicht bestrittenen, fehlerhaften Angabe in den Submissionsunterlagen kann
die Klägerin nichts für sich ableiten, führt sie doch gleichzeitig selber aus, der
Aufbau der Decken sei ohne Eingriff in die Bausubstanz gar nicht, also auch für
die Beklagte nicht erkennbar gewesen, was gleichzeitig die Bedeutung der Anzei-
geobligenheit nach Entdeckung der Fehlerhaftigkeit illustriert. Welche Partei
letztendlich nach dem Werkvertrag das Risiko der verborgenen Deckenbeschaf-
fenheit zu tragen hatte, kann daher auch hier offen bleiben (vgl. aber die Über-
nahme des Baugrundrisikos durch die Klägerin in Ziff. 5.1.1 des WerkV, act. 8/23
S. 9 f.).

Selbst wenn jedoch vorliegend davon ausgegangen werden könnte, die Beklagte
habe das Risiko der Deckenbeschaffenheit zu tragen und die Klägerin habe eine
vertragsgemäss Anzeige vorgenommen, so wäre nicht substantiiert dargelegt, in-
wiefern sich die Baumeisterarbeiten, deren Leistung an sich unbestritten ist, auf
welche Abbrucharbeiten welcher Decken mit welcher (zu starken) Dicke bezogen
haben. Nur der darauf beruhende Teil der Baumeisterarbeiten könnte nämlich als

zusätzlicher Aufwand das Kostendach erhöht haben. Die blosser Angabe, "die Deckenstärken" hätten "bis zu 1.0 m" erreicht und es habe sich "teils um massive Betondecken" gehandelt, was zu "zusätzlichen Abbrucharbeiten" geführt habe (act. 6 Rz. 118-121), reicht für eine solche Zuordnung nicht aus.

Zusammengefasst findet eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises auch gestützt auf Nachtrag 07 nicht statt.

4.5.16. Nachtrag 08: Baustelleninstallation

a) Die Klägerin führt unter diesem Titel aus, wegen einer nachträglichen Anweisung des Tiefbauamtes von D._____ habe sie entlang der V._____ [Strasse in D._____] eine Signalisationsanlage aufstellen müssen, was einen Mehraufwand von insgesamt CHF 11'344.95 (zuzügl. MWSt.) generiert habe. Zudem habe die Beklagte während der Sommerhochsaison eine in verschiedener Hinsicht spezielle Herrichtung der Baustelleninstallation (Entfernung und Wiederaufstellen von Gerüstung bei Haupteingang, Pavatexwände im Erdgeschoss, Verschiebung der Bauplatzinstallation und Kaschierung mit weissem Geotextil) verlangt. Dies habe einen Aufwand von CHF 75'059.90 (zuzügl. MWSt.) nach sich gezogen. Die Mehrkosten samt Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale hätten insgesamt CHF 96'168.60 (zuzügl. MWSt.) betragen.

b) Die Beklagte verweist auch betreffend den Nachtrag 08 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 und macht geltend, dass schon im Werkvertrag eine aufgeräumte Bauplatzinstallation während der Sommerhochsaison zugesichert worden sei (act. 14 Rz. 10.26 f.).

c) Die Klägerin präzisiert in der Replik, die Signalisationsanlage sei aus Sicherheitsgründen verlangt worden (Kreuzen von Fahrzeugen / Busbetrieb). Zudem ginge die von der Beklagten gewünschte Herrichtung der Bauplatzinstallation über das Erfordernis einer aufgeräumten Baustelle offensichtlich hinaus (act. 22 Rz. 45-48).

d) Betreffend die von der Klägerin angeführten Beststellungsänderungen hinsichtlich des Herrichtens der Baustelle über die Sommerhochsaison gilt das bereits unter Nachtrag 01 zu den von der Beklagten veranlassten Arbeiten Gesagte.

Auch hier waren die anerkannten Aufwendungen zwar in die effektiven Baukosten einzurechnen (vgl. act. 6 Rz. 94 S. 49 f.), eine entsprechende Erhöhung des Kostendachs scheidet jedoch – auch wenn die Leistungen nicht den Planvorgaben entsprochen haben sollten – an der nicht genügend substantiiert vorgebrachten Bestellungsänderung im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV. Zu dem aus der behördlichen Anordnung erwachsenen Aufwand für die Signalisationsanlage ist auf die Ausführungen zum Nachtrag 04 zu verweisen (siehe oben Ziff. IV.4.5.12.). Es wurde auch hier nicht von der Klägerin dargestellt, die entsprechenden Leistungen vorgängig der Beklagten vertragsgemäss angezeigt zu haben, weshalb nicht beurteilt werden muss, wem das Risiko betreffend Kostendacherhöhung einer solchen behördlichen Anordnung vertraglich zugewiesen wurde. Immerhin ist zu ergänzen, dass Ziff. 5.1.1 WerkV das Schützen und Sichern der bestehenden nicht umzubauenden Gebäudeteile und der Umgebung mit Abschränkungen gegen Schäden und zum Schutz anderer in den Werkpreis einschliesst, so wie auch die Befolgung aller gesetzlichen und behördlichen Vorschriften, die am 1. Januar 2007 in Kraft waren (vgl. act. 8/23 S. 9). Nach dem Ausgeführten findet keine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises gestützt auf den Nachtrag 08 statt.

4.5.17. Nachtrag 09: Fassade

a) Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe bei den Fenstern verschiedene Bauausführungen verlangt (Fenster mit höherem Isolierwert als 1.1/32dB, verdeckte Beschläge, symmetrische Griffe, Hagergriffe), welche CHF 91'135.70 (zuzügl. MWSt.) gekostet hätten. Zudem hätten die Fenster der Nordfassade mit Fensterläden versehen werden sollen, was eine Verteuerung von CHF 70'000.– (zuzügl. MWSt.) zur Folge gehabt habe. Hinsichtlich dieser Arbeiten sei im Rahmen der Vertragsverhandlungen, in welchen der Kostendach-Werkpreis von den ursprünglich offerierten CHF 31'350'000.– auf CHF 24'630'000.– (zuzügl. MWSt.) herabgesetzt worden sei, zahlreiche Einsparungen vorgesehen worden. Darunter ausdrücklich die Verwendung von Fenstern mit Isolierwert von lediglich 1.1/32dB, sichtbaren Beschlägen, asymmetrischer Griffe und Standardgriffen der Firma W._____. Diese Einsparungen seien insgesamt mit einem Minderpreis von CHF 94'933.– veranschlagt worden. Ferner habe die Beklagte auf Fensterläden an der Süd- und Ostfassade verzichtet (entsprechend einer Einsparung von

CHF 65'000.–). An der Nordfassade seien keine Fensterläden geplant gewesen. Schliesslich sei es notwendig geworden, eine morsche Holzkonstruktion im Bereich des Turmdachs für CHF 11'755.75 (zuzügl. MWSt.) zu ersetzen. Die Mehrkosten hätten sich, inklusive Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale auf total CHF 192'428.15 (zuzügl. MWSt.) belaufen (act. 6 Rz. 13-15 und Rz. 124-128).

b) Die Beklagte verweist auch betreffend den Nachtrag 09 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 (act. 14 Rz. 10.28).

c) Die Klägerin betont in der Replik erneut, dass es sich bei den Änderungen in Bezug auf die Fenster um Kosteneinsparungsentscheide der Beklagten handle. Der Inhalt der Einsparungsofferte der Firma W._____ sei dieser daher bekannt gewesen, weshalb sie gewusst habe, welche Kosten auf sie zukommen würden (act. 22 Rz. 45-48).

d) In Bezug auf die zu ersetzende Holzkonstruktion im Turmdach gilt vollumfänglich das unter Nachtrag 01 Ausgeführte, weshalb daraus keine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises resultiert. Diese Überlegungen gelten grundsätzlich auch für die übrigen Aufwendungen betreffend die Ausführung der Fenster insoweit, als kein Ziff. 8.2 WerkV entsprechendes Prozedere für Bestellungsänderungen dargelegt wird. Dennoch gestaltet sich die Situation hier entscheidend anders. Die Klägerin führt konkret aus – was seitens der Beklagten auch unbestritten geblieben ist –, dass Letztere genau diejenigen Leistungen, deren Ausführung sie im Rahmen der Vertragsverhandlung zur Kosteneinsparung bewusst gestrichen hat (vgl. act. 6 Rz. 15 lit. a Position 7 und act. 14 Rz. 6.2 f.), bei der späteren Bauausführung dann veranlasst hat.

Unter diesen Umständen muss es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt bleiben, sich auf die Einhaltung des Prozederes für Bestellungsänderungen nach Ziff. 8.2 WerkV zu berufen. Die Anforderungen dieser Bestimmung, welche zumindest eine Offerte inklusive der zu erwartenden Mehrkosten bzw. Erhöhung des Kostendach-Werkpreises voraussetzt und welche einen entsprechenden Schutz der Beklagten bewirken soll, sind hier auch verzichtbar. Die Beklagte musste sich aufgrund der zurückliegenden Vertragsverhandlungen – unabhängig

von einem Prozedere nach Ziff. 8.2 WerkV – nicht nur bewusst sein, dass es sich bei ihren Veranlassungen um Abweichungen vom ursprünglich Vereinbarten handelt, sondern zudem, dass die Klägerin die Kosten der Ausführung auch für den Kostendach-Werkpreis entscheidend einstuft, da dieser im Rahmen der Vertragsverhandlungen entsprechend reduziert worden war. Zudem war ihr dadurch die Höhe der mit den Änderungen verbundenen Mehrkosten bestens bekannt. Die Mehrkosten betreffend Fenster von CHF 91'135.– entsprechen mithin der ursprünglichen Einsparungsofferte von CHF 94'933.–, abzüglich eines Rabatts von 4 % (act. 6 Rz. 124 f., vgl. act. 8/94/9/1-2). Die Angaben einer an für sich erforderlichen (Nachtrags)Offerte im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV waren gleichsam bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen der Beklagten bzw. ihrer Bautreuhänderin konkret unterbreitet worden. In dieser besonderen Konstellation durfte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass auch die Beklagte um den Charakter der Leistung als Beststellungsänderung und deren Folgen genau Bescheid wusste und sich daher bei Veranlassung eben genau dieser Leistungen nicht auf ein Gleichbleiben des Kostendaches berufen kann.

Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Fensterläden der Nordfassade. Hier handelt es sich zwar um keine Leistung, die zunächst als Kosteneinsparung aus dem Vertragsumfang gestrichen wurde. Allerdings trifft genau dies auf die Fensterläden an der Süd- und Ostfassade zu (vgl. act. 6 Rz. 15 lit. a Ziff. 10), weshalb der Beklagten genau in gleicher Weise bewusst sein musste, es handle sich beim nicht in der Planung vorgesehenen Anbringen von Fensterläden an der Nordfassade um eine Änderung mit Auswirkung auf den Kostendach-Werkpreis. Zudem waren ihr vom entsprechenden Kosteneinsparungsentscheid her die diesbezüglichen Kosten bekannt.

Der Umfang der fraglichen (Mehr)Leistungen ist ausgewiesen (vgl. oben Ziff. IV.3.3.5.) und nicht bestritten worden. Darüber hinaus steht der Klägerin unstrittig ein zusätzliches Totalunternehmerhonorar von 6 % sowie eine Nebenkostenpauschale von 5 % zu (act. 6 Rz. 23 und 128, act. 14 Rz. 6.18 f. und 10.28). Ausgehend von den Mehraufwendungen von CHF 91'135.– sowie CHF 70'000.– (jeweils zuzügl. MWSt.), betragen die für den Kostendach-Werkpreis massgebenden Mehrkosten schlussendlich CHF 179'343.25.

4.5.18. Nachtrag 10: Raumhöhen EG

a) Die Klägerin bringt weiter vor, die Beklagte habe eine Anpassung der Raumhöhen des Erdgeschosses veranlasst, nachdem die Deckenschalung bereits erstellt worden sei. Dies habe einen Mehraufwand von CHF 10'000.– (zuzügl. MWSt.) und unter Hinzurechnung von Architekten- und Bauingenieurkosten von je CHF 5'000.– (zuzügl. MWSt.) sowie Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale Mehrkosten von CHF 21'130.– (zuzügl. MWSt.) verursacht.

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 10 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und Nachtrag 04 und merkt an, dass sie keine anderen Raumhöhen gewünscht habe, sondern es um eine Korrektur von vorher nicht präzise aufgenommenen Raummassen gegangen sei (act. 14 Rz. 10.29 f.).

c) Die Klägerin ergänzt replicando, die Anpassung der Raumhöhe sei von der Beklagten anlässlich der Bauherrensitzung vom 5. Juni 2007 beschlossen worden (act. 22 Rz. 51).

d) Es gilt das bereits zu Nachtrag 01 ausgeführte (siehe oben Ziff. IV.4.5.9.). Es wird von der Klägerin mit keinem Wort dargelegt, es habe das Prozedere für Beststellungsänderungen gemäss Ziff. 8.2 WerkV stattgefunden, oder aufgezeigt, aufgrund welcher konkreten Umstände dieses vorliegend verzichtbar gewesen wäre. Damit resultiert auch aus der unter diesem Nachtrag aufgeführten Leistung keine Anpassung des Kostendach-Werkpreises.

4.5.19. Nachtrag 11: J._____

a) Die Klägerin führt aus, am 16. Mai 2007 habe Herr R._____ von der Bautreuhänderin der Beklagten die Vornahme eines Deckenabbruchs im Ladengeschäft J._____ zu einem Preis von CHF 15'000.– (zuzügl. MWSt.) genehmigt. Zudem sei die Klägerin am 9. August 2007 damit betraut worden, die Durchgangshöhe beim Treppenabgang zu vergrössern, was zusätzliche Kosten von CHF 25'000.– (zuzügl. MWSt.) verursacht habe. Insgesamt hätte sich darauf mit dem Totalunternehmerhonorar und der Nebenkostenpauschale Mehrkosten von CHF 44'520.– (zuzügl. MWSt.) ergeben.

- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 11 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und merkt an, dass der Mieterin des Ladens J._____ die Räumlichkeiten im Rohbauzustand am 1. Oktober 2007 zur Verfügung gestellt worden seien und dass diese aufgrund eigener vertraglicher Abmachungen mit der Klägerin die Räumlichkeiten habe umbauen lassen (act. 14 Rz. 10.31 f.).
- c) Die Klägerin fügt in der Replik hinzu, die Genehmigung des Deckenabbruchs sei schriftlich, mit E-Mail vom 16. Mai 2007 erfolgt und die Beklagte sei in Bezug auf alle angeführten Arbeiten Vertragspartnerin der Klägerin gewesen (act. 22 Rz. 52 f.).
- d) Ob letztendlich die Beklagte oder die Ladenmieterin in Bezug auf die Vergrösserung der Durchgangshöhe die Vertragspartnerin der Klägerin gewesen ist, kann dahingestellt bleiben, da ohnehin diesbezüglich keine, für die Erhöhung des Kostendachs erforderliche Beststellungsänderung gegenüber der Beklagten gemäss Ziff. 8.2 WerkV dargelegt wurde. Die blosser Betrauung mit den Arbeiten reicht – wie bereits mehrfach ausgeführt – dafür nicht aus und eine Erhöhung des Kostendachs entfällt soweit. Betreffend den Deckenabbruch ist mangels Bestreitung der Beklagten erstellt, dass die Bautreuhänderin einen solchen mit Erhöhung des Kostendach-Werkpreises im Umfang von CHF 15'000.– (zuzügl. MWSt.) am 16. Mai 2007 schriftlich genehmigte (vgl. auch act. 8/94/11/2). Sie legt jedoch bei diesem Nachtragsposten mit nichts dar, ob, durch wen und wann diese Arbeiten zu welchem Preis tatsächlich ausgeführt sein sollen. So verweist sie diesbezüglich auch nicht auf ins Recht gelegte Rechnungen von Subunternehmern wie bei anderen Nachträgen. Es ist damit nicht klar, welche der Aufwendungen tatsächlich im Rahmen der erfolgten Genehmigung von CHF 15'000.– (zuzügl. MWSt.) erfolgt sind. Dies ist jedoch für die Festlegung des Kostendach-Werkpreises als abstrakte Referenzgrösse – und nur um diese geht es vorliegend – auch nicht nötig. Ausgehend von der erstellten, schriftlichen Genehmigung der Erhöhung des Kostendach-Werkpreises von CHF 15'000.– (zuzügl. MWSt.) ist eine solche unter Hinzurechnung eines Totalunternehmerhonorars von 6 % sowie einer Nebenkostenpauschale von 5 % in der Gesamthöhe von CHF 16'695.– (zuzügl. MWSt.) auch vorzunehmen.

4.5.20. Nachtrag 12: Mehrkosten Musterzimmer ...

- a) Die Klägerin beruft sich auf Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Musterzimmers von CHF 35'315.30. Um diesen Betrag sei die vereinbarte Budgetposition von CHF 300'000.– überschritten worden. Sie zählt die einzelnen effektiven Erstellungskosten bezüglich des Musterzimmers mit den dazugehörigen Rechnungen der Subunternehmer auf. Insgesamt würden die Mehrkosten unter Hinzurechnung des Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale CHF 39'305.95 (zuzügl. MWSt.) betragen (act. 6 Rz. 134-136).
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 12 im Wesentlichen auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 (act. 14 Rz. 10.33 f.).
- c) Die Klägerin weist replicando erneut darauf hin, dass es sich bei der Erstellung des Musterzimmers um eine Budgetposition handle, deren Überschreitung keine Beststellungsänderung darstelle. Über die Kosten sei schlicht und einfach abzurechnen und das Kostendach entsprechend anzupassen. Eine Pflicht der Klägerin zur Abmahnung einer Budgetüberschreitung habe nicht bestanden. Die Klägerin habe insoweit vielmehr das von der Beklagten Gewünschte auszuführen gehabt (act. 22 Rz. 54-56 und Rz. 334).
- d) In der Tat handelt es sich vorliegend nicht um eine Fragestellung der Beststellungsänderungen. Das besondere an den Budgetpositionen besteht – wie es auch die Klägerin unbestritten ausführt (act. 22 Rz. 54-56 und Rz. 334) – darin, dass bei der Bestimmung des Kostendach-Werkpreises zwar Budgetbeträge eingesetzt wurden, über die entsprechenden Leistungen jedoch nach dem Werkvertrag (Ziff. 4.2) in offener Abrechnung abzurechnen war und zwar unter Veränderung des Kostendach-Werkpreises. Die Überschreitung einer Budgetposition führt automatisch zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises im gleichen Ausmass. Vorliegend sind die (auch über den genügenden Verweis auf die entsprechenden Rechnungen) substantiiert dargelegten, effektiven Baukosten zur Erstellung des Musterzimmers in der Höhe von CHF 335'573.80 von der Beklagten nicht bestritten worden (act. 6 Rz. 135, act. 14 Rz. 10.33 f., siehe auch oben Ziff. IV.4.3.) und daher ausgewiesen. Daraus ergeben sich ein Mehraufwand von CHF 35'573.80 (zuzügl. MWSt.) und nach Hinzurechnung des zusätzlichen Totalunternehmerho-

norars von 6 % sowie der Nebenkostenpauschale von 5 % Mehrkosten von CHF 39'305.95 (zuzügl. MWSt.), um welche das Kostendach zu erhöhen ist.

4.5.21. Nachtrag 13: Minderkosten Liftanlagen

Die Klägerin führt an, aufgrund der Direktvergabe durch die Beklagte in Bezug auf die vertraglich geschuldete Doppelliftanlage habe sich der Kostendach-Werkpreis um CHF 440'000.– reduziert (act. 6 Rz. 137-139, act. 22 Rz. 57). Dies bestätigt auch die Beklagte (act. 14 Rz. 10.35 f.). Der Kostendach-Werkpreis ist somit in der genannten Höhe zu reduzieren.

4.5.22. Nachtrag 14: Mehrkosten HLKSE-Installationen

a) Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe im Zusammenhang mit den HLKSE-Installationen zahlreiche Bestellungsänderungen vorgenommen, die zusammen einen Mehraufwand von CHF 296'759.– verursacht hätten. Sie zählt die einzelnen Leistungen in vierzehn Subpositionen detailliert auf. Bei gewissen Arbeiten habe es sich um Optionen gehandelt, welche im Zuge der Vertragsverhandlungen als Kostenoptimierungsmassnahmen vorgesehen worden seien, und auf welche die Beklagte im Nachhinein nicht habe verzichten wollen. Überdies seien Honorarkosten für den HLKSE-Ingenieur der Klägerin von CHF 87'620.– angefallen. Zusammen mit dem zusätzlichen Totalunternehmerhonorar und der Nebenkostenpauschale auf den Mehraufwand ergäben sich Gesamtkosten von CHF 417'912.75 (act. 6 Rz. 140 f.).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 14 im Wesentlichen auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 (act. 14 Rz. 10.38).

c) Replicando spezifiziert die Klägerin, über die Subposition 1 (Ausführung der Option Zu-/Abluftanlage für Raucherlounge anstelle blosser Abluftanlage im Wert von CHF 30'000.–), die Subposition 4 (Ausführung von BC.____-Armaturen anstelle der vereinbarten Alternativlösung im Wert von CHF 80'000.–) und die Subposition 13 (Unterlassene Vereinfachung der Beleuchtungskörper im Wert von CHF 30'000.–) sei von den Parteien im Zuge der Vertragsverhandlungen intensiv diskutiert worden und die Beklagte habe auf Anraten ihrer Bautreuhänderin sowie der damals noch mit ihr im Vertragsverhältnis stehenden Firma H.____ AG we-

gen entsprechenden Kosteneinsparungen auf eine Realisierung dieser Positionen verzichtet. Bei Subposition 1 habe Herr AB._____ die Realisierung der Option Zu- und Abluftanlage bzw. einer Klimaanlage für seine Raucherlounge gewünscht und damit den entsprechenden Kosteneinsparungsentscheid rückgängig gemacht. Bei Subposition 4 habe die Beklagte sich verpflichtet gehabt, anstelle von Armaturen der Firma BC._____ ein günstigeres Fabrikat zu wählen. Obwohl ihr von der Firma H._____ AG entsprechende Vorschläge von Produkten der Firma CD._____ unterbreitet worden seien, habe sie sich dennoch für diejenigen der Firma BC._____ entschieden. Bezüglich der Position 13 habe sich die Beklagte dazu verpflichtet, bei den dekorativen Beleuchtungskörpern eine Vereinfachung vorzunehmen. Daran habe sie sich nicht gehalten und im Gebäudeteil E._____ eine dekorative Beleuchtung verlangt, die sich nicht in relevanter Weise von derjenigen im Altbau unterscheide. Es fänden sich z.B. auch im Gebäudeteil E._____ Kronleuchter und weitere, teure Lampen und Zierlampen an den Wänden, womit sich die Beklagte nicht an ihre vertragliche Verpflichtung gehalten habe, günstigere Beleuchtungskörper zu wählen und die dekorative Beleuchtung zu vereinfachen (act. 22 Rz. 58 ff. und act. 6 Rz. 15).

d) Die Klägerin legt bei keiner der Subpositionen dar, dass ein Bestellungsänderungsvorgang gemäss Ziff. 8.2 WerkV durchgeführt worden sei. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 zu verweisen und eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises in Bezug auf die Subpositionen 2-3 sowie 5-12 fällt damit ausser Betracht, da lediglich die Vorbringen, die Leistungen seien von der Beklagten veranlasst worden, dazu nicht ausreichen. Bei den Subpositionen 1, 4 und 13 führt die Klägerin jedoch darüber hinaus konkret an – was auch unbestritten geblieben ist (act. 14 Rz. 6.2 f. und Rz. 10.38) –, dass die schliesslich von der Beklagten veranlassten Leistungen bereits Thema bei den Vertragsverhandlungen gewesen seien und mit deren Streichung die nun verbauten Kosten hätten eingespart werden sollen. Damit wird auch behauptet, dass die Kosten für die einzelnen Arbeiten infolge der Einsparungsdiskussionen der Beklagten bekannt gewesen sind. Die Situation ist daher betreffend diese Positionen vergleichbar mit derjenigen von Nachtrag 09 in Bezug auf die Leistungen an Fenstern und Fensterläden, weshalb auf die dortigen Erwägungen verwiesen werden kann (siehe

oben Ziff. IV.4.5.17.). Im Zusammenhang mit den Subpositionen 1, 4 und 13 kann sich die Beklagte daher nicht mit Erfolg darauf berufen, dass keine formelle Bestellungsänderung durchgeführt wurde. Zudem sind die darauf entfallenden Aufwandanteile von der Klägerin detailliert dargelegt worden (act. 6 Rz. 140 f.) und ebenso unbestritten geblieben.

Betreffend die geltend gemachten Honorare für den HLKSE-Ingenieur der Klägerin hat es die Klägerin allerdings unterlassen, präzisierende und substantiierte Ausführungen zu machen, ob überhaupt bzw. welche Anteile davon direkt auf das Rückgängigmachen von Kosteneinsparungsentscheiden zurückzuführen sind. Insofern können diese Honorare nicht zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises führen. Hingegen fällt auf den Erhöhungsbetrag der Subpositionen 1, 4 und 13 von CHF 140'000.– (zuzügl. MWSt.) das pauschalierte, zusätzliche Totalunternehmerhonorar von 6% und auf den resultierenden Betrag die vereinbarte Nebenkostenpauschale von 5% an. Dies führt zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises zufolge des Nachtrags 14 von total CHF 155'820.– (zuzügl. MWSt.).

4.5.23. Nachtrag 15: Mehrkosten Penthouse

a) Unter diesem Nachtrag bringt die Klägerin eine Vielzahl von Positionen vor, bei welchen aufgrund von durch die Beklagte veranlassten Änderungen Mehraufwendungen von insgesamt CHF 440'046.– (zuzügl. MWSt.) entstanden seien. Dazu kämen ein Architektenhonorar von CHF 10'000.– sowie ein Honorar für den HLKSE-Planer von CHF 21'400.– (jeweils zuzügl. MWSt.), so dass sich schliesslich unter Hinzurechnung des Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale eine Gesamterhöhung des Kostendach-Werkpreises von CHF 521'171.20 (zuzügl. MWSt.) ergebe (act. 6 Rz. 142 f.).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 15 im Wesentlichen auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und bringt vor, das Direktionsehepaar habe sich auch beim Ausbau der Penthouse-Suite an den B'._____ Standard gehalten. Einzig für die Fliegengitter und für die Kücheneinrichtung habe sich die Klägerin eine Budgetposition vorbehalten. Besprechungsprotokolle, Ausführungsvorschläge und -offerten sowie Auftragsbestätigungen im Rahmen angeblicher Bestellungsände-

rungen fehlten, weshalb auf Eigenmächtigkeit im Vorgehen der Klägerin geschlossen werden müsse (act. 14 Rz. 10.39-42).

c) Die Klägerin weist in der Replik darauf hin, der Ausbau der Penthouse-Suite gehe weit über den Standard der übrigen Zimmer hinaus. Einen "B'._____ Standard" als solchen gebe es nicht. Das Direktorenehepaar habe vielmehr zahlreiche extravagante Änderungswünsche geäußert, aufgrund derer mitunter von der Klägerin bereits realisierte Bauteile angepasst oder sogar wieder rückgebaut hätten werden müssen. Die zweite Bauherrenberaterin der Beklagten, die DE. _____ AG, habe die Klägerin am 4. Februar 2008 darum gebeten, nach Abschluss der ergänzenden Planungen allfällige weitere Kosten bekanntzugeben, damit die revidierten Gesamtkosten rechtzeitig genehmigt werden könnten. Mithin sei diese Bauherrenberaterin nicht davon ausgegangen, der Klägerin stehe für Mehrleistungen aus Bestellungsänderungen kein Anspruch auf Erhöhung des Kostendaches zu. Die Projektarchitektin habe sogar explizit darauf hingewiesen, der Beklagten werde eine Aufstellung über die veranlassten Bestellungsänderungen zugestellt (act. 22 Rz. 75-87). Im Weiteren präzisiert sie die Umstände der Veranlassung und des Umfangs der einzelnen Subpositionen. Insbesondere führt sie zu Subposition 16 aus, die Beklagte habe im Zuge der Kostenoptimierung auf die Erstellung von Cheminées verzichtet und sei auf diesen Entscheid zurückgekommen, indem sie im Wohnzimmer der Penthouse-Suite ein Cheminée habe bauen lassen (act. 22 Rz. 89-112 in Verbindung mit act. 6 Rz. 15 lit. a Position 20). Hinsichtlich Subposition 17 sei die Beklagte auf Mehrkosten, welche für die Anpassung an Elektroinstallationen wegen einer veränderten Bettposition entstanden seien, hingewiesen worden (act. 22 Rz. 99). Bei der Subposition 28 präzisiert die Klägerin, die Beklagte habe den Einsparungsentscheid, anstelle eines Eichenparketts in Fischgratmuster den günstigeren, als Schiffsboden verlegten Lärchenboden vorzusehen, rückgängig gemacht und in der Penthouse-Suite doch Eichenboden mit Fischgratmuster verlegen lassen. Anstelle "Lärche gerade" sei "Parkett Eiche" verlegt worden: im 4. OG 309 m², im 5. OG 8 m², im 6. OG 40 m² und im 7. OG 25 m². Die Mehrkosten hätten pro m² CHF 40.– betragen. Die Beklagte sei über die Mehrkosten für die diversen Wechsel im Bodenmaterial am 20. Oktober

2007 orientiert worden (act. 22 Rz. 106 und 124 f. in Verbindung mit act. 6 Rz. 160 f. und Rz. 15 lit. a Ziff. 18).

d) Im Grundsatz kann auf das unter den Nachträgen 01, 09 und 14 Ausgeführte verwiesen werden. Die Klägerin legt zwar zu zahlreichen Subpositionen detailliert und unbestritten dar, warum die damit zusammenhängenden Leistungen über das vertraglich Vereinbarte hinausgehen sollen und dass die Beklagte die Ausführung veranlasst habe. Es fehlen jedoch gänzlich Vorbringen dazu, es sei der vertraglich vereinbarte und zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises berechtigte Bestellungsänderungsvorgang vorgenommen worden. Auch wird – bis auf die noch im Einzelnen darzustellenden Subpositionen – nicht aufgezeigt, die Parteien seien (allenfalls auch stillschweigend) übereingekommen, das Bestellungsänderungsprozedere mündlich durchzuführen, sie hätten dies dann im Einzelnen (mit entsprechender Offertenstellung) so gehandhabt oder aus anderen Gründen darauf verzichten können. Aus dem blossen Ausführen von Leistungen, die nach Meinung der Klägerin nicht unter dem Kostendach erbracht werden sollten, ist – wie bereits mehrfach ausgeführt (siehe oben Ziff. IV.4.5.8.) – ohne Weiteres noch nicht zu schliessen, die Parteien hätten die Erfordernisse des Ziff. 8.2 WerkV aufgehoben. Einzig, soweit es sich um konkrete Arbeiten handelt, auf welche die Beklagte in Kenntnis des Aufwands im Rahmen der Vertragsverhandlungen noch ausdrücklich verzichtete, um sie in einem späteren Zeitpunkt doch zu veranlassen, schlägt die Berufung auf die Bestellungsänderungsanforderungen fehl (siehe oben Ziff. IV.4.5.17.). Diese Konstellation liegt aufgrund der klägerischen Behauptungen, die von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wurden, lediglich in Bezug auf Subposition 16 und teilweise Subposition 28 vor. Hinsichtlich Subposition 17 hilft der Klägerin der nicht näher spezifizierte Hinweis, die Beklagte sei auf durch Anpassung von Elektroinstallationen entstehende Mehrkosten hingewiesen worden, nicht weiter.

Zur Subposition 16 ist festzuhalten, dass unstreitig ein Cheminée in der Penthouse-Suite erstellt wurde, dies obwohl die Beklagte darauf noch anlässlich der Vertragsverhandlungen ausdrücklich verzichtet hatte (vgl. act. 6 Rz. 15 lit. a Position 20, act. 14 Rz. 6.2 f., act. 22 Rz. 98). Für diese Cheminéeanlage ist – ebenso unbestritten – ein Aufwand von CHF 47'000.– entstanden (vgl. act. 8/92/60/1 und

2). Bei Subposition 28 fällt nur der Mehraufwand für Bodenbeläge in Betracht, der auf der konkret behaupteten Rückgängigmachung des Einsparungsentscheids "Lärche gerade" zu "Parkett Eiche" beruht. Dabei handelt es sich für die Penthouse-Suite um insgesamt 382 m² zu einem Mehraufwand von CHF 40.–/m², was zu einem Mehraufwand von CHF 15'280.– führt. Wie bereits bei Nachtrag 14 hat es die Klägerin unterlassen, betreffend das zusätzlich geltend gemachte Architekten- sowie HLKSE-Planerhonorar substantiierte Ausführungen zu machen, ob überhaupt bzw. welche Anteile davon direkt auf das Rückgängigmachen von Kosteneinsparungsentscheiden zurückzuführen sind. Insofern wirken sich diese Honorare nicht auf den Kostendach-Werkpreises aus. Auf den Erhöhungsbetrag aus den Subpositionen 16 und 28 von zusammen CHF 62'280.– (zuzügl. MWSt.) fällt hingegen vertragsgemäss das zusätzliche Totalunternehmerhonorar von 6% und auf den resultierenden Betrag die vereinbarte Nebenkostenpauschale von 5% an. Dies führt zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises zufolge des Nachtrags 15 von total CHF 69'317.65.

4.5.24. Nachtrag 16: Honorar Innenarchitekt

a) Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe, nachdem diese im Laufe des April 2007 eine Offerte für Innenarchitekturleistungen des Unternehmens F.____ AG eingeholt gehabt habe, im Laufe des Frühsommers 2007 letztgenanntes Unternehmen mit Arbeiten gemäss dieser Offerte betraut. Im Nachhinein habe die Beklagte am 27. September 2007 über ihre Bautreuhänderin von der Klägerin verlangt, die F.____ AG auch hinsichtlich der nicht dem Werkvertrag unterstehenden innenarchitektonischen Begleitung unter Vertrag zu nehmen. Am 11. Oktober 2007 sei vereinbart worden, für die Innenarchitekturarbeiten von F.____ AG seien die Abmachungen von Herrn R.____ von der beklagten Bautreuhänderin, Herrn EF.____ von [der] F.____ AG sowie Herrn T.____ von der Klägerin massgeblich und es sei dafür ein Honorar von CHF 300'000.– geschuldet. Gleichzeitig sei darauf hingewiesen worden, dass der Nachtrag für diese Vergabe seitens der Beklagten noch nicht freigegeben worden sei. An der Bauherrensitzung vom 29. November 2007 sei die Klägerin schliesslich dazu angehalten worden, einen entsprechenden Vertrag mit F.____ AG vorzubereiten bzw. abzuschliessen. Für die bis zum Vertragsrücktritt der Klägerin geleisteten Bemühungen seien

CHF 220'000.– (zuzügl. MWSt.) an die F. _____ AG zu leisten gewesen. Diese Kosten seien der Klägerin aufgrund der Weisung der Beklagten vom 29. November 2007 zu ersetzen (act. 6 Rz. 144-149).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 16 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und macht zudem geltend, es habe neben dem TU-Werkvertrag keine zusätzlichen Aufträge an F. _____ AG gegeben, welche die der Klägerin obliegenden Tätigkeiten betroffen hätten. Einzig soweit es um die Innenarchitektur und somit um Dinge ausserhalb des Werkvertrages gegangen sei, sei die Beklagte vertragliche Bindungen eingegangen. Diesbezüglich verweist die Beklagte ausdrücklich auf Ziff. 147 der Klageschrift, in welcher die Klägerin die Vereinbarung der Vertreter der Klägerin, der Beklagten sowie der F. _____ AG vom 11. Oktober 2007 schildert. Um den Grund einer zusätzlichen Honorarzahlung an die F. _____ AG wisse sie, die Beklagte, nicht (act. 14 Rz. 10.43 f.).

c) Replicando führt die Klägerin aus, sie mache mit Nachtrag 16 gerade eine zusätzliche Vergütung für die von der F. _____ AG erbrachten Innenarchitekturleistungen geltend. Dass die Beklagte diesbezüglich vertragliche Bindungen ausserhalb des Werkvertrages eingegangen sei, anerkenne diese selber. Die Klägerin sei von ihr anlässlich der Bauherrensitzung vom 29. November 2007 im Beisein von Herrn AB. _____ angehalten worden, einen Vertrag über die Erbringung von Innenarchitekturleistungen mit einer Honorarsumme von CHF 300'000.– abzuschliessen, nachdem das Thema besprochen worden sei (act. 22 Rz. 113-116).

d) Im Grunde genommen handelt es sich auch beim vorliegenden Nachtrag um eine Leistung, deren Aufwand sich nur dann auf den Kostendach-Werkpreis auswirken kann, falls die Anforderungen von Ziff. 8.2 WerkV erfüllt sind oder aufgrund der Umstände im Einzelfall davon auszugehen ist, die Parteien seien bewusst davon abgewichen bzw. die Beklagte könne sich nicht auf die besonderen Erfordernisse einer Beststellungsänderung berufen. Es kann daher vorab auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 und 09 verwiesen werden (siehe oben Ziff. IV.4.5.9. und IV.3.5.17.). Hier wird von der Beklagten ausdrücklich anerkannt, dass es sich bei den *Innenarchitekturleistungen* eigentlich um Leistungen ausserhalb des Werkvertrages handelt. Zudem führt sie sogar selbst mit Hinweis auf die Vorbrin-

gen in Rz. 147 der Klageschrift aus, sie habe sich insofern (*Innen*architekturarbeiten durch F._____ AG zu einem Honorar von CHF 300'000.– unter Einbezug der Klägerin) vertraglich gebunden. Im Weiteren bestreitet sie nicht, dass am 11. Oktober 2007 darauf hingewiesen worden sei, der Nachtrag für diese Vergabe sei von ihr noch nicht freigegeben und dass sie daraufhin am 29. November 2007 nach Besprechung des Themas die Klägerin sogar dazu angehalten hat, einen entsprechenden Vertrag mit F._____ AG abzuschliessen (act. 6 Rz. 148, act. 14 Rz. 10.43 f., act. 22 Rz. 114 f.). Entsprechend hält sie auch fest, die Klägerin habe als Vertragspartnerin der F._____ AG fungieren sollen (act. 14 Rz. 10.10).

Unter diesen erstellten besonderen Umständen kann sich die Beklagte ebenfalls nicht darauf berufen, es finde keine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises statt, da die Voraussetzungen der Ziff. 8.2 WerkV nicht erfüllt seien. Die Beklagte war sich offensichtlich vollends darüber bewusst und mit der Klägerin einig, dass Leistungen für *Innen*architektur nicht vom ursprünglichen Werkvertragsumfang abgedeckt waren. Daraufhin wurde unter Einbezug der F._____ AG, der Klägerin und der Beklagten eine Lösung gefunden, welche die Durchführung der Leistungen in Einbindung in den Werkvertrag sowohl zu bestimmten und für die Beklagte ersichtlichen Zusatzkosten, nämlich CHF 300'000.–, als auch ausdrücklich unter dem Titel "Nachtrag" vorsah, der von der Beklagten noch "freizugeben" sei. Nachdem die Beklagte daraufhin am 29. November 2007 die Klägerin ausdrücklich dazu anhielt, einen entsprechenden Vertrag mit F._____ AG abzuschliessen, worin ohne Weiteres die Freigabe des Nachtrags zu sehen ist, muss davon ausgegangen werden, die Beklagte habe die Vertragsübernahme durch die Klägerin betreffend die fraglichen *Innen*architekturleistungen ganz bewusst nicht der in Ziff. 8.2 WerkV vereinbarten Formvorschrift unterstellt. Es wäre in der Tat nicht mit Treu und Glauben vereinbar, wenn sich die Beklagte, die die vertragliche Übernahme der *Innen*architekturleistungen der F._____ AG durch die Klägerin bzw. den Einbezug in den Hauptwerkvertrag als Nachtrag und in Kenntnis der bestimmten Kostenfolge veranlasst, sich nun darauf berufen könnte, die entsprechende Offerte seitens der Klägerin sei nicht schriftlich gestellt worden bzw. von ihr, der Beklagten, sei keine schriftliche Bestätigung erfolgt. Es handelt sich im

Unterschied zu den übrigen behaupteten Bestellungsänderungen hier um die Übernahme eines bereits bestehenden, externen Vertrages der Beklagten.

Aber selbst wenn die Meinung vertreten würde, die Klägerin habe betreffend *Innenarchitekturleistungen* lediglich eine fremde Schuld, nämlich diejenige der Beklagten aus einem eigenen Vertragsverhältnis zur F._____ AG, beglichen, so wäre denkbar, im Übereinkommen vom 11. Oktober 2007 im Beisein von Herrn EF._____ der F._____ AG als Gläubigerin eine Anzeige im Sinne von Art. 110 Ziff. 2 OR (Subrogation) zu sehen, und die Klägerin – auch ausserhalb des Werkvertrages – zur Einforderung des beglichenen Betrages berechtigt.

In der Höhe sind die im Rahmen des Nachtrags 16 vorgebrachten *Innenarchitekturleistungen* durch die F._____ AG von der Beklagten nicht substantiiert bestritten worden (act. 6 Rz. 94 S. 87 und Rz. 149). Insbesondere scheint die ohnehin zu pauschale Bestreitung der Beklagten mit Nichtwissen in der Klageantwort gerade nicht den Fall von *Innenarchitekturleistungen* zu meinen (act. 14 Rz. 10.44). Auf die Ausführungen in der Replik, es handle sich bei der Vergütung gerade um eine solche für *Innenarchitekturleistungen*, betreffend welche die Beklagte vertragliche Bindungen anerkennt (act. 22 Rz. 114), erfolgte keine Bestreitung. Das Kostendach erhöht sich daher um weitere CHF 220'000.-.

4.5.25. Nachtrag 17: Objektbewachung

a) Die Klägerin bringt weiter vor, die Beklagte habe noch während der Vertragsverhandlungen zur Kostenoptimierung auf eine Objektbewachung verzichtet, da Bewachungen bei den bisherigen Umbauvorhaben stets von der Beklagten direkt organisiert und bezahlt worden seien. Der Einsparungsbetrag habe CHF 3'000.- betragen. Im Herbst 2007 sei die Beklagte auf diesen Entscheid zurückgekommen und habe eine Objektbewachung durch die FG._____ AG veranlasst, deren Einsätze zwischen 14. November und 21. Dezember 2007 Aufwendungen von CHF 20'562.65 verursacht hätten. Nach Hinzurechnung des Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale würde sich eine Erhöhung des Kostendachs von CHF 22'886.25 ergeben (act. 6 Rz. 15 lit. a Position 25 und Rz. 150-152).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 17 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und fügt an, sie sei von der Klägerin nie damit konfrontiert worden, dass sie angeblich eine aus dem Bauprogramm gestrichene Position nachträglich wieder eingebracht habe. Sie hätte von der Klägerin ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden müssen, dass es sich dabei um Beststellungsänderungen mit zusätzlichen Kostenfolgen für sie handle. So etwas habe nie stattgefunden (act. 14 Rz. 10.45 f.).

c) Die Klägerin weist replicando erneut darauf hin, es handle sich um einen rückgängig gemachten Kosteneinsparungsentscheid (act. 22 Rz. 117).

d) Es ist auf das unter den Nachträgen 01 und 09 Ausgeführte zu verweisen (siehe oben Ziff. IV.4.5.9. und IV.4.5.17.). Ein eigentlicher Beststellungsänderungsvorgang wird von der Klägerin auch hier nicht behauptet, weshalb grundsätzlich eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises entfällt. Allerdings handelt es sich unbestrittenermassen vorliegend um eine Leistung, auf die die Beklagte bei den Vertragsverhandlungen zur Kostenoptimierung verzichtet hat. Ein Zurückkommen auf genau diesen Kosteneinsparungsentscheid ist daher an sich durchaus dazu geeignet, der Beklagten ein gleichzeitiges Berufen auf die Erfordernisse der Ziff. 8.2 WerkV zu verwehren (siehe zur Begründung oben Nachtrag 09, Ziff. IV.4.5.17.). Unter diesen speziellen Umständen hätte sie gerade nicht von der Klägerin noch einmal auf die entstehenden Mehrkosten hingewiesen werden müssen. Nun präsentiert sich die Lage bei Nachtrag 17 insofern besonders, als beim Entscheid über Kosteneinsparungen lediglich die Rede von Kosten der Objektbewachung von CHF 3'000.– war. Der beklagtische Einwand, eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises für Objektbewachung komme ohne eigentliche Beststellungsänderung nicht in Frage, kann ihr daher nur in dieser Höhe abgeschnitten sein. Was eine darüber hinausgehende Erhöhung des Kostendaches angeht, so besteht kein Grund, vom Erfordernis der Beststellungsänderung nach Ziff. 8.2 WerkV abzuweichen, zumal die Beklagte – und dies im Unterschied zu den bereits behandelten, rückgängig gemachten Kosteneinsparungsentscheiden – nicht um die damit verbundenen, über CHF 3'000.– anfallenden Kosten wissen musste, jedenfalls nicht ohne weitere Umstände, die hier von der Klägerin nicht geltend gemacht werden. Insofern kann nämlich keineswegs gesagt werden, die Erforder-

lichkeit der nach Ziff. 8.2 WerkV vorgesehenen Offertenstellung durch die Klägerin entfielen. Es wurde von der Beklagten bei den Vertragsverhandlungen eben gerade nicht eine Position Objektbewachung von CHF 20'562.65, sondern lediglich von CHF 3'000.– gestrichen, weshalb ihr die Veranlassung einer solchen auch nur in dieser Höhe entgegengehalten werden kann. Nach dem Ausgeführten erhöht sich der Kostendach-Werkpreis unter Hinzurechnung von Totalunternehmerhonorar und Nebenkostenpauschale um CHF 3'339.– (zuzügl. MWSt.).

4.5.26. Nachtrag 18: Arbeitseinstellung

a) Die Klägerin begründet die hier verlangte Erhöhung des Kostendach-Werkpreises damit, die Firma Q. _____ AG, welche die Schreinerarbeiten für den Innenausbau besorgt habe, habe ihre Kapazitäten weitgehend für den Umbau bei der Beklagten bereitgehalten und durch die plötzliche Arbeitseinstellung und den Vertragsrücktritt der Klägerin einen beträchtlichen Schaden in Form von Beschäftigungslücken und daraus resultierenden Umsatzeinbussen erlitten. Die Klägerin habe sich gezwungen gesehen, die mit der Schlussrechnung der Firma Q. _____ AG geltend gemachte Schadenersatzforderung über CHF 25'000.– anzuerkennen. Für die ihr entstandenen Umtriebe mache sie auch auf diese Ersatzforderung ein Totalunternehmerhonorar sowie die Nebenkostenpauschale geltend, womit ein Betrag von CHF 27'825.– (zuzügl. MWSt.) resultiere (act. 6 Rz. 153-156).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 18 auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 und merkt an, sie kenne zwar die vertraglichen Beziehungen der Klägerin zu deren Subunternehmern nicht. Jedenfalls seien auch diese mit der plötzlichen Vertragsänderung vor den Kopf gestossen worden. Es erstaune nicht, dass insbesondere der Unternehmer für die Schreinerarbeiten in der Penthouse-Suite sehr zur Unzeit getroffen worden sei. Die nachteiligen Folgen habe allerdings die Klägerin aufgrund ihres Vertragsbruches selber zu tragen (act. 14 Rz. 10.47-10.49).

c) In der Replik führt die Klägerin im Wesentlichen aus, die Forderung der Q. _____ AG von CHF 25'000.– erscheine angesichts der damals anstehenden Innenausbauarbeiten für die E1. _____ alles andere als überhöht und sei damit

nachvollziehbar. Die Klägerin habe nicht zuletzt in Nachachtung der Schadensminderungspflicht darauf verzichtet, über den geltend gemachten Schadenersatz einen Zivilprozess zu führen, sondern habe diese Summe vergleichsweise anerkannt (act. 22 Rz. 118-121).

d) Die Klägerin macht unter anderem im Rahmen ihrer Aufwendungen nach BKP unter Position 273.1 die Schlussrechnung der Q._____ AG vom 1. April 2008 (Umbau Hotel) in der Gesamthöhe von CHF 82'913.80 (zuzügl. MWSt.) geltend (act. 6 Rz. 94 S. 67). Diese Aufwendungen wurden nicht substantiiert bestritten und wurden damit als notwendige und preislich angemessene Leistungen für die Bestimmung der effektiven Baukosten anerkannt (siehe oben Ziff. IV.4.3.). Die entsprechende Rechnung enthält unter anderem auch die Rechnungsposition 85 in der Höhe von CHF 25'000.-, mit welcher die Q._____ AG einen entsprechenden Mehraufwand aus Beschäftigungslücken infolge Vertragsauflösung geltend macht und welche dem vorliegenden Nachtrag entspricht (vgl. act. 8/92/40/8 S. 9). Hinsichtlich dieser Position rechtfertigt sich angesichts der Ausführungen der Parteien im Zusammenhang mit der Kostendacherhöhung eine kurze Ergänzung zu den Ausführungen betreffend die effektiven Baukosten (siehe oben Ziff. IV.4.3.):

Auch die Kosten, die der Klägerin im Rahmen einer Schadloshaltung der Subunternehmerin nach Art. 377 OR angefallen sind, können gemäss der Behauptungslage als Aufwendungen im Zusammenhang mit der Teilerstellung des Umbaus per Stichtag 29. Februar 2008 angesehen werden. Sie führen allerdings nur zu einem Ersatz, soweit sie bei einem sorgfältigen Vorgehen auch erforderlich waren (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 964). Dies wurde allerdings von der Beklagten im Rahmen der geltend gemachten Aufwendungen nach BKP nicht substantiiert in Abrede gestellt und sie tut dies auch in vorliegenden Zusammenhang nicht. Vielmehr räumt sie selber ein, die Firma Q._____ AG sei durch die Auflösung des Vertrages zur Unzeit getroffen worden. Überdies steht mittlerweile fest, dass der klägerische Vertragsrücktritt (im Hauptvertrag), welcher unstreitig die Vertragsauflösung mit der Subunternehmerin zur Folge hatte, sehr wohl gerechtfertigt war (siehe dazu oben Ziff. IV.3.4.3.). Deshalb verfängt der Einwand der Beklagten, es handle sich bei der Abgeltung um eine durch die Klägerin zu tragende Folge de-

ren Vertragsbruchs, nicht. Die Aufwandposition bzw. die von der Klägerin unter dem Titel 'Mehraufwand aus Beschäftigungslücken infolge Vertragsauflösung' an die Subunternehmerin geleistete Abgeltung erscheint daher vor dem Hintergrund der damals unbestrittenermassen anstehenden Innenausbauarbeiten der E1._____ (act. 22 Rz. 119) in Bestand und Umfang als notwendige Aufwendung der Klägerin. Die Beklagte hat auch im vorliegenden Zusammenhang nichts Substantiiertes dagegen vorgebracht.

Hier stellt sich nun allerdings die Frage, ob auch der Kostendach-Werkpreis im entsprechenden Betrag zu erhöhen ist. Diesbezüglich bringt die Klägerin betreffend den Sachverhalt nichts Konkretes vor, worauf sich eine solche Erhöhung stützen liesse. Weder wird von ihr geltend gemacht, sie habe betreffend die von ihr als Aufwandposition der Schlussrechnung der Q._____ AG vom 1. April 2008 (Umbau Hotel) angeführte Abgeltung das Prozedere einer Beststellungsänderung nach Ziff. 8.2 WerkV durchgeführt, noch behauptet sie konkret bestimmte Verhaltensweisen der Beklagten, die eine solche hätten verzichtbar erscheinen lassen. Der Kostendach-Werkpreis erhöht sich daher zufolge des Nachtrags 18 nicht. Insofern sich die Klägerin zur Erhöhung des Kostendach-Werkpreises auf die Rechtsauffassung stützt, es handle sich beim Ersatz der geleisteten Abgeltung in Wahrheit um einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Beklagten, so ist sie darauf hinzuweisen, dass ein solcher zwar bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Tat ausserhalb des Kostendaches zu leisten wäre, jedoch nicht bereits – wie von der Klägerin selbst geschehen – im Rahmen der effektiven Baukosten berücksichtigt werden könnte.

4.5.27. Nachtrag 19: Mehrkosten Gipserarbeiten

a) Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe einen von ihr im Zuge der Vertragsverhandlungen gefällten Kostenoptimierungsentscheid umgestossen, indem sie Stuckaturen an den Decken und auch in den Untergeschossen vergipste Decken verlangt habe. Betreffend Gipserarbeiten habe sie sich zur Kosteneinsparung von CHF 100'000.– zur Vereinfachung von Gipserdetails, insbesondere durch Verzicht auf Stuckaturen, verpflichtet. Durch Lieferung und Montage von Zierprofilen ..., Winkel Messen und Zuschneiden sowie dem teilweise Spachteln

von Zierprofilen sei ihr ein Mehraufwand von CHF 59'223.10 (zuzügl. MWSt.) entstanden, was Mehrkosten unter diesem Nachtrag unter Einrechnung des Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale von CHF 65'926.45 (zuzügl. MWSt.) bedeute (act. 6 Rz. 15 lit. a Ziff. 15).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 19 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.50).

c) Auch die Klägerin verweist bezüglich dieses Nachtrags auf ihre Ausführungen unter Nachtrag 01 (act. 22 Rz. 122 f.).

d) Es kann hier vorab auf die Erwägungen zu den Nachträgen 01 und 09 verwiesen werden. Nachdem die Beklagte mit Blick auf eine konkrete Einsparung von CHF 100'000.– beim Vertragsschluss zunächst bewusst auf Stuckaturen verzichtete, in der Folge jedoch solche veranlasste, konnte die Klägerin davon ausgehen, die Beklagte wisse sowohl um die Natur der Leistung als nicht im Kostendach-Werkpreis inbegriffen als auch um die genauen Kostenfolgen der veranlassenen Arbeiten. Sie kann sich daher bei vorliegendem Nachtrag nicht auf das Fehlen eines schriftlichen Bestellungsänderungsvorgangs gemäss Ziff. 8.2 WerkV berufen. Dies hat zur Folge, dass sich der Kostendach-Werkpreis um CHF 65'926.45 (inkl. Totalunternehmerhonorar von 6 % und Nebenkostenpauschale von 5 %; zuzügl. MWSt.) erhöht.

4.5.28. Nachtrag 20: Mehrkosten Parkettarbeiten

a) Die Klägerin führt hier in Ergänzung zu Nachtrag 15 Subposition 28 aus, die Beklagte habe entgegen ihrem Kosteneinsparungsentscheid, Lärchenboden als Schiffsboden verlegen zu lassen, auch ausserhalb der Penthouse-Suite auf einer Fläche von 630 m² das Verlegen von Eichenparkett in Fischgratmuster veranlasst. Diesbezüglich sei ein Mehraufwand von CHF 25'200.– (zuzügl. MWSt.) entstanden, weshalb sich unter Hinzurechnung der Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale das Kostendach um weitere CHF 28'047.60 (zuzügl. MWSt.) erhöht habe (act. 6 Rz. 15 lit. a Position 18 und Rz. 160-162).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 20 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.51).

- c) Auch die Klägerin bringt replicando nichts Neues vor (act. 22 Rz. 124 f.).
- d) Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen unter Nachtrag 15 verwiesen werden. Die dort angestellten Überlegungen bezüglich des Parkettbodens (Subposition 28) in der Penthouse-Suite gelten uneingeschränkt auch für das ausserhalb der Penthouse-Suite vorgesehene Eichenparkett in Fischgratmuster, dessen Vornahme im behaupteten Umfang von 630 m² zu einem Mehrpreis von CHF 40.–/m² nicht bestritten ist. Der Kostendach-Werkpreis erhöht sich daher um weitere CHF 28'047.60 (zuzügl. MWSt.).

4.5.29. Nachtrag 21: Mehrkosten Metallbauarbeiten

- a) Die Klägerin legt dar, anlässlich einer Besprechung vom 20. März 2007 bei der beklaglichen Bautreuhänderin sei in Aussicht genommen worden, die Baukosten könnten auch durch Einsparungen bei den Treppengeländern reduziert werden und zwar in einer gegenüber den TU-Submissionsunterlagen vereinfachten Ausführung. Mit dem Abschluss des TU-Werkvertrages habe sich die Klägerin entsprechend verpflichtet. Sie habe sich allerdings in der Folge nicht daran gehalten, indem nicht einfache Treppengeländer, sondern verzierte Luxuslösungen gemäss Beschrieb TU-Submission zu BKP 272.5 realisiert worden seien. Es sei dann ein schmiedeeisernes Treppengeländer mit reicher Verzierung für das Haupttreppenhaus im Wert von CHF 98'765.– (zuzügl. MWSt.) sowie ein handgeschmiedetes Geländer für die Penthouse-Suite im Wert von CHF 39'560.– (zuzügl. MWSt.) gewählt worden. Einfache Geländer seien laut einem der Klägerin vorliegenden Kostenvoranschlag für CHF 51'800.– (zuzügl. MWSt.) erhältlich gewesen, weshalb die Sonderwünsche der Beklagten das Kostendach erhöhende Mehrkosten verursacht hätten (act. 6 Rz. 163-168).
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 21 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.52).
- c) In der Replik führt die Klägerin im Wesentlichen näher aus, warum bei den schlussendlich installierten Treppengeländern keine Rede von einer vereinfachten bzw. einfachen Ausgestaltung sein könne (act. 22 Rz. 126-128).

d) Hinsichtlich dieses Nachtrags ist vorab auf die Ausführungen unter den Nachträgen 01, 09, 14 und 15 zu verweisen (siehe oben). Auch vorliegend wird von der Klägerin kein Beststellungsänderungsvorgang nach Ziff. 8.2 WerkV dargelegt, was im Grundsatz eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises nicht zulässt. Dieser Grundsatz könnte allerdings durchbrochen werden, falls als erstellt gelten könnte, die Beklagte habe im Rahmen der Vertragsverhandlungen genau auf die Leistung, welche sie später veranlasst hat, bewusst verzichtet und zwar in voller Kenntnis der mit der Vornahme der Leistung verbundenen Kosten bzw. der sich beim Streichen ergebenden Einsparung. Wie bereits mehrfach ausgeführt (vgl. Nachträge 09, 14 und 15), könnte sich die Beklagte in einer solchen Situation allenfalls nicht auf die Einhaltung des Vorgehens für Beststellungsänderungen berufen.

Eine solche Ausnahmesituation ist hier von der Klägerin jedoch nicht genügend substantiiert dargelegt. Zwar hat auch von der Beklagten als anerkannt zu gelten, dass "in Aussicht genommen worden" sei, die Baukosten durch Einsparungen bei den Treppengeländern mittels einer vereinfachten Ausführung zu reduzieren und dass schliesslich verzierte bzw. teilweise handgeschmiedete Geländer installiert wurden. Die Klägerin bringt jedoch nicht genügend konkret vor, zu welcher "vereinfachten Ausführung" sich die Beklagte genau verpflichtet hat und vor allem auch welche spezifische Kosteneinsparung in diesem Zusammenhang ins Auge gefasst worden ist. Es ist daher nicht ersichtlich, ob bzw. woraus der Beklagten der genaue Mehraufwand bei Änderungswünschen in Bezug auf die Treppengeländer klar gewesen sein müsste, der allenfalls auch die vereinbarte Offertenstellung nach Ziff. 8.2 WerkV verzichtbar erscheinen liesse. Die Behauptung, der Klägerin selbst sei einmal ein Kostenvoranschlag für einfache Geländer von CHF 51'800.– (zuzügl. MWSt.) vorgelegen, woraus sich die Mehrkosten ergeben würden (act. 6 Rz. 166 und act. 22 Rz. 128), reicht dafür nicht aus. Die Klägerin hat sich daher in Bezug auf die Erhöhung des Kostendaches entgegenhalten zu lassen, nicht das dafür erforderliche Prozedere für Beststellungsänderungen nach Ziff. 8.2 WerkV eingeleitet bzw. vorgenommen zu haben. Aus der blossen Veranlassung der Arbeiten durch die Beklagte und den konkret dargelegten Umständen ergibt sich kein Verzicht auf den bzw. Abänderung des Beststellungsänderungsvor-

gangs. Eine Erhöhung des Kostendachs findet daher in Bezug auf Nachtrag 21 nicht statt.

4.5.30. Nachtrag 22: Energiekosten

a) Von der Klägerin wird im Weiteren vorgebracht, die Beklagte habe sich im Rahmen der Kostenoptimierungsverhandlungen dazu entschieden die Kosten für den Energiebezug zu übernehmen, worauf in Ziff. 5.1.7 WerkV vereinbart worden sei, dass nur die Energiekosten bis und mit Rohbauvollendung im Werkpreis inbegriffen seien. Mit der Übernahme der Energiekosten sollte ein Betrag von CHF 20'000.– eingespart werden. Die der Klägerin vom Elektrizitätswerk D. _____ in Rechnung gestellten Energiekosten ab Rohbauvollendung hätten sich für die Periode vom 1. November bis zum 17. Dezember 2007 auf CHF 14'904.50 und für die Periode vom 20. Dezember 2007 bis zum 30. April 2008 auf CHF 955.35 belaufen. Daraus hätten sich Mehrkosten unter Hinzurechnung des Totalunternehmerhonorars und der Nebenkostenpauschale von CHF 17'652.– (zuzügl. MWSt.) ergeben (act. 6 Rz. 15 lit. a Position 2 und Rz. 169-171).

b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 22 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.53).

c) Auch die Klägerin bringt replicando nichts Neues vor (act. 22 Rz. 129).

d) Die vertragliche Regelung, wonach die Beklagte für Stromkosten ab Rohbaufertigstellung aufzukommen hat, sowie das Anfallen der behaupteten Stromkosten sind nicht umstritten. In diesem Sinne sind auch hier – wie bei den übrigen Nachtragspositionen – die fraglichen Kosten in der Aufstellung der effektiven Baukosten zu Recht bereits enthalten (act. 6 Rz. 94 S. 67) und berücksichtigt worden (siehe oben Ziff. IV.4.3.5.). Für die entsprechende Erhöhung des Kostendach-Werkpreises ist auf die Ausführungen der Nachträge 01 und 09 zu verweisen (siehe oben Ziff. IV.4.5.9. und IV.4.5.17.). Obwohl eine den Anforderungen von Ziff. 8.2 WerkV genügende Beststellungsänderung von der Klägerin nicht dargelegt wird, macht sie besondere Umstände geltend, die einem Berufen der Beklagten auf das Prozedere für Bestelländerungen entgegen stehen. Der angefallene Aufwand bezüglich Energiekosten wurde von der Beklagten nämlich bewusst

und konkret anlässlich der Vertragsverhandlungen aus dem Vertragsumfang gestrichen. Auch der auf diese Position entfallende Kostenanteil wurde anlässlich der Streichung genau spezifiziert (act. 6 Rz. 15 lit. a Position 2). Daher hat eine Erhöhung des Kostendach-Werkpreises um die aus der Übernahme durch die Klägerin resultierenden Mehrkosten zu erfolgen. Diese betragen unter Hinzurechnung von 6 % Totalunternehmerhonorar und 5 % Nebenkostenpauschale gemäss Ziff. 4.5 des Werkvertrages insgesamt CHF 17'652.- (zuzügl. MWSt.).

4.5.31. Nachtrag 23: Rollläden

- a) Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe anlässlich der Kostenoptimierungsverhandlungen auf Lammellenstoren auf der Südseite verzichtet und in der Folge deren Installation gewünscht. Der daraus erwachsende Aufwand habe CHF 23'642.45 (zuzügl. MWSt.) und die Mehrkosten unter Berücksichtigung des Totalunternehmerhonorars sowie der Nebenkostenpauschale CHF 26'243.10 (zuzügl. MWSt.) betragen.
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 23 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.54).
- c) Auch die Klägerin bringt replicando nichts Neues vor (act. 22 Rz. 130).
- d) Es kann vollumfänglich auf das unter den Nachträgen 01, 09 und 22 Gesagte verwiesen werden. Aufgrund des konkreten und bewussten Verzichts der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf den Einbezug der Lammellenstoren in den Vertragsumfang und auch die Thematisierung der damit einzusparenden Kosten (vgl. act. 6 Rz. 15 lit. a Position 9), kann sich die Beklagte nicht auf eine Verletzung von Ziff. 8.2 WerkV berufen. Der im Übrigen anerkannte Aufwand von CHF 23'642.45 (zuzügl. MWSt.) führt unter Hinzurechnung von 6 % Totalunternehmerhonorar und 5 % Nebenkostenpauschale gemäss Ziff. 4.5 WerkV zu einer Erhöhung des Kostendach-Werkpreises von CHF 26'243.10 (zuzügl. MWSt.).

4.5.32. Nachtrag 24: Räumung Mobiliar

- a) Die Klägerin führt schliesslich an, die im Werkvertrag nicht vorgesehene Räumung des Mobiliars aus den Gebäudeteilen E._____ und E1._____ habe einen Mehraufwand von CHF 34'978.– (zuzügl. MWSt.) verursacht, was unter Einrechnung des Totalunternehmerhonorars und der Nebenkostenpauschale eine Erhöhung des Kostendachs von CHF 38'930.50 (zuzügl. MWSt.) bewirke.
- b) Die Beklagte verweist betreffend den Nachtrag 24 auf ihre Ausführungen unter den Nachträgen 01 und 17 (act. 14 Rz. 10.55).
- c) Auch die Replik der Klägerin enthält diesbezüglich keine wesentlichen Neuerungen (act. 22 Rz. 131 f.).
- d) Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen unter Nachtrag 01 verwiesen werden. Die Klägerin bringt nichts Konkretes vor, woraus sich eine gegenseitige Übereinkunft ergeben würde, das in Ziff. 8.2 WerkV vorgesehene Prozedere für Beststellungsänderungen ausser Kraft zu setzen und formlos eine das Kostendach beeinflussende Beststellungsänderung zu vereinbaren. Auch darüber hinaus wurden keine besonderen Umstände geltend gemacht. Damit handelt es sich ebenso bei den unter diesem Nachtrag aufgeführten Leistungen um keine Beststellungsänderungen im Sinne von Ziff. 8.2 WerkV, die den Kostendach-Werkpreis beeinflussen.

4.5.33. Übersicht

Aus dem Ausgeführten ergeben sich unter dem Titel Beststellungsänderungen folgende, für die Bestimmung des (Interims-)Kostendach-Werkpreises relevante Mehr- und Minderkosten:

Nachtrag	für Kostendach-Werkpreis erheblicher Betrag in CHF (zuzügl. MWSt.)
01 - 08, 10, 18, 21 und 24	–
09	179'343.25
11	16'695.–
12	39'305.95
13	– 440'000.–
14	155'820.–
15	69'317.65
16	220'000.–
17	3'339.–
19	65'926.45
20	28'047.60
22	17'652.–
23	26'243.10
Total	381'690.–

4.6. Zusätzliches Totalunternehmerhonorar sowie Nebenkostenpauschale

Im Gegensatz zu den Aufwandpositionen der Nachträge 01-24 und des (im Verhältnis zum Fertigstellungsgrad gekürzten) vertraglich vereinbarten Pauschalhonorars für die Klägerin sind die jeweils hinzugerechneten und von der Klägerin eingeforderten (vgl. act. 6 Rz. 198) Totalunternehmerhonorare und Nebenkostenpauschalen der fraglichen Nachträge noch nicht in den effektiven Baukosten (oben Ziff. IV.4.3.3.) eingerechnet. Soweit die Nachträge geeignet sind, den Kostendach-Werkpreis zu erhöhen, es sich mithin um Arbeiten handelt, die im Sinne von Ziff. 4.5 WerkV "ausserhalb des Kostendach-Werkpreises" ausgeführt wurden, hat die Klägerin somit gestützt auf dieselbe Bestimmung des Werkvertrages Anspruch auf 6 % Totalunternehmerhonorar der resultierenden Mehrkosten sowie 5 % Nebenkostenpauschale des sich ergebenden Betrags. Die einzelnen Beträge stellen sich wie folgt zusammen:

Nachtrag	TU-Honorar in CHF	NK-Pauschale in CHF	Gesamtbetrag in CHF (zuzügl. MWSt.)
01 - 08, 10, 13, 16, 18, 21 und 24	–	–	–
09	9'668.10	8'540.15	18'208.25
11	900.–	795.–	1'695.–
12	2'134.45	1'871.70	4'006.15
14	8'400.–	7'420.–	15'820.–
15	3'736.80	3'300.85	7'037.65
17	180.–	159.–	339.–
19	3'553.40	3'138.80	6'692.20
20	1'512.–	1'335.60	2'847.60
22	951.60	840.55	1'792.15
23	1'418.55	1'253.05	2'671.60
Total	32'454.90	28'654.70	61'109.60

4.7. Minderkosten Budgets

a) Die Klägerin bringt im Weiteren im Rahmen ihrer Errechnung des schlussendlichen Interims-Kostendach-Werkpreises zugunsten der Beklagten zwei Minderkostenpositionen in Abzug. Zum einen CHF 161'299.– für eine Budgetunterschreitung Altlasten sowie CHF 42'000.– bezüglich Budget Kücheneinrichtung (act. 6 Rz. 198).

b) Die Beklagte verweist diesbezüglich auf ihre Vorbringen zur Schlussrechnung vom 9. Juli 2008 (vgl. act. 6 Rz. 92), in welchen dieselben zwei Abzüge durch die Klägerin vorgenommen worden waren. Dort führt die Beklagte lediglich aus, der Umbau sei Ende Februar 2008 noch nicht vollendet gewesen, weshalb noch keine Aussage möglich gewesen sei, ob diese Positionen wirklich entfallen würden oder nicht (act. 14 Rz. 8.34-8.40, 9.8.3 und 13.1).

c) Die Klägerin weist replicando darauf hin, dass bei einer Abrechnung per Stichtag 29. Februar 2008 auch eine Abrechnung über die Budgetbeträge habe erfolgen müssen (act. 22 Rz. 526).

d) Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. In Ziff. 4.2 WerkV wurde festgelegt, dass für die nach Budget durchzuführenden Arbeiten für die Bestimmung des Kostendach-Werkpreises Budgetpreise eingesetzt wurden. Die Abrechnung über diese Leistungen sollte in offener Abrechnung erfolgen und entsprechend den Werkpreis verändern (vgl. dazu oben Ziff. IV.3.2.1.-2.). Für eine Abrechnung per Stichtag sind daher lediglich die bis dahin bereits angefallenen Aufwendungen zu bestimmen und eine allfällige negative Differenz zum vorgesehenen Budgetbetrag vom Kostendach-Werkpreis in Abzug zu bringen oder eine positive Differenz zu diesem hinzuzurechnen (vgl. auch bereits Nachtrag 12, oben Ziff. IV.4.5.20.). Vorliegend sind die einzelnen der Klägerin effektiv entstandenen Baukosten infolge fehlender substantiierter Bestreitung auf Seiten der Beklagten erstellt und ausgewiesen (siehe oben Ziff. IV.4.3.). Darunter finden sich auch die für die Altlasten bis zum Stichtag angefallenen Aufwendungen von CHF 224'950.95 (act. 6 Rz. 94 S. 48, BKP 109) sowie diejenigen für die Kücheneinrichtung von CHF 112'965.55 (act. 6 Rz. 94 S. 61 f., BKP 258). Im Weiteren wurde von der Beklagten nicht bestritten, dass die entsprechende Budgetposition für Altlasten dadurch um CHF 161'299.– (vgl. act. 8/30 letzte Position) und diejenige für die Kücheneinrichtung um CHF 42'000.– (vgl. act. 8/30 Position 258) unterschritten worden ist. Der Kostendach-Werkpreis ist daher entsprechend diesen beiden Budgetunterschreitungen zu reduzieren.

4.8. Zwischenergebnis Werkpreis

Aus dem Ausgeführten ergeben sich folgende, der Werkpreisberechnung zugrunde zu legende Positionen (zuzügl. MWSt.): Die effektiven Erstellungskosten der Klägerin für die Teilfertigstellung des Umbaus betragen CHF 21'594'801.80 (siehe oben Ziff. IV.4.3.6.). Dazu sind die darin noch nicht berücksichtigten zusätzlichen Totalunternehmerhonorare und Nebenkostenpauschalen aus den Nachträgen 01-24 im Gesamtwert von CHF 61'109.60 zu addieren (siehe oben Ziff. IV.4.6.). Diese effektiven Aufwendungen sind nun in Relation zum Interims-Kostendach-Werkpreis zu setzen. Dieser beträgt ausgehend von den Fertigstellungsgraden der Umbauarbeiten per Stichtag CHF 21'807'000.– (siehe oben Ziff. IV.4.4.) und ist insoweit zu bereinigen, als sich dessen Erhöhung aus den Nachträgen 01-24 von CHF 381'690.– und Verminderung aus den Budgetunterschreitungen für Alt-

lasten und Kücheneinrichtung von CHF 203'299.– ergibt. Der bereinigte Interims-Kostendach-Werkpreis beträgt somit CHF 21'985'391.–. Aus der Differenz des Letzteren und den effektiven Erstellungskosten (inkl. zusätzliche TU-Honorare und Nebenkostenpauschalen) von CHF 21'655'911.40, errechnet sich der der Klägerin per Stichtag zustehende Bonus von 25 % (vgl. Ziff. 4.7 WerkV). Dieser beläuft sich auf CHF 82'369.90 (CHF 329'479.60 dividiert durch 4).

Der schliesslich von der Beklagten geschuldete Werkpreis wird gemäss Ziff. 4.1. ff. WerkV aus der Summe der effektiven Erstellungskosten des Werkes (inkl. zusätzliche TU-Honorare und Nebenkostenpauschalen) zuzüglich des klägerischen Bonus gebildet. Der Kostendach-Werkpreis bzw. der bei Abrechnung per Stichtag entscheidende Interims-Kostendach-Werkpreis dient – wie bereits ausgeführt (siehe oben Ziff. IV.4.4.1.) – als Referenzpreis zur Bestimmung des Bonus oder eines Malus. Bei Überschreitung des Kostendach-Werkpreises wäre lediglich dieser zu leisten (Malus vollumfänglich zulasten der Klägerin). Bei vorliegender Unterschreitung des Kostendach-Werkpreises kann die Klägerin lediglich die ihr angefallenen effektiven Aufwendungen (u.a. inkl. Totalunternehmerhonorar) sowie den sich daraus ergebenden Bonus verlangen. Sie teilt nach dem Sinn des vereinbarten Vergütungssystems die Ersparnis gegenüber dem Kostendach-Werkpreis somit mit der Beklagten im Verhältnis $\frac{1}{4}$ zu $\frac{3}{4}$. Diesem Vergütungssystem würde es – wie bereits ausgeführt – diametral zuwider laufen, anstatt dessen den Kostendach-Werkpreis selber mit dem (Ersparnis-)Bonus zu addieren, wie es die Klägerin in ihrer Schlussrechnung und bei der Bestimmung des Quantitativs der Klage tut (act. 6 Rz. 92 und 198). Ein solches Verständnis würde darauf hinauslaufen, dass die Parteien im Kostendach-Werkpreis kein Kostendach, sondern einen Mindestpreis vereinbart hätten, welcher sich je nach günstigerer Werkerstellung durch den Unternehmer sogar noch erhöhen würde. Eine solche Regelung macht aus Sicht des Bauherrn jedoch schlicht keinen Sinn und wurde vorliegend auch nicht vereinbart. Allerdings gestaltet sich die Situation insofern besonders, als per Stichtag 29. Februar 2008 abzurechnen ist. Der deswegen errechnete Interims-Kostendach-Werkpreis erfüllt die genau gleiche Funktion als Referenzpreis wie der ursprüngliche Kostendach-Werkpreis, was auch die Klägerin so sieht (vgl. nur act. 6 Rz. 178 und act. 22 Rz. 528, 540). Weshalb sie den von ihr

errechneten Bonus zu diesem (wohlgemerkt mit den effektiven Aufwendungen gar nicht erreichten) Kostendach-Werkpreis hinzurechnet und die Summe der beiden Beträge einklagt, ist nicht nachvollziehbar.

Die Berechnung des Interims-Werkpreises gestaltet sich in Anlehnung an die von der Klägerin in act. 6 Rz. 198 gewählte Darstellung wie folgt (alle Werte in CHF und zuzügl. MWSt.):

1. Effektive Baukosten

Aufwand nach BKP	21'594'801.80	
zusätzliche TU-Honorare und NK-Pauschalen	61'109.60	
Summe Effektive Baukosten	21'655'911.40	21'655'911.40
2. Interims-Kostendach-Werkpreis per 29. Februar 2008 (unbereinigt)	21'807'000.–	
Mehrkosten gemäss Nachträgen 01-24	381'690.–	
./ Budgetunterschreitung Altlasten	- 161'299.–	
./ Budgetunt. Kücheneinrichtung	- 42'000.–	
3. bereinigter Interims-Kostendach-Werkpreis	21'985'391.–	
./ effektive Baukosten	21'655'911.40	
Differenz	329'479.60	
25 % Anteil Klägerin (Bonus)	82'369.90	82'369.90
4. Werklohnanspruch Klägerin		21'738'281.30

4.9. Restwerklohnforderung

Vom klägerischen Werklohnanspruch im Betrag von CHF 21'738'281.30 (zuzügl. MWSt.) bzw. von CHF 23'390'390.70 (inkl. 7,6 % MWSt.) hat die Beklagte unbestrittenermassen bereits CHF 15'341'040.– beglichen (act. 6 Rz. 200, act. 14 Rz. 13.2). Damit resultiert eine Restwerklohnforderung der Klägerin von CHF 8'049'350.70 (inkl. MWSt.).

4.10. Zins

Entsprechend der Verfalltage in Bezug auf die 9. und 10. Akontozahlung (siehe dazu oben Ziff. IV.3.3.3. und IV.3.4.4.) ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf den Betrag von CHF 2'808'360.– (inkl. MWSt.) Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Januar 2008 sowie auf den Betrag von CHF 2'507'080.– Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Februar 2008 zu bezahlen (vgl. act. 6 Rz. 201). Darüber hinaus hat die Beklagte 5 % Zins auf den Restbetrag von CHF 6'733'910.70 (abzüglich Teilzahlung von CHF 4'000'000.– Wert am 1. Oktober 2008) seit 14. August 2008, dem Datum der zugestellten Mahnung (act. 6 Rz. 201, act. 14 Rz. 8.35 und 13.3), zu leisten.

5. Verrechnungsforderungen der Beklagten

5.1. Erfüllungsinteresse Umbaufertigstellung

5.1.1. Die Beklagte macht in der Klageantwort geltend, ihr stehe gegenüber der Klägerin eine Schadenersatzforderung in der Höhe von CHF 6'778'866.95 zu, welche sich aus dem Erfüllungsinteresse der Umbaufertigstellung ergebe. So habe die Beklagte die Weigerung der Klägerin, den Werkvertrag zu erfüllen bzw. das Werk fertigzustellen, dadurch wettmachen müssen, indem sie eine neue Bauleitung (I._____) eingesetzt und direkte Verträge mit den vormaligen Subunternehmern der Klägerin abgeschlossen habe. Art und Umfang der dadurch entstandenen Umbaufertigstellungskosten seien ausgewiesen. Diese hätten in den besagten CHF 6'778'866.95 bestanden (act. 14 Rz. 3.76, 12.16-12.19 und Rz. 18.1-18.6).

5.1.2. Die Klägerin stellt sich in der Replik auf den bereits im Rahmen der Klagebegründung vorsorglich eingenommenen Standpunkt, die Beklagte habe infolge des berechtigten Vertragsrücktritts durch die Klägerin selbst für die Fertigstellung des Werkes aufzukommen. Entsprechende Kosten könnten weder unter dem Titel der Ersatzvornahme noch als Schadenersatz verlangt werden. Zudem habe die Beklagte von der I._____ nicht einfach das unter dem zwischen den Parteien vereinbarten Werkvertrag geschuldete Werk fertig stellen lassen, sondern zahlreiche weitere Bestelländerungen und Abweichungen von den ursprünglichen Plä-

nen getätigt. Die damit zusammenhängenden Kosten stellen damit noch nicht einmal Fertigstellungskosten dar (act. 6 Rz. 181 ff., act. 22 Rz. 669 ff.).

5.1.3. Nach dem als berechtigt qualifizierten Vertragsrücktritt durch die Klägerin (siehe oben Ziff. IV.3.4.3.) besteht keine Rechtsgrundlage für diese Verrechnungsforderung der Beklagten. Die Klägerin hat der Beklagten kein Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Die Klägerin geriet nach ihrem berechtigten Vertragsrücktritt und der damit verbundenen Einstellung der Arbeiten gerade nicht in Schuldnerverzug, weshalb kein Schadenersatzanspruch aus Art. 107 ff. resultieren kann. Es ergibt sich überdies aus der rechtlichen Einordnung des erstellten und behaupteten Verhaltens der Parteien auch kein Anhaltspunkt, von einem Verschulden der Klägerin auszugehen, welches für einen allfälligen Schadenersatzanspruch auf das positive Interesse bzw. Erfüllungsinteresse sowohl im Rahmen der Nichterfüllung von Art. 107 Abs. 2 als auch der Vertragsverletzung nach Art. 97 OR erforderlich wäre. Nur im Sinne einer Ergänzung ist daher anzumerken, dass der von der Beklagten geltend gemachte Aufwand der Werkfertigstellung durch eine Verweisung auf die Rz. 12.16-12.19 der Klageantwort sowie einen pauschalen Verweis auf bestimmte Beilagen (act. 8/95, act. 8/100-104) auch nicht zureichend substantiiert wurde.

5.2. Umsatz- und Ertragsausfälle

5.2.1. Überdies fordert die Beklagte verrechnungsweise den Ersatz von Umsatz- und Ertragsausfällen, die ihr durch die Nichteinhaltung des in Bezug auf das E._____ massgebenden und vor Weihnachten 2007 liegenden Fertigstellungstermins entstanden seien. Dabei unterteilt sie in Umsatzausfälle und Schadenersatz im Beherbergungsbereich und Umsatzausfälle im Verpflegungsbereich und verlangt unter diesen Titeln insgesamt CHF 1'803'996.– Schadenersatz (act. 14 Rz. 19.1-19.21).

5.2.2. Die Klägerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, die Fertigstellung der einzelnen Zimmer erst nach den ursprünglich vereinbarten Terminen habe nicht sie zu vertreten. Zudem habe sie zwölf der 13 Zimmer des E._____ vor Weihnachten fertiggestellt. Im Weiteren sei die Herleitung des behaupteten Umsatzausfalls nicht genügend substantiiert worden (act. 22 Rz. 678-705).

5.2.3. Auch dieser Verrechnungsforderung der Beklagten kann nach den bisherigen Ausführungen kein Erfolg beschieden sein. Die Beklagte leitet den von ihr angeführten Umsatz- und Ertragsausfall nämlich aus einem Sachverhalt ab, welcher der Klägerin nicht zur Last zu legen ist. So ist nämlich davon auszugehen, dass sich aufgrund der von der Beklagten zu vertretenden Verzögerungen der Fertigstellungstermin des 14. Dezember 2007 in Bezug auf die Hotelzimmer um mindestens drei Wochen und die Penthouse-Suite sogar noch einen Monat mehr nach hinten verschoben hat (siehe oben Ziff. IV.3.3.3. und IV.3.4.4.). Die allfällig aus einer fehlenden Fertigstellung vor Weihnachten 2007 resultierenden Einbussen bei der Beklagten sind ihr daher nicht von der Klägerin zu ersetzen. Für den Fall, dass auch etwaige Umsatz- oder Ertragsausfälle behauptet werden sollten, die auf einer Nichteinhaltung der verschobenen Fertigstellungstermine beruhen – was im Übrigen nicht konkret geltend gemacht wird –, ist Folgendes festzuhalten: Die Beklagte befand sich einerseits seit dem 31. Dezember 2007 in Schuldnerverzug mit der 9. Akontozahlung und kann der Klägerin alleine deshalb für die Zeit danach nicht die Nichteinhaltung eines (verschobenen) Fertigstellungstermins entgegenhalten (Art. 82 OR). Andererseits wurde seitens der Beklagten bereits am 7. Februar 2008 ein Baustopp angeordnet (act. 6 Rz. 66, act. 14 Rz. 8.12 und 8.16) und erfolgte am 19. Februar 2008 der berechnigte Vertragsrücktritt der Klägerin. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, für welchen Umsatz- oder Ertragsausfall der Beklagte die Klägerin aufzukommen hätte.

Überdies erweist sich die Darstellung der geltend gemachten Einbussen – obwohl die Beklagte mit Verfügung vom 7. Oktober 2010 auf ihre entsprechenden Obliegenheiten hingewiesen wurde (act. 17 S. 4) – als gänzlich unsubstantiiert. Die ins Recht gelegten "Rechenblätter", auf welche auch hauptsächlich verwiesen wird, sind ohne Weiteres nicht nachvollziehbar. Es wird nicht konkret ausgeführt, welcher Gast welches Zimmer bereits gebucht hatte bzw. welche genauen Leistungen bezogen hätte und dann aufgrund welcher Verzögerung der Klägerin er welches andere Zimmer bzw. welche andere Leistungen bezogen hat oder zu beziehen unterlassen hat, was dann zu welchen konkreten, Geldwerten geführt haben soll.

Nach dem Ausgeführten kann die Beklagte aus der unter dem Titel Umsatz- und Ertragsausfall geltend gemachten Verrechnungsforderung nichts für sich ableiten.

5.3. Aufwand für Mängelbehebungen

5.3.1. Die Beklagte bringt weiter vor, das von der Klägerin teilfertig zurück gelassene Werk sei mit verschiedenen Mängeln behaftet gewesen. Nachdem der grösste Teil von den Parteien habe bereinigt werden können, seien lediglich zwei Positionen zurück geblieben. Einerseits gehe es um eine Liste von "Kleinigkeiten", auf deren Realisierung die Beklagte im Rahmen des vereinbarten B'._____ Standards Anspruch habe und deren Behebung die Klägerin ablehne. Dies habe der beklagtische Rechtsvertreter mit Schreiben vom 12. August 2009 gerügt. Die Mängel seien auf einer beigelegten Liste pro Hotelzimmer beschrieben und mit einem Schätzwert für die Ersatzvornahme, allenfalls dem Minderwert, versehen worden. Daraus resultiere eine Summe von CHF 37'840.– (act. 14 Rz. 8.63 und Rz. 20.1-20.5).

Andererseits liege ein Mangel an der Heizung vor, von dem die Penthouse-Suite sowie die Bäder 152, 252 und 253 betroffen seien. Das Heizungssystem bestehe aus einem Hochtemperaturteil, an welches in den Hotelzimmern die Radiatoren angeschlossen seien. Daneben gebe es einen Niedertemperaturteil, an welchen die Bodenheizungen in den Badezimmern angeschlossen seien. Diese Systeme seien nicht miteinander verbunden und liessen sich nur unabhängig voneinander regeln, was es verunmögliche, die Zimmertemperatur konstant zu halten. Ebenso wenig lasse sich die Heizung in den beiden Zwischensaisons, da das Hotel geschlossen sei, aber die Penthouse-Suite bewohnt bleibe, befriedigend steuern. Auch die einzelnen Stockwerke unter sich liessen sich nicht einzeln oder abschnittsweise regulieren. Offenbar gebe es zu wenig Heizkreise. Es müsse ein von der Klägerin initiiertes Planungsfehler vorliegen. Von der Planerin H._____ AG sei eingewendet worden, die jetzige Konzeption der Heizung sei im Rahmen der Bereinigung des TU-Angebots von der Klägerin wegen Kosteneinsparungen gewählt worden. Ausserdem seien die an die Gebäudeaussenfront anliegenden Bäder zu wenig isoliert worden (act. 14 Rz. 8.64-8.65.7).

In der Klageantwort wird weiter ausgeführt, es ginge zulasten der Klägerin, falls der der Beklagten im März 2007 aufgezwungen Reduktion des Projektes tatsächlich solche vorauszusetzenden Heizungs- und Isolierungseigenschaften zum Opfer gefallen sein sollten. Die Beklagte habe die H._____ AG zwar schon vor dem TU-Zuschlag an die Klägerin beigezogen, jedoch bloss um genügende TU-Submissionsunterlagen erstellen zu können. Nach dem Zuschlag sei die H._____ AG Subplanerin der Klägerin als Totalunternehmerin gewesen. Bekanntlich ergäben sich die endgültigen Bedürfnisse für die Auslegung der ganzen Haustechnik erst in der Detailplanung. Die Beklagte habe während des laufenden Submissionsverfahrens keine Konzept- und Planänderungen vorgenommen. Erst als die TU-Eingaben vorgelegen hätten, habe nach Einsparungsmöglichkeiten gesucht werden müssen. Zwar habe es im revidierten TU-Angebot tatsächlich auch im Elektro- und Heizungs-/Kühlungsbereich massive Abstriche gegeben, doch sei vieles davon bis zum endgültig bereinigten TU-Angebot wieder rückgängig gemacht worden. Von einer Reduktion von drei auf nur zwei Heizkreise sei im revidierten TU-Angebot nichts zu finden. In den Submissionsunterlagen sei eine differenzierte klimatische Regelung pro Zimmer verlangt worden. Aus dem TU-Werkvertrag ergebe sich nicht, dass nicht mit einer dem B'._____ Standard entsprechenden, differenzierten Einzelraumheizsteuerung habe gerechnet werden können. Was genau nach der ersten "Streichrunde" im Bereich der Haustechnik wieder in den TU-Werkvertrag aufgenommen worden sei, wisse die Beklagte nicht, jedenfalls entspreche die getroffene Lösung nicht dem B'._____ Standard. Zumindest sei die Beklagte von der Klägerin nicht darauf aufmerksam gemacht worden, dass mit dem Verzicht auf einen dritten Heizkreis, sollte ein solcher geschehen sein, ein für den B'._____ Standard wesentlicher Komfort notwendiger Art wegfallen werde (act. 14 Rz. 8.65.7-8.66.4 und Rz. 20.6-20.8).

5.3.2. Die Klägerin hält dem entgegen, bei den von der Beklagten als "Kleinigkeiten" bezeichneten Positionen handle es sich nicht um Mängel unter dem Werkvertrag. Deshalb habe die Beklagte weder einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für eine Ersatzvornahme noch auf einen Minderwertabzug (act. 22 Rz. 468 f. und Rz. 708 f.). Die Heizung sei von der Klägerin so ausgeführt worden, wie es im Vertrag vereinbart worden sei. Das Konzept sei von der Haustechnikplanerin der

Beklagten geplant und als Vorgabe in die Submissionsunterlagen aufgenommen worden. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen habe die Beklagte dieses Konzept unter Beratung ihrer Haustechnikplanerin aus Kostengründen angepasst. Ein Vertrag mit der Klägerin habe zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestanden. Die Planung und Redimensionierung der Heizung sei noch während der Zeit erfolgt, als die H._____ AG unter Vertrag mit der Beklagten tätig gewesen sei. Die Beklagte könne sich nur insofern auf vorauszusetzende Heizungs- und Isoliereigenschaften berufen, als diese dem vertraglich Vereinbarten entsprächen. Im revidierten TU-Angebot (act. 8/19) sei "Gruppe Fussbodenheizung. Entfällt." festgehalten worden. Die Beklagte müsse sich die mit diesem Wegfall verbundene Komforteinbusse entgegenhalten lassen. Die Beklagte habe also im Zuge der Bereinigung des TU-Angebots aus freien Stücken auf einen dritten Heizkreis verzichtet und lediglich zwei Heizkreise bestellt. Wenn die Beklagte nicht wisse, was genau nach der ersten Streichrunde wieder aufgenommen worden sei, dann habe sie sich das selber zuzuschreiben (act. 22 Rz. 470-481 und Rz. 710-718)

5.3.3. Wird der Werkvertrag vorzeitig, aber ex nunc aufgelöst, so stellt sich die Frage, ob und nach welchen Regeln der Unternehmer haftet, wenn das unvollendete Werk mangelhaft ist. Haben die Parteien es unterlassen, die Frage vertraglich zu regeln, liegt eine Vertragslücke vor, die richtigerweise durch eine sinngemässe Anwendung jener Regeln gefüllt wird, die beim betreffenden Vertrag für die ordentliche Mängelhaftung gelten würden. Sind es die gesetzlichen Regeln, so kommen die Art. 367-371 OR analog zur Anwendung. Gehört aber die SIA-Norm 118 zum vereinbarten Vertragsinhalt, so sind die Normbestimmungen der Art. 157-182 entsprechend anzuwenden, soweit nicht individuell oder in einem ranghöheren Vertragsbestandteil vereinbarte Bestimmungen vorgehen (GAUCH, a.a.O., N. 2432 ff. und 2733).

Ein Werkmangel, der die Mängelhaftung des Unternehmers begründet, besteht in einer Abweichung des Werkes vom Vertrag (vgl. Art. 368 OR und Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer herleitet, hat den Werkmangel auf den er sich beruft, als rechtsbegründende Tatsache zu beweisen (Art. 8 ZGB). Insbesondere trifft den Besteller die Beweislast auch dafür, dass ein von

ihm behaupteter Mangel tatsächlich eine Vertragsabweichung und damit ein Werkmangel im Rechtssinne ist. Dagegen trägt der Unternehmer die Beweislast, wenn er geltend macht, eine ursprüngliche Eigenschaftsvereinbarung, auf die sich der Besteller beruft, sei durch eine nachträgliche Abrede verändert oder durch eine Bestelländerung ersetzt worden (GAUCH, a.a.O., N. 1506 ff.). Entsprechend der dargelegten Beweislast verteilt sich auch die prozessuale Behauptungslast, wobei einmal mehr festzuhalten ist, dass die Beklagte mit Verfügung vom 7. Oktober 2010 darauf hingewiesen wurde, ihre zur Verrechnung gestellten Forderungen mit Bezug auf die erforderlichen Rechtsgrundlagen besonders zu substantiieren (act. 17 S. 4).

5.3.4. Vorab ist festzuhalten, dass von den Parteien nicht geltend gemacht wird, sie hätten im Rahmen der Mängelhaftung besondere Abreden getroffen. Daher erweisen sich grundsätzlich die zum Vertragsbestandteil erklärten Bestimmungen der SIA-Norm 118 als anwendbar (vgl. Ziff. IV.2.2. oben sowie Ziff. 2.3 WerkV). Dies wirkt sich jedoch nicht entscheidend aus, da die verrechnungsweise geltend gemachte Minderung des Werkpreises bereits an der ungenügenden Geltendmachung der auch nach Art. 368 OR zu verlangenden Grundvoraussetzungen scheitert.

Unter dem Titel "Kleinigkeiten" wird von der Beklagten nämlich nicht genügend konkret dargelegt, welche genauen Mängel vorgelegen haben sollen, d.h. was genau in der Werkerstellung mit welcher vertraglichen Vorgabe nicht übereingestimmt habe. Der pauschale Verweis auf eine Liste, die der beklagtische Rechtsvertreter offenbar seinem Schreiben an die Klägerin vom 12. August 2009 beigelegt hat (act. 14 Rz. 8.63; vgl. act. 8/97 und 15/21), reicht dafür nicht aus. Überdies bilden auch die dort in der Spalte "Bemerkung" zu findenden Stichworte, mit denen die einzelnen Positionen bezeichnet werden, keine genügend detaillierte Darstellung, wie genau das jeweilige Werkergebnis von welcher vertraglichen Vorgabe abgewichen sein soll. Der ebenso pauschale Hinweis, es handle sich um "Dinge, auf deren Realisierung die Beklagte im Rahmen des vereinbarten B'._____ Standard Anspruch" habe (act. 14 Rz. 20.2), vermag für sich genommen auch nichts zur Substantiierung beizutragen. Eine allfällige Abweichung von der Normalbeschaffenheit oder Gebrauchstauglichkeit, worauf das Vorbringen abzu-

zielen scheint, wird dadurch nicht konkret dargelegt. Nachdem die Klägerin in der Replik ausdrücklich (jedoch ebenso pauschal) bestreitet, dass es sich bei den geltend gemachten "Kleinigkeiten" um Mängel handle (act. 22 Rz. 708), unterliess die Beklagte in der Folge nähere Ausführungen dazu. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachten CHF 37'840.– können mangels Substantiierung daher nicht zu einer Verrechnungsforderung der Beklagten führen.

In Bezug auf die Heizung ist von der Klägerin nicht bestritten worden, dass letztlich zwei Heizkreise erstellt worden sind, welche sich nur unabhängig voneinander regeln lassen und auch keine differenzierte Einzelraumheizsteuerung möglich ist. Im Weiteren ist von der Beklagten nicht vorgebracht worden, dass dieser Zustand auf eine mangelhafte Ausführung von Arbeiten zurückzuführen sei. Sie behauptet vielmehr, es habe ein falsches Konzept zugrunde gelegen bzw. liege ein Planungsfehler vor (act. 14 Rz. 8.65.4 und 20.6).

Nun ist es jedoch so, dass die Klägerin nach den Behauptungen der Parteien nicht für die Planung in Bezug auf die Heizung und insbesondere nicht für die Wahl der Realisierung von nur zwei Heizkreisen verantwortlich ist. Unbestritten stand die mit der fraglichen Planung betraute H. _____ AG (zumindest) bis zum Baubeginn, dem 10. April 2007, im Vertragsverhältnis zur Beklagten und handelte damit (zumindest) bis dahin als deren Planerin (act. 6 Rz. 13 f., 91 lit. f. und 208, act. 14 Rz. 6.1, 7.9, 8.77-8.82 und 15.14 f.). Im Übrigen statuiert die von der Beklagten diesbezüglich selbst angeführte Ziff. 9.1 WerkV sogar erst die Verpflichtung der Klägerin zum Abschluss eines entsprechenden Vertrages mit der H. _____ AG, woraus sich eine Übernahme frühestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, somit am 2. Mai/11. Juni 2007, ergeben kann. Ein bestimmter Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der H. _____ AG wird in der Folge nicht behauptet. Ein allfälliger späterer Zeitpunkt der Übernahme kann jedoch dahin gestellt bleiben, da auch die Annahme, diese habe mit Baubeginn stattgefunden, zum gleichen Resultat führt.

Von der Beklagten wird selbst ausgeführt, der Leistungsumfang sei vor dem Bau mit Genauigkeit vorgegeben gewesen (act. 14 Rz. 6.17), und es wurde von ihr nicht bestritten, dass sie der Klägerin im Zusammenhang mit dem revidierten TU-

Angebot am 26. März 2007 bestätigt habe, die Planung sei bereit (act. 6 Rz. 16, act. 14 Rz. 6.4 f.). Es wird von der Beklagten überdies nicht geltend gemacht, die Klägerin habe während der Bauarbeiten eigenmächtig bereits vorliegende Pläne wieder geändert. Bei der Frage, ob drei oder zwei Heizkreise realisiert werden sollen, handelt es sich in der Tat auch nicht um einen Punkt, der sich erst in der Detailplanung ergeben würde (vgl. act. 14 Rz. 8.66.1). Vielmehr ist erstellt, dass die entsprechenden, von der Beklagten nun beanstandeten Pläne bereits bei den Vertragsverhandlungen vorlagen (dazu sogleich unten). Da also die H._____ AG mindestens bis zum Zeitpunkt des Baubeginns die Planerin der überdies durch eine fachkundige Bautreuhänderin begleiteten Beklagten war und die später umgesetzten Planungen bis dahin feststanden, können allfällige Unzulänglichkeiten in der Planung nicht der Klägerin angelastet werden. Dies würde sogar dann gelten, wenn die Klägerin die H._____ AG bereits mit Zuschlag am 27. März 2007 übernommen hätte, wie die Beklagte an anderem Ort pauschal und ohne weitere Grundlage ausführt. Denn es wird auch nicht dargelegt, dass die Klägerin oder die H._____ AG für diese danach eigenmächtig Änderungen in den Plänen vorgenommen habe. Am Ausgeführten vermag im Übrigen auch die Bezeichnung der Klägerin als Totalunternehmerin nichts zu ändern. Ferner wird auch keine Verpflichtung bzw. eine entsprechende Vertragsgrundlage dargelegt, wonach die Klägerin vor Baubeginn Planungsarbeiten für die Beklagte hätte leisten müssen.

Hinzu kommt, dass diejenigen Pläne, die Vertragsbestandteil geworden sind, bereits eine Reduktion von drei auf zwei Heizkreise enthielten. Es ist unbestritten und wird selbst von der Beklagten vorgebracht, dass im Rahmen der Kosteneinsparungsverhandlungen, welche im Rahmen der Erstellung der revidierten TU-Offerte vom 26. März 2007 und damit auf jeden Fall vor Baubeginn (und Zuschlag) stattfanden, massive Abstriche gegenüber den Anforderungen der ursprünglichen TU-Submission im Heizungs-/Kühlungsbereich vorgenommen wurden. Die Klägerin behauptet nun, bei einem dieser Punkte habe es sich um die Reduktion von drei auf zwei Heizkreise gehandelt. Was die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, stellt alles andere als eine taugliche Bestreitung dar. Einerseits räumt sie selber ein, dass sie nicht genau wisse, was nach der ersten Streichrunde wieder in den Leistungsumfang aufgenommen worden sei und

was nicht. Die Bemerkung, "vieles davon" sei wieder rückgängig gemacht worden, ist nicht geeignet, Grundlage einer substantiierten Bestreitung zu bilden. Andererseits dringt der pauschale Hinweis, von einer Reduktion von drei auf nur zwei Heizkreise sei im revidierten TU-Angebot nichts zu finden, nicht durch. In Beantwortung dieses allgemeinen Vorbringens, es könne dort nichts gefunden werden, führt die Klägerin nämlich konkret aus, dass im revidierten TU-Angebot in Beilage 1 auf Seite 3 sehr wohl ausdrücklich die Einschränkung gemacht worden sei "Gruppe Fussbodenheizung. Entfällt.", womit auf einen dritten Heizkreis verzichtet worden sei (act. 22 Rz. 480 f. und Rz. 711, vgl. act. 8/19). Diese präzisierende Behauptung wurde von der Beklagte in der Folge nicht bestritten und hat daher als anerkannt zu gelten, zumal auch die Beklagte bereits in der Klageantwort selber ausdrücklich ausführt, sie habe auf Fussbodenheizungen verzichtet (act. 14 Rz. 6.2).

Daraus erhellt zweierlei: Eine gegenüber den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen veränderte Planung mit lediglich zwei Heizkreisen geht auf die Zeit vor dem Zuschlag vom 27. März 2007 sowie auch dem Baubeginn am 10. April 2007 zurück, für welche die Klägerin schlicht nicht für die Planung, auch nicht für allfällige weitere behauptete Planungsunzulänglichkeiten, verantwortlich war. Ausserdem wurde lediglich die Erstellung von zwei Heizkreisen in den vertraglichen Leistungsumfang aufgenommen, weshalb eine Abweichung von einem allfällig vorher bestehenden Erfordernis von drei Heizkreisen keinen Mangel darstellen kann. Es ist ferner auch keine Pflicht der Klägerin erkennbar, die Beklagte auf bestimmte Folgen von Planänderungen hinzuweisen, welche diese durch die noch von ihr betraute H. _____ AG vornehmen liess, um im Rahmen der Vertragsverhandlungen Kosteneinsparungen zu erreichen. Zudem war die Beklagte durch eine Bautreuhänderin fachkundig begleitet (vgl. Art. 166 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118). Für die beklagtische Auffassung, es ginge zulasten der Klägerin, wenn der Reduktion des Projekts im März 2007 tatsächlich Heizungs- und Isolierungseigenschaften "zum Opfer gefallen" seien (act. 14 Rz. 8.65.7), besteht keine Grundlage.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Beklagte einen allfällig bestehenden (Planungs-)Mangel auch nicht konkret genug geltend macht. So bringt sie zwar –

neben oder in Verbindung mit der Frage der Anzahl von Heizkreisen – vor, es hätte eine differenzierte Einzelraumheizsteuerung vorgesehen werden müssen. Welches Heizungskonzept bzw. welche genauen Pläne jedoch von den Parteien im Rahmen des Werkvertrages vereinbart worden sind und inwiefern genau das nun Verwirklichte davon abweichen soll bzw. welche Planungen die Klägerin vorgenommen haben soll, die von welchem Werkvertragsinhalt abgewichen sind, wird von der Beklagten nicht konkret dargelegt. So bleibt nach der Darstellung der Beklagten unklar, ob die Klägerin mit dem Einbau von drei Heizkreisen dem Werkvertrag gerecht geworden wäre und/oder eine abhängige Regelung der Heizkreise untereinander hätte vorsehen müssen und was die Beklagte unter einer differenzierten klimatischen Regelung pro Zimmer einfordert bzw. wann eine solche gegeben wäre. Die Beklagte ist es, welche die genaue vertragliche Soll-Beschaffenheit des Werkes aufzuzeigen gehabt hätte, um in der Folge eine Beurteilung zu ermöglichen, inwieweit der Ist-Zustand davon abweicht. Insbesondere handelt es sich beim Vertragsinhalt basierend auf der bereinigten TU-Offerte der Klägerin um den ursprünglichen Vertragsschluss und nicht um eine nachträgliche, abweichende Abrede unter den Parteien, für welche die Klägerin behauptungsbelastet wäre.

Ferner wird auch mit dem beklagtischen Hinweis auf den abstrakten Begriff des "B'._____ Standard" nicht genügend konkret dargelegt, worin in der ausgeführten Heizungslösung eine allfällige Abweichung von der Normalbeschaffenheit oder Gebrauchstauglichkeit bestehen soll. Es werden zwar Nachteile der verbauten Heizkreise (Regelung nur unabhängig voneinander; keine "befriedigende" Steuerung) beschrieben. Woraus sich jedoch konkret eine eigentliche Gebrauchsuntauglichkeit oder Abweichung der normalen Beschaffenheit einer solchen Heizungsanlage ergibt, wird nicht genügend ausgeführt. Dazu können auch die Vorbringen, eine differenzierte Heizungsansteuerung müsse auch bei elektronischer und zentraler Regelung möglich sein bzw. es müsse möglich sein, dass die Temperatur je separat geregelt werden könne (act. 14 Rz. 8.65.4 und 8.65.6), nicht dienen, da die Möglichkeit einer allenfalls wünschbareren Lösung nicht bedeutet, die realisierte sei vor dem Hintergrund des vereinbarten Werkvertrages unzureichend. Ebenso trägt der pauschale Hinweis auf den allgemeinen Hotelstandard

eines ... [Adjektiv] Hotels nichts zur Konkretisierung bei, handelt es sich dabei doch um einen äusserst weiten und unbestimmten Begriff. Welche Standards in Bezug auf die Ausgestaltung von Heizungsanlagen genau vorherrschen, wird jedoch nicht vorgebracht. Zu beachten ist dabei ferner, dass nicht konkret dargelegt wurde, eine differenzierte klimatische Regelung pro Zimmer lasse sich nur mit einer differenzierten Heizraumsteuerung erreichen. Schliesslich wird auch nicht substantiiert vorgebracht, welche Unzulänglichkeiten die Beklagte in der Isolierung von bestimmten Zimmern sieht und inwiefern diese von welchen Plänen bzw. welche Pläne vom Werkvertragsinhalt abweichen sollen.

5.3.5. Nach dem Ausgeführten besteht keine Verrechnungsforderung aus Aufwendungen für (behauptete) Mängelbehebungen.

5.4. Vertrauensschaden

5.4.1. Die Beklagte führt zu guter Letzt an, die Klägerin habe ihr einen Vertrauensschaden in der Höhe von CHF 7'700'880.– oder CHF 2'351'000.– zugefügt. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass die Klägerin im November 2006 die Kosten für das an sie herangetragene Umbauvorhaben grob auf CHF 19,7 Mio. geschätzt habe. In der Folge sei Ende Januar 2007 das Submissionsverfahren betreffend das nur noch im Detail verfeinerte Bauvorhaben durchgeführt worden. Dabei hätten alle Offerten im Preisrahmen zwischen CHF 31 Mio. und CHF 33 Mio. gelegen, was eine böse Überraschung für die Klägerin gewesen sei. Die Klägerin habe für CHF 31,35 Mio. offeriert. Sie, die Beklagte, habe erwarten dürfen, dass ein verbindliches TU-Angebot maximal 20 % über dem Wert von CHF 19,7 Mio. liegen würde. Deshalb habe unter grossem Zeitdruck mit der Klägerin verhandelt und nach Einsparungen und Verzichten im Bauprogramm gesucht werden müssen. Dazu sei der Beklagten keine andere Wahl geblieben, wollte sie doch am 10. April 2007 mit dem Umbau beginnen und diesen auf die Eröffnung der Wintersaison 2007/2008 fertig gestellt haben. Es sei bereits mit dem erweiterten Raumangebot bei den Gästen geworben worden. Die Beklagte habe sich in einer Zwangslage befunden, ähnlich wie ein Bauherr, dem ein bereits zu viel zu hohen Kosten (weitgehend) erstelltes Werk präsentiert werde. Auch wenn die Beklagte der bereinigten TU-Offerte schliesslich zugestimmt habe, seien

die damit verbundenen Verzichte nicht freiwillig erfolgt (act. 14 Rz. 3.20-3.23, Rz. 21.1-21.11).

5.4.2. Die Klägerin weist darauf hin, die Kostenabklärung vom November 2006 sei unverbindlich gewesen und habe stattgefunden, bevor die Beklagte eine Totalunternehmer-Submission mit veränderten Bedingungen veranstaltet habe. Grundlage für den Vertragsschluss hätten die Unterlagen zur Totalunternehmersubmission, die Offerte der Klägerin vom 2. März 2007 sowie die Bereinigung derselben vom 26. März 2007 gebildet. Die Beklagte habe den Vertrag mit der Klägerin vorbehaltlos abgeschlossen, weshalb kein Raum für eine Schadenersatzforderung bestehe. Überdies habe das der Kostenangabe von November 2006 zugrunde liegende Werk nicht den TU-Submissionsunterlagen entsprochen und sich die Beklagte nicht in einer Zwangslage befunden (act. 6 Rz. 207 lit. d, act. 22 Rz. 719-732).

5.4.3. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Grundlagen sich vorliegend eine Vertrauenshaftung der Klägerin stützen liesse. Die Beklagte schloss – nach durchgeführter TU-Submission und eingegangenen Offerten im Bereich von CHF 31 Mio. und CHF 33 Mio. – am 2. Mai/11. Juni 2007 den Werkvertrag mit der Klägerin zu einem Kostendach-Werkpreis von CHF 24,93 Mio. ab, nachdem die Klägerin eine entsprechende, aus Kosteneinsparungsverhandlungen erwachsene und bereinigte TU-Offerte abgegeben hatte. Die Beklagte war sich daher bei Abschluss des Werkvertrages vollauf darüber bewusst, welche Kosten mit welchem Umfang der Werkerstellung verbunden waren, und sie verpflichtete sich unter diesen Bedingungen. Dass die Klägerin allenfalls vorher – aus welchen Gründen auch immer (anderes Projekt, andere zeitliche Umstände, Vorzugspreise ausserhalb Submission) – eine niedrigere Kostenangabe machte, vermag an der darauf folgenden Verpflichtung der Beklagten im Werkvertrag nichts zu ändern.

Es ist auch nicht einzusehen, warum die Beklagte zum Abschluss des Werkvertrages gezwungen gewesen sein bzw. sie diesen nicht "freiwillig" (vgl. act. 14 Rz. 21.4) abgeschlossen haben soll. Der Umstand, dass sie das Umbauprojekt möglichst bald bzw. am besten noch vor Eröffnung der Wintersaison 2007/2008 abschliessen wollte, stellt zwar ein nachvollziehbares wirtschaftliches Interesse

dar. Die Konsequenzen von dessen Verfolgung können jedoch nicht der Klägerin angelastet werden. Die Beklagte musste und konnte selbst entscheiden, ob sie zum möglichen Erreichen dieses Zieles bereit war, die bereinigte Werkvertragsofferte der Klägerin zu den entsprechenden Konditionen anzunehmen oder nicht. Von einer Zwangslage, die durch die vorherige Kostenanfrage bei der Klägerin verursacht worden sei, kann – nach den behaupteten Umständen – keine Rede sein. Eine solche wäre auch nicht anzunehmen, falls die Beklagte sich – wohlgermerkt vor der Durchführung des Submissionsverfahrens – durch eigenes Handeln wie z.B. die Bewerbung von neuen Zimmern unter einen gewissen wirtschaftlichen Druck gesetzt haben sollte. Vielmehr war sie nach wie vor frei, die Offerte der Klägerin abzulehnen. Hätte sie dies tatsächlich getan, wäre eine andere Frage, ob sie allenfalls die infolge von unzutreffenden Kostenangaben entstandenen, vergeblichen Aufwendungen für ein sich (im Nachhinein) als unnütz erweisendes Submissionsverfahren hätte von der Klägerin einfordern können. Hier entschied sich die Beklagte jedoch bewusst für die Annahme der bereinigten Offerte, obwohl diese von der behaupteten Kostenschätzung abwich, und ist darauf auch zu behaften. Mit anderen Worten wäre die Kostenangabe der Klägerin im November 2006 von vornherein lediglich als Vertrauensgrundlage für allfällige Dispositionen der Beklagten bis zur Offerte der Klägerin im TU-Submissionsverfahren geeignet gewesen, da spätestens damit bzw. mit der Einwilligung in die bereinigte Werkvertragsofferte allfällige frühere Kostenangaben ihre Vertrauenswirkung verlieren mussten, falls sie überhaupt eine solche hätten entfalten können. Insofern ist die Situation auch keineswegs mit derjenigen eines Bauherrn vergleichbar, der nach Abschluss der Bauarbeiten feststellen muss, dass ein Kostenvoranschlag nicht eingehalten wurde (vgl. act. 14 Rz. 21.3).

Schliesslich legt die Beklagte auch nicht konkret dar, inwiefern sie sich mit welchen Auswirkungen auf ihr Vermögen anders verhalten hätte, wenn die Klägerin bereits im November 2006 eine Kostenschätzung im Bereich von CHF 30 Mio. abgegeben hätte. Es handelt sich bei der Klägerin auch keineswegs um die Architektin der Beklagten, welcher allenfalls aus einem entsprechenden Vertragsverhältnis im November 2006 Aufklärungspflichten in Form von Kostenprognosen hätten zukommen können (vgl. die Verweise der Beklagten auf SCHUMACHER, Die

Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch – Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Rz. 745 ff.). Eine Verrechnungsforderung der Beklagten kommt nach dem Gesagten auch unter diesem Titel nicht in Betracht.

6. Ergebnis

Nach dem Ausgeführten steht der Restwerklohnforderung der Klägerin zuzüglich Zinsen keine Verrechnungsforderung der Beklagten gegenüber. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 8'049'350.70 (inkl. MWSt.), nebst Zins zu 5% auf CHF 2'808'360.– (inkl. MWSt.) seit dem 1. Januar 2008, Zins zu 5% auf CHF 2'507'080.– (inkl. MWSt.) seit dem 1. Februar 2008 sowie Zins zu 5% auf CHF 6'733'910.70 (abzüglich Teilzahlung von CHF 4'000'000.– Wert am 1. Oktober 2008) seit dem 14. August 2008, zu bezahlen.

V. Prozesskosten / Streitwert

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

1.2. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

1.3. Die Klägerin obsiegt im vorliegenden Prozess zu 3/4 und die Beklagte zu 1/4; entsprechend sind die ordentlichen Kosten aufzuerlegen. Die ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Ge-

richtsgebühren vom 4. April 2007 um einen Drittel zu erhöhen. Die Erhöhung ist aufgrund verschiedener Umstände gerechtfertigt: Einerseits fand am 28. September 2010 eine mehrstündige Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung (siehe Prot. S. 7 f.) statt, an welcher das Gericht (in der üblichen, erweiterten Besetzung von Oberrichter, Handelsrichter, Gerichtsschreiber) den erarbeiteten (dannzumaligen) Prozessstoff umfassend darlegte. Sodann waren (auch) für den vorliegenden Entscheid etliche komplexe Fragen (Rechtmässigkeit des Vertragsrücktritts und dessen Folgen, Bestelländerungen, Verrechnungsforderungen etc.) zu prüfen und abzuhandeln, wobei drei Rechtsschriften im Gesamtumfang von ca. 425 Seiten zu berücksichtigen waren. Ferner hatte ein Substantiiierungshinweis an die Parteien zu erfolgen (act. 17). Die demzufolge um einen Drittel erhöhte Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 165'000.–, wovon der Klägerin CHF 41'000.– (1/4) und der Beklagten CHF 124'000.– (3/4) aufzuerlegen sind.

Überdies sind der Beklagten die im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 6. Mai 2011 entstandenen Kosten betreffend Fristwiederherstellung aufzuerlegen, da sie den entsprechenden Mehraufwand durch ihre verschuldete Säumnis und ihr abschlägig beurteiltes Gesuch um Fristwiederherstellung (allein) verursacht hat (§ 66 Abs. 1 ZPO/ZH). Die diesbezüglichen Kosten sind auf CHF 5'000.– festzusetzen (§ 7 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Gebührenverordnung).

1.4. Entsprechend dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen werden die Parteien gegenseitig entschädigungspflichtig (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Es ist der Klägerin somit die Hälfte der nach Massgabe von §§ 2 und 6 Anwaltsgebührenverordnung bestimmten Prozessentschädigung von insgesamt CHF 154'000.– sowie ein dem Obsiegen entsprechender Anteil der Weisungskosten zuzusprechen. Im Zusammenhang mit dem beklagtischen Fristwiederherstellungsgesuch entstand der Klägerin kein nennenswerter Aufwand (vgl. act. 32).

2. Mehrwertsteuer

Die Klägerin beantragt, ihr sei die Prozessentschädigung unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 6 S. 2). Die Beklagte beantragt zwar die Abweisung der Klage unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin, sie opponiert allerdings nicht gegen die grundsätzliche Berechnung

gung derselben, im Falle der Gutheissung der Klage zusätzlich Mehrwertsteuer auf der zuzusprechenden Prozessentschädigung zu verlangen (act. 14 S. 2 ff.). Die der Klägerin zuzusprechende Prozessentschädigung ist daher in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 ohne Weiteres um einen Mehrwertsteuerzusatz von 7,6 % zu erhöhen.

3. Streitwert

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren der Klägerin zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Wo nichts anderes bestimmt ist, wird der Rechtsstreit durch Einreichung der Weisung beim Gericht rechtshängig gemacht (§ 102 Abs. 1 ZPO/ZH). Der sich aus dem Rechtsbegehren der Weisung ergebende Streitwert beträgt daher CHF 10'714'147.55 (act. 6 S. 2). Für Rechtsmittel an das Bundesgericht ist allerdings lediglich der Streitwert nach dem streitig gebliebenen Begehren der Klagebegründung auf Zahlung von CHF 10'448'214.65 massgebend (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG; act. 6 S. 2).

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 265'932.90 als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, der Klägerin CHF 8'049'350.70 (inkl. MWSt.), nebst Zins zu 5% auf CHF 2'808'360.– (inkl. MWSt.) seit dem 1. Januar 2008, Zins zu 5% auf CHF 2'507'080.– (inkl. MWSt.) seit dem 1. Februar 2008 sowie Zins zu 5% auf CHF 6'733'910.70 (abzüglich Teilzahlung von CHF 4'000'000.– Wert am 1. Oktober 2008) seit dem 14. August 2008, zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 170'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin im Betrag von CHF 41'000.– und der Beklagten im Betrag von CHF 129'000.– auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 77'000.– zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer und CHF 930.– der Weisungskosten zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller
Matthias-Christoph Henn