



Mitwirkend: die Obergerichter Peter Helm, Präsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Hans Dietschweiler, Ruedi Kessler und Christoph Pfenninger sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Urteil vom 4. August 2015

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Werkvertrag**

Inhaltsübersicht

Sachverhalt und Verfahren	3
A. Sachverhaltsübersicht	3
a. Parteien und ihre Stellung	3
b. Prozessgegenstand	3
B. Prozessverlauf	4
a. Klageeinleitung	4
b. Wesentliche Verfahrensschritte	4
Erwägungen	6
1. Formelles	6
1.1. Örtliche Zuständigkeit	6
1.2. Sachliche Zuständigkeit	6
2. Zustandekommen des Werkvertrags zwischen den Parteien	6
3. Anspruch der Klägerin auf eine Mehrvergütung infolge Bauablaufstörung gegen die Beklagte aus Werkvertrag	7
3.1. Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4	7
3.2. Vertragskonformes Leistungsangebot und Verzug der Klägerin	22
3.3. Verwirkung bzw. Verzicht des Anspruchs auf Mehrvergütung	32
3.4. Genehmigung der Beklagten	37
3.5. Höhe der Vergütung	39
3.6. Fazit	79
4. Anspruch der Klägerin auf Erstattung der höheren Stahlkosten gegen die Beklagte aus Werkvertrag	80
4.1. Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend den Stahlpreis	80
4.2. Höhe der klägerischen Forderung betreffend die Stahlkosten	96
4.3. Fazit	101
5. Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung aufgrund geleisteter Pumpenstunden gegen die Beklagte aus Werkvertrag	102
5.1. Unbestrittener Sachverhalt	102
5.2. Streitpunkte	102
5.3. Rechtliches	105
5.4. Subsumtion	105
6. Zins	109
7. Zusammenfassung	110
8. Prozesskosten	110
8.1. Gerichtskosten	110
8.2. Parteienschädigung	110
Das Handelsgericht erkennt:	111

Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:

(act. 1 S. 2)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 1'042'679.60 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszinse wie nachfolgend aufgelistet:

- 5 % auf CHF 77'795.05 seit 1. Juni 2011;
- 5 % auf CHF 147'444.00 seit 2. Juli 2011 bis 14. Mai 2012 sowie 5 % ab 15. Mai 2012 für 161'921.50;
- 5 % auf CHF 7'328.00 seit 9. August 2011;
- 5 % auf CHF 788'400.00 seit 18. August 2011;
- 5 % auf CHF 1'369.05 seit 6. September 2011;
- 5 % auf CHF 2'368.00 seit 3. Oktober 2011;
- 5 % auf CHF 2'805.20 seit 7. November 2011
- 5 % auf CHF 693.30 seit 6. Dezember 2011.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, welche die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie sämtlicher Holzarbeiten bezweckt (act. 3/3). Bei der Beklagten handelt es sich ebenfalls um eine Aktiengesellschaft. Sie hat ihren Sitz in D._____ und bezweckt u.a. die Ausführung von Generalunternehmeraufträgen sowie aller damit zusammenhängender Dienstleistungen (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Die Parteien haben einen Werkvertrag geschlossen, mit welchem die Beklagte als Generalunternehmerin der "*Überbauung E._____*" (act. 1 Rz. 9) bzw. "*Wohnüberbauung E._____*" (act. 8 Rz. 11; fortan Überbauungsprojekt) die Klägerin mit der Erbringung von Baumeisterarbeiten beauftragt hat (act. 3/2). Das Überbauungs-

projekt umfasste die Erstellung von insgesamt zwölf alsdann zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Mehrfamilienhäusern inklusive Tiefgaragen auf den Grundstücken Nr. ... sowie ... in F._____. Bauherrin und Eigentümerin der zu überbauenden Grundstücke war die B._____ AG, während der Beklagten neben der Funktion der Generalunternehmerin auch die Bauleitung oblag (act. 1 Rz. 9; act. 8 Rz. 11 ff.).

Die Klägerin, welche ihre Leistungen grundsätzlich zu einem Pauschalpreis von CHF 8'350'000.– zu erbringen hatte (act. 3/2), macht eine durch die Beklagte zu verantwortende Bauablaufstörung geltend und verlangt für die ihr dadurch entstandenen Kosten eine Mehrvergütung von CHF 788'399.50. Weiter begründet sie ihre Forderung im Umfang von CHF 161'921.50 mit der Erhöhung der Stahlkosten, welche im Pauschalpreis nicht inbegriffen gewesen sei. Schliesslich fordert sie die Vergütung von ihr geltend gemachter Pumpenstunden in der Höhe von CHF 92'358.60, welche in der Pauschale ebenfalls nicht enthalten gewesen seien. Insgesamt beziffert die Klägerin ihre Forderung demnach auf CHF 1'042'679.60 (act. 1 Rz. 26 f.). Die Beklagte bestreitet die Ansprüche (act. 8 Rz. 20).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Mit am 15. Mai 2012 überbrachter Eingabe machte die Klägerin das vorliegende Verfahren anhängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-99).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 15. Mai 2012 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt (Prot. S. 2 f.), welchen sie am 31. Mai 2012 bezahlte (act. 6). Nach Eingang der Klageantwort (act. 8) fand am 21. November 2012 eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 6 ff.). Mit Verfügung vom 26. November 2012 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und ergingen Substantiierungshinweise (Prot. S. 9 f.; act. 15). Am 1. März 2013 reich-

te die Klägerin die Replik (act. 18) und am 29. Mai 2013 die Beklagte die Duplik ein (act. 22). Antragsgemäss (act. 26) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 14. Juni 2013 Frist angesetzt, um zu neuen Vorbringen in der Duplik Stellung zu nehmen (Prot. S. 13; act. 27). Ihre entsprechende Eingabe vom 1. Juli 2013 (act. 29) wurde am 3. Juli 2013 der Beklagten zugestellt (Prot. S. 14; act. 30), welche in der Folge mit Eingabe vom 27. August 2013 eine Stellungnahme zur klägerischen Eingabe vom 1. Juli 2013 einreichte (act. 33). Mit Verfügung vom 16. September 2013 wurde die Eingabe der Beklagten vom 27. August 2013 samt Beilage (act. 33; act. 34/29) der Klägerin zugestellt und festgestellt, dass die nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eingegangenen Eingaben nur im Rahmen des geltenden Novenrechts Berücksichtigung finden (Prot. S. 15; act. 35). Daraufhin reichten die Parteien am 25. September 2013 bzw. am 31. Oktober 2013 nochmals eine Stellungnahme ein (act. 37; act. 43).

Sowohl die Klägerin (act. 1 S. 82 ff; act. 18 S. 75 ff.; act. 29 S. 18 ff.; act. 38) als auch die Beklagte (act. 8 S. 67 f.; act. 22 S. 57 f.; act. 33 S. 22 f.; act. 43 S. 7 f.) reichten Beweismittelverzeichnisse ein.

Am 16. Mai 2014 erging der Beweisbeschluss und den Parteien wurde Frist angesetzt, um die Kosten der von ihnen beantragten Beweiserhebungen mit Barvorschüssen sicherzustellen und die Privatadressen der angerufenen Zeugen anzugeben (Prot. S. 19 ff.; act. 46). Die Privatadressen der Zeugen gaben die Parteien mit Eingaben vom 5. und 23. Juni 2014 bekannt (act. 48 und 49). Die Barvorschüsse für die Kosten der Beweiserhebungen leisteten die Parteien innert Frist (act. 51/1-2). In der Folge wurde auf den 11. Dezember 2014 zur Beweisverhandlung vorgeladen. Dem Zeugen G._____ wurde auf entsprechendes Dispensationsgesuch hin (act. 60, 61 und 63) die Vorladung abgenommen (act. 62). Am 11. Dezember 2014 fand die Beweisverhandlung statt (Prot. S. 38 ff.), anlässlich welcher die Klägerin den Verzicht auf die nachträgliche Einvernahme des Zeugen G._____ erklärte. Ausserdem erklärten die Parteien übereinstimmend, auf eine mündliche Hauptverhandlung zu verzichten und mit einer schriftlichen Stellungnahme zum Beweisergebnis einverstanden zu sein (Prot. S. 137). Die Stellungnahmen zum Beweisergebnis reichten die Beklagte mit Eingabe vom 10. und die

Klägerin mit Eingabe vom 29. April 2015 ein (act. 71 und 72) und sie wurden der Gegenseite jeweils mit Verfügung vom 13. Mai 2015 zugestellt (Prot. S. 140; act. 73). Daraufhin teilte die Beklagte mit Eingabe vom 28. Mai 2015 mit, dass sie eine Replik zur Stellungnahme der Klägerin zum Beweisergebnis erstatten werde (act. 78), erklärte aber in der Folge - wie auch die Klägerin - gegenüber dem Instruktionsrichter, auf weitere Stellungnahmen zu verzichten (Prot. S. 140).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich bereits aufgrund einer zwischen den Parteien getroffenen Gerichtsstandsklausel (act. 3/2; Art. 17 ZPO; vgl. auch Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie ist im Übrigen unbestritten (act. 1 Rz. 2; act. 8 Rz. 5).

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts sind ebenfalls erfüllt (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

2. Zustandekommen des Werkvertrags zwischen den Parteien

Nach dem ersten Kontakt zwischen den Parteien im Spätsommer 2009 unterbreitete die Klägerin der Beklagten mehrere Offerten betreffend die Baumeisterarbeiten für das Überbauungsprojekt, wobei sie den ursprünglich angebotenen Pauschalpreis von CHF 9'952'445.85 mehrfach reduzieren musste (act. 3/9-11). Im Januar oder Februar 2010 – der genaue Zeitpunkt lässt sich aufgrund der widersprüchlichen Aussagen der Parteien (act. 1 Rz. 16 und 66; act. 8 Rz. 53, 56 und 157; act. 18 Rz. 106, 120 und 142; act. 22 Rz. 79, 93, 103 und 154; act. 29 Rz. 32; act. 33 Rz. 35 f.) nicht eruieren, wobei act. 10/14 als Vergabezeitpunkt den 20. Januar 2010 nahe legt, während act. 3/12 und act. 10/16 den 26. Januar

2010 nennen – fand ein abschliessendes Vergabegespräch auf Stufe der Firmeninhaber statt. Die Parteien einigten sich schliesslich auf eine Vergabe der Baumeisterarbeiten (inklusive Ingenieurarbeiten) an die Klägerin auf Grundlage des verhandelten Leistungsbeschreibs und des besprochenen Bauprogramms zu einem Werkpreis von pauschal CHF 8'350'000.– (netto). In diesem Zusammenhang unterzeichneten die Parteien am 2. bzw. 5. Juli 2010 ein einseitiges Dokument mit der Überschrift "*Werkvertrag Nr. ... vom 26.01.2010*" (act. 3/12) sowie am 2. bzw. 7. Juli 2010 einen ausführlichen Werkvertrag (act. 3/2; act. 1 Rz. 14 ff.; act. 8 Rz. 15). Die Parteien erklärten in dieser Rangfolge den ausführlichen Werkvertrag (act. 3/2), den Werkvertrag vom 26. Januar 2010 (mit Abgebot vom 20. Januar 2010; act. 3/12), die klägerische Offerte vom 15. September 2009, überarbeitet am 7. Oktober 2009 bzw. am 5. Januar 2010 (act. 3/9-11), sowie die Planunterlagen und die "*Beilagen Vertragsordner*" als Grundlagen und Bestandteile des Vertrags (Vertragsziffer 3; act. 3/2 S. 2). Zur letztgenannten Kategorie gehörten u.a. der Leistungsbeschrieb "*Baumeisterarbeiten ...*" (act. 3/13) sowie das Terminprogramm (act. 3/8; act. 3/14). Subsidiär zum geschlossenen Vertrag einigten sich die Parteien auf die Anwendbarkeit der "*technischen Normen*" sowie der SIA-Norm 118 unter Ausschluss der Art. 64-82 sowie der ABB SIA (Vertragsziffer 13; act. 3/2 S. 5).

3. Anspruch der Klägerin auf eine Mehrvergütung infolge Bauablaufstörung gegen die Beklagte aus Werkvertrag

3.1. Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4

3.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Das ursprüngliche Grobterminprogramm, welches für die klägerische Offertkalkulation massgeblich war (act. 1 Rz. 16; act. 8 Rz. 15), wurde von der Beklagten am 10. Mai 2010 noch einmal leicht revidiert und um ein detailliertes Terminprogramm ergänzt. Dieses Terminprogramm (Stand 10. Mai 2010) wurde der Klägerin anlässlich der zweiten Bausitzung vom 12. Mai 2010 ausgehändigt und lag alsdann dem Vertragsschluss zugrunde (act. 1 Rz. 23; act. 8 Rz. 19). Nach dem Gesagten bildete es nicht nur Grundlage, sondern auch Bestandteil des Vertrags

(vgl. auch Vertragsziffer 8; act. 3/2 S. 3). Vorgesehen war eine weitgehend parallele Erstellung der zwölf Baukörper (act. 1 Rz. 12 f und 28.; act. 8 Rz. 11 ff.); bei Übergabe der Baufelder war gemäss dem ursprünglichen Terminprogramm geplant, dass der Bauverlauf der Häuser 3 und 4 zeitgleich mit dem Rohbau der Häuser 5 bis 9 erfolgen würde (act. 1 Rz. 29; act. 8 Rz. 22). Für den Rohbau der Häuser 3 und 4 waren je 115 Arbeitstage eingeplant, wobei die entsprechenden Arbeiten für das Haus 3 am 27. September 2010 und jene für das Haus 4 am 23. August 2010 hätten aufgenommen werden sollen (act. 18 Rz. 18; act. 22 Rz. 13).

Für Vertragsänderungen und Ergänzungen wurde die Schriftform vorgesehen, wobei der Schriftform auch die Verwendung von Fax genüge (Vertragsziffer 14; act. 3/2 S. 5). Das Terminprogramm wurde für die Häuser 3 und 4 geändert (act. 1 Rz. 12 f und 28.; act. 8 Rz. 11 ff.), wobei diese Verschiebung der Beklagten Vorteile im Zusammenhang mit der Effizienz und der Ökologie sowie tiefere Kosten betreffend den Aushubtransport brachte (act. 8 Rz. 13 f.). Für die Klägerin bedeutete eine Verlängerung der Bauzeit bzw. der Präsenz vor Ort hingegen Mehrkosten (act. 18 Rz. 76; act. 22 Rz. 55).

Mit den Baumeisterarbeiten für die Häuser 3 und 4 wurde schliesslich im Mai 2011 begonnen (act. 1 Rz. 28 und 45 f.; act. 8 Rz. 21 und 38). Sie dauerten bis zum 7. November 2011 (act. 1 Rz. 60; act. 8 Rz. 48 f.).

Die Klägerin hatte bestätigt, die Arbeiten innerhalb des im Terminprogramm angegebenen Zeitraums ausführen zu können (Vertragsziffer 8; act. 3/2 S. 3). Die Beklagte war als Generalunternehmerin dagegen berechtigt, gewisse Planänderungen vorzunehmen. In diesem Zusammenhang vereinbarten die Parteien, dass übliche, während des Baufortschritts vorzunehmende Planänderungen und damit im Zusammenhang stehende Änderungen der Arbeitsleistung des Unternehmers diesen nicht zu einer Erhöhung des Pauschalpreises ermächtigen (Vertragsziffer 2; act. 3/2 S. 1).

3.1.2. Streitpunkte

Während die Klägerin geltend macht, die Änderung des Terminprogramms sei durch die Beklagte einseitig angeordnet worden, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, das Terminprogramm sei einvernehmlich abgeändert worden. Die Terminänderung sei einmalig festgesetzt und allen Beteiligten frühzeitig mitgeteilt worden (act. 8 Rz. 13). Nachdem bereits monatelang in Kenntnis und mit dem Einverständnis aller Beteiligten Aushubmaterial auf den Baufeldern 3 und 4 deponiert worden sei, seien die konkreten Verschiebungsdaten am 8. September 2010 an der wöchentlichen Bausitzung, an welcher neben H._____ von der Beklagten und I._____ von der J._____ AG auch der Bauführer der Klägerin, K._____, und L._____, ebenfalls von der Klägerin, teilgenommen hätten, einvernehmlich festgelegt worden. Neu habe der Aushub im April 2011 beginnen sollen. Entsprechend später (im Mai 2011) habe die Klägerin mit den Baumeisterarbeiten zum Zug kommen sollen, was dann auch effektiv der Fall gewesen sei. Zur Veranschaulichung sei im Grobterminprogramm bei den Häusern 3 und 4 ein roter Pfeil eingezeichnet worden, der vom neu auf April 2011 festgelegten Beginn des Aushubs bis zum Bezugstermin Ende April 2012 reiche. Die Baumeisterarbeiten der Klägerin (Rohbau 1 und 2) seien darin von Mai bis November 2011 terminiert (act. 8 Rz. 14).

3.1.3. Rechtliches

3.1.3.1. Einseitige oder vertragliche Bestellungsänderung oder Verletzung einer Mitwirkungspflicht

Von einer Bestellungsänderung spricht man, wenn der vertragliche Leistungsinhalt des fortbestehenden Werkvertrags durch Rechtsgeschäft geändert wird. Die vereinbarte Herstellungspflicht wird dabei beispielsweise in der Weise geändert, dass der Unternehmer zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat. Zu unterscheiden ist die vereinbarte von der einseitigen Bestellungsänderung (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N. 768 f.).

Die vereinbarte Beststellungsänderung beruht auf einem Abänderungsvertrag, worin die Parteien übereinkommen, die Herstellungspflicht des Unternehmers in dieser oder jener Hinsicht abzuändern. Untersteht die konsensuale Beststellungsänderung einer vertraglichen Formvorschrift, wird nach Massgabe des Art. 16 Abs. 1 OR widerlegbar vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten (GAUCH, a.a.O., N. 770). Mit der Einschränkung, dass bei einer einschlägigen Formabrede besagte Vermutung gemäss Art. 16 Abs. 1 OR greift, kann die Beststellungsänderung auch stillschweigend vereinbart werden (Art. 1 Abs. 2 OR). So ist an der konkludenten Zustimmung des Unternehmers zu einer vom Besteller beantragten Beststellungsänderung kaum zu zweifeln, wenn er sich dieser Änderung durch sein Verhalten tatsächlich unterzieht (GAUCH, a.a.O., N. 771). In diesem Sinne können die Parteien auch formlos bzw. durch konkludentes Verhalten nachträglich auf die vorbehaltene Form verzichten (BGE 125 III 263 E. 4.c; BGer. 4C.85/2004 E. 2.2).

Die einseitige Beststellungsänderung beruht dagegen auf einer einseitigen Willenserklärung bzw. einer Gestaltungserklärung des Bestellers, welche keiner Zustimmung des Unternehmers bedarf. Sie setzt rechtlich voraus, dass der Besteller ein entsprechendes Gestaltungsrecht und damit die Macht hat, die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers im gewünschten Sinne abzuändern. Ist die Einhaltung einer bestimmten Form vertraglich vorgesehen, so kommt Art. 16 Abs. 1 OR sinngemäss zur Anwendung, und es wird entsprechend (widerlegbar) vermutet, dass der Besteller bei Nichteinhaltung der Form keine Beststellungsänderung anordnen wollte. Haben die Parteien für Vertragsänderungen eine Form vorbehalten, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob sich der Vorbehalt auch auf einseitige Beststellungsänderungen bezieht (GAUCH, a.a.O., N. 772). Das einseitige Beststellungsänderungsrecht des Bestellers kann sich aus Gesetz, Vereinbarung oder aus dem hypothetischen Parteiwillen der Vertragsparteien ergeben (GAUCH, a.a.O., N. 775). Wird die SIA-Norm 118 vereinbart, hat der Bauherr ein weitgehendes Änderungsrecht (einseitiges Gestaltungsrecht). So kann er gemäss Art. 84 Abs. 1 der Norm durch Weisungen oder Änderungen von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen

oder überhaupt nicht ausführt, solange der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Gegenstand einer Weisung kann in diesem Sinne auch der Bauvorgang (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2) und damit die Reihenfolge der Arbeiten sein (EGLI, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 84 N. 5).

Unter Umständen ist bei der Durchsetzung einer einseitigen Anordnung aber von der Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Bestellers auszugehen. Der Besteller kann im Rahmen der einseitigen Bestellsänderung nämlich nicht verlangen, dass der Unternehmer den Arbeitsbeginn oder die Arbeitsausführung (z.B. durch temporäre Arbeitseinstellung oder schlichte Verlangsamung) vertragswidrig hinauszögert. Verzögert der Bauherr den Beginn oder die Fortsetzung der Werkausführung, ohne hierzu auf Grund einer besonderen Abrede befugt zu sein, so gerät er in Annahmeverzug, wenn sein Verhalten nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist (EGLI, a.a.O., Art. 84 N. 5 lit. b; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, Art. 184 N. 7 lit. c; GAUCH, a.a.O., N. 792). Soweit die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangt, hat die Bauleitung dem Unternehmer die Ausführungsunterlagen und die erforderlichen Grundstücke und Rechte so frühzeitig zur Verfügung zu stellen, dass dieser die vertraglichen Fristen einhalten kann, wobei sie hierbei den Fortschritt der Arbeiten und die vom Unternehmer benötigte Vorbereitungszeit berücksichtigt (Art. 94 Abs. 1). Unter die damit angesprochenen Mitwirkungspflichten des Bestellers fällt auch die Pflicht, dem Unternehmer den Baugrund rechtzeitig zur Verfügung zu stellen, den dieser zu bearbeiten hat. Dabei hat der Bauherr gegenüber dem Unternehmer auch für Verzögerungen einzustehen, die durch Säumnis eines Nebenunternehmers entstehen, an dessen Arbeit der Unternehmer anzuschliessen hat (SCHUMACHER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 94 N. 11 lit. a). Wenn der Bauherr Mitwirkungshandlungen, die ihm obliegen, nicht rechtzeitig vornimmt, wird er säumig und gerät in Gläubiger- bzw. Annahmeverzug, wobei ein solcher weder ein Verschulden des Bauherrn noch eine Mahnung von Seiten des Unternehmers voraussetzt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Bauherr nach Treu und Glauben auf eine allfällige Säumnis aufmerksam zu machen ist. Keine Abmahnung ist erforderlich, wenn der Bauherr von der Säumnis auch ohne

Abmahnung Kenntnis hat. Zudem entfällt die Abmahnungspflicht, sofern und solange der Unternehmer selber sich der Säumnis weder bewusst ist noch bei gehöriger Aufmerksamkeit bewusst sein muss (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 11 lit. c).

3.1.3.2. Mehrvergütung

Im Geltungsbereich der SIA-Norm 118 regeln die Art. 85-91 die Folgen der (einseitigen) Bestelländerung, wobei sich der Bauherr der Folgen einer Bestellungsänderung nicht bewusst sein muss, damit eine Weisung gemäss Art. 84 Abs. 1 der Norm vorliegt (EGLI, a.a.O., Art. 84 N. 2). Führt eine Bestellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird gemäss Art. 89 Abs. 1 der Norm für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart, wobei gemäss Abs. 2 dieser Nachtragspreis bei Leistungen zu Globalpreisen auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage und bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage erfolgen soll, die im Zeitpunkt der Bestellungsänderung gültig ist. Soweit nicht Art. 89 Abs. 3 bzw. Art. 84 Abs. 4 der Norm zur Anwendung gelangen, ist der Mehr- oder Minderpreis mangels einer Einigung durch das Gericht zu bestimmen (EGLI, a.a.O., Art. 89 N. 7).

Die zweiseitige bzw. vertragliche Bestellungsänderung ist in den Art. 84-91 der Norm nicht berücksichtigt, und der blosser Umstand, dass die SIA-Norm 118 zwischen den Parteien gilt, reicht nicht aus, um zum Vornherein eine Abrede zwischen den Parteien anzunehmen, wonach sich die Folgen einer vereinbarten Bestellungsänderung nach den einschlägigen Normbestimmungen über die einseitige Bestellungsänderung richten sollen. Möglich ist aber, dass die Parteien sich durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ausserhalb der SIA-Norm 118 darauf geeinigt haben, dass die Art. 85-91 auch für die vertragliche Bestellungsänderung gelten. Fehlt eine solche Einigung, ist die lückenhafte Vereinbarung nach dem Kriterium des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen, wobei in diesem Fall die sinngemässe Anwendung der Art. 85-91 nahe liegt, weil sie zur Natur des Vertrages passen, für den die SIA-Norm 118 übernommen worden ist (EGLI, a.a.O., Vorbemerkung b zu Art. 84-91; GAUCH, a.a.O., N. 807a). Jedenfalls

hat der Unternehmer aber auch bei der zweiseitigen Bestellsänderung grundsätzlich einen Anspruch auf Mehrvergütung für entsprechenden Mehraufwand. Dies ergibt sich bereits aus der vereinbarten Entgeltlichkeit des Vertrags. Deshalb setzt dieser Anspruch auf Nachtragsvergütung keine besondere Vereinbarung bzw. Anerkennung durch den Besteller oder aber nur schon eine Ankündigung voraus. Ebenfalls nicht erforderlich ist, dass der Besteller überhaupt mit einer Mehrforderung gerechnet hat (GAUCH, a.a.O., N. 785).

Die Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Bestellers bzw. Säumnis des Bauherrn (lit. a) löst die in Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebenen Rechtsfolgen aus. Ausdrücklich erwähnt sind lediglich der Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung sowie ein allfälliges Rücktrittsrecht des Unternehmers. Daneben kommt aber auch beim Fest- bzw. Pauschalpreisunternehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung (oder Schadenersatz) in Betracht (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 11 lit. d), wenn dem Unternehmer aus dem Annahmeverzug des Bestellers ein Mehraufwand entsteht, wobei sich dieser in Analogie zu den Prinzipien der Bestellsänderung bemisst. Ein Verschulden des Bestellers ist nicht nur für den Annahmeverzug, sondern auch für den Mehrvergütungsanspruch nicht vorausgesetzt (GAUCH, a.a.O., N. 1336 ff.).

3.1.4. Subsumtion

Nachdem vom ursprünglichen Terminprogramm abgewichen und das Werk somit anders als ursprünglich vereinbart ausgeführt worden war, liegt eine Bestellsänderung vor. Aufgrund des Vollzugs bzw. der faktischen Durchsetzung der Bestellsänderung ist unerheblich, dass die vorbehaltene Form der Schriftlichkeit nicht eingehalten wurde. Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 8 Rz. 19) ergibt bereits eine summarische Auslegung von Vertragsziffer 2, dass die Verschiebung der Baumeisterarbeiten für die Häuser 3 und 4 vom August bzw. September 2010 auf den Mai 2011 bzw. das Zurückstellen der Arbeiten an diesen Häusern um mehr als ein halbes Jahr nicht mehr als übliche Planänderung des Baufortschritts einzustufen ist, welche die Beklagte einseitig und ohne Honoraranpassung seitens der Klägerin hätte durchsetzen können (vgl. act. 3/2 S. 1).

Die Beklagte macht indessen geltend, das Terminprogramm sei einvernehmlich an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden. Die Klägerin bestreitet dies und stellt eine davon abweichende Tatsachendarstellung auf. Die Beklagte hat daher nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB (vgl. dazu weiter unten) ihre Sachdarstellung einer einvernehmlichen Änderung des Terminplans zu beweisen; die abweichende Darstellung der Klägerin ist als Gegenbeweis abzunehmen. Der Beklagten wurde daher mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass das Terminprogramm einvernehmlich (ohne Mehrvergütung) an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden ist und dass M._____ zur Veranschaulichung im Grobterminprogramm (act. 10/2) bei den Häusern 3 und 4 einen roten Pfeil eingezeichnet hat, der vom neu auf April 2011 festgelegten Beginn des Aushubs bis zum Bezugstermin Ende April 2012 reicht, wobei die Baumeisterarbeiten der Klägerin (Rohbau 1 und 2) darin von Mai bis November 2011 terminiert sind. Zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassen wurden die Zeugen M._____, N._____, H._____, I._____, O._____, P._____ und Q._____, die Parteibefragung des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, R._____, und die Protokolle der Bausitzungen vom 8. September 2010 (act. 10/1), vom 22. September 2010 (act. 10/11) und vom 29. September 2010 (act. 10/12) sowie der angepasste Grobterminplan mit dem roten Pfeil (act. 10/2) als Urkunden (Prot. S. 19 ff.; act. 46).

Ausserdem wurde entsprechend der abweichenden Sachdarstellung der Klägerin mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) zum Gegenbeweis dafür, dass die Beklagte noch im Herbst 2010 Ende März bzw. Anfang April 2011 als Aufrichttermine für die Häuser 3 und 4 bezeichnete, als Beweismittel der Klägerin die Urkunde "Protokoll der Bausitzung Nr. 7 vom 6. Oktober 2010" (act. 19/103) sowie als Beweismittel der Beklagten H._____ als Zeuge zugelassen. Zum Gegenbeweis der Klägerin dafür, dass am 8. Oktober 2010 eine Besprechung der im Protokoll Nr. 17 [act. 19/103] aufgeführten Aufrichtdaten zwischen H._____ für die Beklagte, K._____ für die Klägerin und O._____ für den Holzbauer erfolgte, anlässlich welcher die Termine von K._____ handschriftlich und in Absprache und Anwesenheit der beiden vorgenannten Personen in der aktualisierten Baufortschrittsgrafik eingetragen wurde, wobei als Fertigstellungstermin für das Haus 3

der 29. März 2011 und für das Haus 4 der 6. April 2011 vermerkt wurde, wurden mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) als Beweismittel der Klägerin K._____ und O._____ als Zeugen sowie die Urkunde "Übersicht 'Baufortschritt E._____ Stand 08.10.2010' mit Angabe der Aufrichtungstermine und handschriftlicher Besprechungsnotiz von Hr K._____ vom 8. Oktober 2010" (act. 19/104) sowie als Beweismittel der Beklagten H._____ und O._____ als Zeugen zugelassen. Schliesslich wurden mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) als Beweismittel der Klägerin zum Gegenbeweis für ihre Darstellung, dass K._____ im März 2011 gerade zwecks Veranschaulichung der von der Beklagten verursachten Bauablaufstörung die für die Klägerin resultierende Bauzeitverschiebung auf einer Kopie des Grobterminprogramms anhand eines roten Pfeils einzeichnete und M._____ im Nachgang zur Sitzung vom 4. März 2011 vorgelegte, K._____ und S._____ als Zeugen und die Urkunden E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 24. Februar 2011, E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 25. Februar 2011, Einschreiben der Klägerin an die Beklagte vom 2. März 2011, Aktennotiz der Beklagten betreffend die Baubesprechung vom 4. März 2011 vom 7. März 2011 (act. 3/ 23-26), "Von Herrn K._____ handschriftlich mit rotem Filzschreiber annotiertes Grobterminprogramm" (act. 19/100), "Abgrenzung Umsatz Überbauung E._____ ... per 31.12.2010" (act. 19/101) und "Rohbauzeitberechnung nach Umsatz für Baufelder 3 und 4 inkl. Tiefgarage" (act. 19/102) zugelassen.

Die als Beweismittel zu den obigen Beweissätzen zugelassenen Zeugen wurden an der Beweisverhandlung vom 11. Dezember 2014 unter Hinweis auf ihre beschränkten Mitwirkungsverweigerungsrechte und die Wahrheitspflicht gemäss Art. 307 StGB durch das Gericht befragt (Prot. S. 38 ff.). Der zur Parteieinvernahme zugelassene R._____ wurde vor seiner Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass bei wissentlicher Unwahrheit eine Ordnungsbusse bis CHF 2'000.-, im Wiederholungsfall bis CHF 5'000.-, ergehen könne und dass er mit der Anordnung einer Beweisaussage rechnen müsse. Zudem wurde er auf sein beschränktes Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam gemacht (Prot. S. 126).

Zu den als Beweismittel zum Hauptbeweis zugelassenen Urkunden ist Folgendes zu sagen: Das Protokoll der Bausitzung vom 8. September 2010 hält auf Seite 2 unter den die Klägerin betreffenden Punkten fest "Termine fortlaufend gemäss angepasstem Bauprogramm Zwingend" (act. 10/1). Auch in den Protokollen der Bausitzungen vom 22. September und 29. September 2010 (act. 10/11-12 je S. 2) wird bei der Klägerin jeweils bezüglich der Termine wörtlich derselbe Punkt aufgeführt. Daraus lässt sich schliessen, dass ab dem 8. September 2010 ein "angepasstes" Bauprogramm zwischen den Parteien massgebend war. Welche Anpassung im Bauprogramm vorgenommen wurde oder dass es sich bei dieser Anpassung um die Verschiebung des Baubeginns der Häuser 3 und 4 handelt, geht aus den Bauprotokollen hingegen nicht hervor. Jedenfalls - und hier entscheidend - äussern sich die Protokolle nicht dazu, wie und wann es zur Anpassung gekommen ist und ob es sich um eine einvernehmliche Änderung durch die Parteien handelte. Das Protokoll der Bausitzung vom 8. September 2010 gibt sodann Aufschluss darüber, welche Personen an dieser Sitzung teilnahmen und folglich bei der behaupteten, einvernehmlichen Änderung des Terminprogramms hätten mitwirken können. Es sind dies H._____, K._____, L._____ und I._____ (act. 10/1 S. 1). Im Grobterminprogramm (act. 10/2) ist sodann bei den Gebäuden 3 und 4 der rote Pfeil, auf den beide Parteien Bezug nehmen, eingezeichnet, der die Verschiebung der Termine veranschaulicht. Eine Information dazu, wer diesen Pfeil wann eingezeichnet hat, enthält der Plan dagegen nicht, und auch zur Frage der einvernehmlichen Änderung des Bauprogramms gibt er keinen Aufschluss. Aus diesen Urkunden ergibt sich daher nicht, dass an der Sitzung vom 8. September 2010 das Terminprogramm durch die Parteien einvernehmlich geändert wurde oder wer den roten Pfeil wann eingezeichnet hat.

Auch die Aussagen der zum Hauptbeweis einvernommenen Zeugen beweisen nicht, dass das Terminprogramm an der Sitzung vom 8. September 2010 einvernehmlich durch die Parteien geändert wurde. Im Gegenteil zeigen die Aussagen des Zeugen M._____, der sich als einziger Zeuge der Beklagten überhaupt dazu äussern konnte, wie es zu dieser Änderung des Terminprogrammes kam, auf, dass der Entscheid zur Verschiebung des Baubeginns der Häuser 3 und 4 einseitig durch die Beklagte getroffen wurde. M._____ war als Projektleiter der Beklag-

ten am streitgegenständlichen Bauprojekt beteiligt und auch noch im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme Arbeitnehmer der Beklagten. Er sagte aus, im Herbst 2010 sei innerhalb der Beklagten entschieden worden, den Termin für den Baubeginn der Häuser 3 und 4 zu verschieben. Entschieden worden sei dies durch R._____, Herrn T._____ und ihn selbst, alle von der Beklagten. Auf explizite Nachfrage bestätigte er, dass der Verschiebungsentscheid ein Entscheid der Beklagten gewesen sei. Weiter sagte er aus, es sei ein schleichender Prozess gewesen. An den Bausitzungen sei im Vorfeld immer wieder kommuniziert worden, dass es in diese Richtung gehe, und man habe auch Begehungen gemacht. Man sei immer im Gespräch mit den Unternehmern gewesen. An der fraglichen Bausitzung vom 8. September 2010 habe er nicht teilgenommen. An dieser Sitzung hätten sie ganz klar gesagt, dass sie definitiv entschieden hätten, den Baubeginn zu verschieben. Er habe im Vorfeld seinem Bauleiter die Instruktion gegeben, dies weiterzuleiten (Prot. S. 38 ff.). Demgegenüber konnten die weiteren Zeugen, die als Beweismittel der Beklagten zum Hauptbeweis zugelassen wurden, keine Aussagen dazu machen, wer wann die Änderung des Terminprogramms entschieden hat. Der Zeuge H._____, der bis Ende 2011 als Bauführer der Beklagten tätig war, bestätigte zwar, dass die zunächst mit der Klägerin vereinbarten Termine für die Häuser 3 und 4 nach hinten verschoben wurden. Dagegen konnte er sich an das an der Sitzung vom 8. September 2010 Besprochene auch auf Vorhalt des Sitzungsprotokolls nicht mehr erinnern und er wusste nicht, wie es zur Änderung des Terminprogramms kam (Prot. S. 55 ff.). Dies, obwohl er der Bauleiter war, welcher nach Darstellung von M._____ an der Bausitzung vom 8. September 2010 die Änderung des Terminprogramms weiterleiten sollte und obwohl er der einzige Teilnehmende an der Sitzung von Seiten der Beklagten war und damit nur er mit der Klägerin anlässlich dieser Sitzung die von der Beklagten zu beweisende einvernehmliche Änderung hätte vornehmen können. Der Zeuge N._____ arbeitete als Bauführer der U._____ AG (Aushubarbeiten) am betreffenden Projekt. Auch er konnte keine Angaben dazu machen, wie es zur Änderung des Terminprogramms der Parteien gekommen ist, und der rote Pfeil sagte ihm ebenfalls nichts. Er meinte, er müsste dazu ihre ("unsere") Protokolle konsultieren (Prot. S. 51 ff.). Der Zeuge I._____ war am streitgegenständlichen Bauprojekt insofern beteiligt,

als seine Firma von der Beklagten den Heizungsauftrag erhalten hatte. Er sagte aus, dass er sich nur daran erinnern könne, dass die Termine für die Häuser 3 und 4 geschoben worden seien aufgrund von Humus auf dem Bauplatz. An den Bausitzungen habe er teilgenommen. Den Grund für die Änderung des Terminplans kenne er aber nicht und er wisse auch nicht mehr, wer was gesagt habe betreffend die Verschiebung. Sie seien wöchentlich dort gewesen und hätten an allen 12 Häusern gleichzeitig gearbeitet und irgendwann habe es dann geheissen, das komme später und da sei das Terminprogramm (Prot. S. 61). Der Zeuge O._____ war für die O'._____ GmbH im Auftrag der Beklagten am streitgegenständlichen Projekt beteiligt. Er erklärte im Rahmen der Zeugeneinvernahme, es sei ihnen schon ziemlich am Anfang klar gewesen, dass zwei Häuser später kämen, damit man den Aushub seitlich deponieren könne, was von der Bauleitung so kommuniziert worden sei. Weiter sagte er aus, dass, so wie er das mitbekommen habe, die Klägerin die Termine mit der Bauleitung besprochen habe. K._____ habe die meisten Termine festgesetzt zusammen mit der Bauleitung. Also die Bauleitung habe ungefähr diese Termine vorgegeben, und mit K._____ zusammen habe sie dann die Eckdaten gesetzt. Wer die Verschiebung bezüglich der Häuser 3 und 4 entschieden hat, wusste O._____ aber nicht, und er wusste auch nichts darüber, ob an der Bausitzung vom 8. September 2010, an welcher er nicht teilgenommen hat, die Termine für die Häuser 3 und 4 geändert und der Beginn der Baumeisterarbeiten auf Mai 2011 festgelegt wurde (Prot. S. 64 ff.). Der Zeuge P._____, ein Arbeitnehmer der O._____ GmbH, war am streitgegenständlichen Bauprojekt als Projektleiter Holzbau und Bauführer für seinen Arbeitgeber beteiligt. Zu den mit der Klägerin als Baumeisterin vereinbarten Terminen oder der Änderung derselben wusste er nichts und konkret erklärte er, dass er nichts darüber wisse, dass an einer Bausitzung am 8. September 2010, an welcher er nicht teilgenommen habe, die Termine für die Häuser 3 und 4 geändert und der Aushubbeginn auf April 2011 und der Beginn der Baumeisterarbeiten auf Mai 2011 festgelegt worden seien (Prot. S. 72 f.). Der Zeuge Q._____ arbeitete für die V._____ AG mit den Parteien am streitgegenständlichen Projekt zusammen. Er erklärte zunächst, er erinnere sich nicht mehr an die genauen Daten. Aber es sei so gewesen, dass anlässlich einer Bausitzung die Termine für die Häuser 3 und 4

geändert worden seien. Auf Nachfrage bestätigte er hingegen, dass er nicht an der Bausitzung vom 8. September 2010 war, und sagte weiter, dass er es nach vier Jahren nicht mehr genau wisse. Das müsse den Unterlagen entnommen werden. Irgendwann sei es darum gegangen, dass der Bauablauf geändert worden sei, dass man die Termine für den Aushub und die Ausführung der Häuser 3 und 4 geändert habe. Die Problematik sei gewesen, dass sehr viel Erdreich dort hinten aufgehäuft worden sei, welches nicht abgeführt worden sei. Ohne Verschiebung hätte man dieses Erdreich umplatzieren oder abführen müssen. Auf die Frage, wann wer was gesagt habe, führte er aus, den genauen Termin wisse er nicht mehr. Man habe grundsätzlich diskutiert, ob man das Erdreich abführen müsse oder ob einfach andere Etappen vorgezogen würden. M.____, H.____ und K.____ seien jeweils vor Ort gewesen und in diesem Kreis sei über den weiteren Fortgang diskutiert worden. Er verneinte, Kenntnis darüber zu haben, wie sich die Klägerin zur Verschiebung hinsichtlich der Häuser 3 und 4 stellte, erklärte aber, er habe damals das Gefühl gehabt, dass die Terminverschiebung im gegenseitigen Einverständnis hingenommen worden sei. Auf Nachfrage stellte er klar, dass er nichts von konkreten Aussagen der Klägerin zu diesem Punkt wisse und dass es schon Diskussionen über die Verschiebung mit der Klägerin bzw. mit K.____ gegeben habe. Weiter sagte er, er wisse nicht, ob eine Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend die Kosten für ein längeres Verbleiben auf der Baustelle bestanden habe (Prot. S. 74 ff.). Q.____ hat demnach zwar mitbekommen, dass M.____, H.____ und K.____ über die Verschiebung diskutierten. Doch er war weder an der entscheidenden Bausitzung vom 8. September 2010 anwesend noch konnte er zu dieser Sitzung etwas sagen oder wusste er, wie die Änderung des Terminprogramms zustande gekommen ist. Sein Gefühl resp. sein Eindruck, dass die Terminverschiebung im gegenseitigen Einverständnis "hingenommen" wurde, beweist hingegen nicht eine einvernehmliche Änderung des Terminprogramms durch die Parteien an der Sitzung vom 8. September 2010. Auch kann sein Gefühl, dass die Terminverschiebung "hingenommen" wurde, keinesfalls den Beweis einer einvernehmlichen Änderung ohne Mehrvergütung erbringen. Zudem stützen sich seine Erinnerungen nicht auf die Geschehnisse an der gemäss Darstellung der Beklagten massgebenden Bausitzung vom 8.

September 2010, sondern will er Diskussionen zwischen den Zeugen M.____ und H.____, beides Arbeitnehmer der Beklagten, sowie K.____ von der Klägerin mitbekommen haben. Dabei sagte gerade der Zeuge M.____ vor Gericht aus, der Entscheid für die Änderung des Terminprogramms betreffend die Häuser 3 und 4 sei allein durch die Beklagte getroffen worden.

Schliesslich gelingt es der Beklagten auch nicht, ihre Darstellung einer einvernehmlichen Änderung des Terminprogramms an der Bausitzung vom 8. September 2010 durch die Aussagen des als Partei einvernommenen Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, R.____, zu beweisen. R.____ beschrieb zwar bei seiner Einvernahme eine Sitzung im August 2010 auf der Baustelle mit W.____, K.____, M.____, H.____ und ihm, an der darüber gesprochen worden sei, dass die Beklagte die Häuser 3 und 4 gerne nach hinten schieben würde, und dies so besprochen und auch abgemacht worden sei. Abschliessend hielt er zu dieser Sitzung jedoch fest, sie ("wir") hätten ganz klar über das geredet und das auch so entschieden, wobei er auf Nachfrage präziserte, dass sie ("wir") M.____, H.____ und er seien. Er habe das Schlusswort gehabt. M.____ habe ihm die Situation erklärt und dann habe er gesagt, sie würden die Häuser verschieben, wenn es möglich sei. Er habe das mit W.____ besprochen, und wenn er an diesem Tag gesagt hätte, das komme nicht in Frage, verursache Probleme, dann hätten sie selbstverständlich diese Häuser ausgehoben und weggeführt. Das sei nie ein Thema gewesen. W.____ habe nie etwas angemeldet, er habe nie von Kosten gesprochen. Die Verschiebung müsse im August 2010 entschieden worden sein. Sie hätten eine Begehung auf dem Bau gehabt. Nachher sei das an den Bausitzungen, an welchen er nicht mehr dabei gewesen sei, kommuniziert worden. Auf die Frage, wann es zum ersten Mal kommuniziert worden sei, erklärte R.____, so wie er es nun auch gesehen und gehört habe, sei das im September/Oktober gewesen, und fasste zusammen, sie hätten die Begehung gehabt, im Rahmen des Ganzen hätten sie das besprochen und so entschieden und W.____ habe nicht gesagt, er sei nicht einverstanden. Auf die Frage, woraus er geschlossen habe, dass W.____ mit der Verschiebung an sich einverstanden sei und zwar ohne Mehrkosten, erklärte er, es seien von seiner Seite nie Mehrkosten angemeldet worden. Es sei nie ein Schreiben von ihm gekommen,

dass er nicht einverstanden wäre mit dieser Verschiebung. Auch nicht im September/Okttober 2010, als man es ja definitiv gewusst habe. Er sei davon ausgegangen, dass die Anordnung einer solchen Verschiebung ohne Mehrkostenzusatz, Entschädigung zum gleichen Preis erfolgen würde, sonst hätte die Klägerin klar das Recht gehabt und wahrnehmen sollen zu sagen, sie sei damit nicht einverstanden und habe dadurch Mehrkosten, sie akzeptiere diesen Fall nicht (Prot. S. 125 ff.). R._____ bestätigt somit mit seiner Aussage, was bereits M._____ dargelegt hat. Der Entscheid über die Änderung des Terminprogramms erfolgte durch die Beklagte, konkret durch R._____, der das letzte Wort hatte. Davor wurde wohl mit der Klägerin darüber gesprochen, und die Klägerin meldete dabei keine Mehrkosten an. Doch steht aufgrund der Einvernahmen von R._____ und M._____ fest, dass das Terminprogramm durch einen Entscheid der Beklagten - und zwar einen Entscheid der Beklagten allein - geändert wurde, und dieser Entscheid wurde anschliessend der Klägerin kommuniziert. Dass zu jenem Zeitpunkt noch keine Mehrkosten von Seiten der Klägerin angemeldet wurden, bedeutet resp. beweist demgegenüber entgegen der Beklagten (act. 71 S. 3) nicht, dass eine einvernehmliche Änderung (ohne Mehrkosten) erfolgt wäre.

Damit steht fest, dass der Beklagten der Hauptbeweis dafür, dass das Terminprogramm einvernehmlich (ohne Mehrvergütung) an der Sitzung vom 8. September 2010 geändert worden ist, misslungen ist. Die Änderung des Terminprogrammes wurde von der Beklagten, konkret von AA._____, einseitig entschieden und anschliessend nur der Klägerin kommuniziert resp. an sie weitergeleitet.

Als Folge davon und weil sich dies aus den Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten sowie ihres Bauleiters ergibt, erübrigt es sich, auf den zweiten Teilsatz des Hauptbeweises näher einzugehen und zu klären, wer den roten Pfeil wann im Grobterminprogramm eingezeichnet hat. Dies würde am Beweisergebnis nichts ändern. Damit ist auch der Ausgang des von der Beklagten (vgl. dazu act. 75 S. 6) eingeleiteten Strafverfahrens nicht abzuwarten. Ausserdem erübrigt sich damit auch die Würdigung der zum Gegenbeweis der Klägerin zugelassenen Beweismittel. Nebenbei ist festzuhalten, dass auch die Aussagen der zum

Gegenbeweis gehörten Zeugen bezüglich des Hauptbeweises keine andere Würdigung zulassen, sondern das Beweisergebnis bestätigen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Terminprogramm nicht einvernehmlich durch die Parteien an der Bausitzung vom 8. September 2010 (und auch nicht bei einer anderen Besprechung) geändert wurde, sondern die Verschiebung der Termine der Häuser 3 und 4 wurde von der Beklagten einseitig entschieden und durchgesetzt.

3.1.5. Zwischenfazit

Bis hierhin ist demnach von einer grundsätzlichen Entschädigungspflicht der Beklagten auszugehen, weil die Beklagte sich (durch die einseitig durchgesetzte Terminverschiebung) in Annahmeverzug befand, welcher erwähntermassen in Analogie zu den Prinzipien der Beststellungsänderung abgedeckt wird und deshalb ebenfalls zu eine Entschädigung führt.

3.2. Vertragskonformes Leistungsangebot und Verzug der Klägerin

3.2.1. Streitpunkte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin sei froh um die Verschiebung gewesen und habe diese sogar befürwortet, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7, 8 und 9 sowie 15, 16 und 17 erheblich in Verzug gewesen sei (vgl. act. 8 Rz. 14 und 23). Die Klägerin habe im Sommer 2010 das Inventar inklusive Kran und Verschalungsmaterial für die Häuser 3 und 4 nicht vor Ort mobilisiert gehabt (vgl. act. 22 Rz. 35, 131, 140). Eine Erklärung des klägerischen Leistungswillens sei bei der Beklagten nie eingegangen (act. 22 Rz. 36). Gemäss act. 10/10 habe die Klägerin ab Woche 38 eine zusätzliche Mannschaft zu stellen gehabt, damit die Termine für die Häuser 1, 2, 7, 8 sowie 15-17 hätten eingehalten werden können. Somit habe die Klägerin sicher kein Personal vorgehalten, das mit den Arbeiten an den Häusern 3 und 4 hätte beginnen können (act. 22 Rz. 139). Es sei die Klägerin und nicht die Aushubfirma gewesen, welche anlässlich der wöchentlichen Bausitzungen von der Beklagten immer habe angewiesen werden müssen, den Terminplan einzuhalten.

In den Protokollen act. 10/3-10 und act. 3/21 sei unter Ziff. 3 (A. _____ Baumeister) jeweils vermerkt *"Termine für die Häuser 15, 16, 17 müssen ZWINGEND gemäss Bauprogramm eingehalten werden"* bzw. *"Haus 7-9, 4 Wochen Verzug, Keine Planunterlagen vorhanden"*. Es werde bestritten, die Beklagte sei ihrerseits mit der Planlieferung im Rückstand gewesen. Die Klägerin führe denn auch überhaupt nicht aus, welche Pläne und welche Rückstände sie hier meine (act. 22 Rz. 141). Der Klägerin wäre es aufgrund von mangelnden Material- und Personalressourcen gar nicht möglich gewesen, zu den ursprünglich vorgesehenen Terminen mit den Arbeiten auf den Baufeldern 3 und 4 zu beginnen resp. diese in der ursprünglich vorgesehenen Zeit auszuführen (act. 22 Rz. 167).

Die Klägerin erklärt dazu, sie habe ihre Arbeiten gehörig angeboten und sei leistungsbereit und leistungsfähig gewesen (act. 18 Rz. 46). Die Klägerin bestreite, dass sie sich mit den Arbeiten an den Häusern 7-9 und 15-17 in Verzug befunden habe. Richtig sei, dass – wie in den Bausitzungsprotokollen der Beklagten vermerkt sei – die Aushubarbeiten betreffend verschiedene Häuser verspätet gewesen seien, die Beklagte gegenüber dem Aushubunternehmen wiederholt einen Verzug abgemahnt habe und diese Rückstände auch die Termine der nachfolgenden Arbeitsschritte bzw. Unternehmer, insb. auch der Baumeisterarbeiten, gefährdet hätten (act. 18 Rz. 178). Dass die Verschiebung auch durch einen Verzug der Klägerin auf den anderen Baufeldern mitverursacht worden sei, sei schlicht falsch und werde bestritten (act. 18 Rz. 194). Es sei ausgewiesen, dass das Aushubunternehmen in Verzug gewesen sei, womit zwangsweise auch der Beginn der jeweiligen Baumeisterarbeiten habe verlagert werden müssen (act. 29 Rz. 13). Sie habe ab Sommer 2010 das für die Erstellung der Häuser 3 und 4 (wie auch der anderen Häuser) erforderliche Inventar mobilisiert gehabt und fortan vorgehalten, und zudem habe sie die für die Baumeisterarbeiten erforderlichen Personalressourcen, inkl. für die Häuser 3 und 4, bereit gehalten (act. 18 Rz. 46). Auch die Bausitzungsprotokolle würden kein anderes Bild zeichnen (act. 29 Rz. 25). Es treffe denn auch nicht zu, dass *"Mitte August 2010 ... an der Bausitzung bestimmt [wurde], die Klägerin habe ab Woche 38 eine zusätzliche Mannschaft zu stellen, damit die Termine für die Häuser 1, 2, 7, 8 und 15-17 eingehalten werden können"* (act. 29 Rz. 26).

3.2.2. Rechtliches

Nur wenn der Schuldner leistungsbereit ist, seinen Leistungswillen kundtut und den Gläubiger zur Annahme der Leistung auffordert, treffen den Gläubiger die nachteiligen Folgen des Verzugs (BERNET, in: BSK OR I, Art. 91 N. 2). Das Angebot des Schuldners muss gehörig sein, d.h. es muss quantitativ und qualitativ sowie den weiteren Erfüllungsmodalitäten der geschuldeten Leistung entsprechen (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 3). Ferner muss das Angebot in der Regel tatsächlich erfolgen (Realoblation) bzw. der Schuldner muss alles vorgenommen haben, so dass zur Perfektion der Erfüllung nur noch die Mitwirkung des Gläubigers fehlt. Ausnahmsweise genügt Verbaloblation (z.B. bei einer antizipierten Annahmeverweigerung des Gläubigers oder wenn dieser eine andere Vorbereitungshandlung unterlässt, ohne die die Erfüllung gar nicht möglich ist). Die Leistungsbereitschaft muss i.S. einer rechtsgeschäftlichen empfangsbedürftigen Willenserklärung, als Aufforderung an den Gläubiger zur Annahme, formuliert sein (BGE II 40, 45; BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 4). Ohne gehöriges Leistungsangebot tritt Gläubigerverzug ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin feststeht und der Gläubiger diesen Termin verstreichen lässt (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 5). Neben dem gehörigen Leistungsangebot muss auch eine dem Angebot entsprechende Leistungsbereitschaft vorliegen (BERNET, a.a.O., Art. 91 N. 6). Während der Schuldner das gehörige Leistungsangebot sowie die Leistungsbereitschaft zu beweisen hat, obliegt dem Gläubiger der Beweis für Tatsachen, welche die unterlassene Mitwirkung rechtfertigen sollen (BERNET, a.a.O., Art. 92 N. 16).

Der Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung entfällt, soweit die Änderung wegen seines vertragswidrigen Verhaltens notwendig wurde. Dies gilt trotz des Umstands, dass der dritte Abschnitt der SIA-Norm 118, welcher die (einseitige) Bestandsänderung regelt, den Fall vernachlässigt, da die Änderung durch ein vertragswidriges Verhalten des Unternehmers erforderlich wurde (GAUCH, a.a.O., N. 788 u. 806). Im Hinblick auf einen allfälligen Verzug des Unternehmers geht dies auch aus Art. 94 Abs. 1 SIA-Norm 118 hervor. Demnach muss die Bauleitung nicht rascher mitwirken, als der tatsächliche Baufortschritt dies erfordert (SCHUMACHER, a.a.O., Art. 94 N. 9 lit. a).

3.2.3. Subsumtion

Weil die ursprünglich vereinbarten Termine für den Beginn der Häuser 3 (27. September 2010) und 4 (23. August 2010) mit dem Willen der Beklagten nicht eingehalten worden sind, bedurfte es diesbezüglich kein (separates) gehöriges Leistungsangebot der Klägerin, um Gläubigerverzug der Beklagten eintreten zu lassen. War die Klägerin hingegen tatsächlich froh um die Verschiebung des Bauprogramms und befand sich in Verzug auf den anderen Baufeldern, kann nicht von der Verletzung einer Mitwirkungshandlung seitens der Beklagten gesprochen werden, da die Beklagte nicht rascher mitzuwirken hatte, als der tatsächliche Baufortschritt dies erforderte.

Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB (vgl. dazu weiter unten) trägt die Beklagte die Beweislast für ihre strittige Behauptung, dass die Klägerin froh um die Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 war und diese sogar befürwortet hat, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7, 8 und 9 sowie 15, 16 und 17 erheblich in Verzug war. Mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) wurden dazu als Beweismittel der Beklagten zugelassen die Zeugnisse von M.____, N.____, H.____, O.____, P.____ und Q.____ sowie die Protokolle Nr. 5 bis 13 der Bausitzungen vom 2., 9., 16., 23. und 30. Juni 2010, 7. und 14. Juli 2010 sowie 11. und 18./25. August 2010 (act. 10/3, 3/21, 10/4-10). Als Gegenbeweismittel der Klägerin wurden zum Beweis zugelassen die Parteibefragungen von W.____ und AB.____ sowie das Auslastungsdiagramm vom 5. April 2010 (act. 19/118) und das Handprotokoll zur GL-Sitzung (act. 19/119).

Im Rahmen des Gegenbeweises der Klägerin für ihre davon abweichende Darstellung, dass die Aushubarbeiten und die Baugruben für die Häuser 5-9 und 15-17 sowie die dazugehörige Tiefgarage hinter dem Zeitplan zurückgefallen waren, wurden mit Beschluss vom 16. Mai 2014 (Prot. S. 19 ff.; act. 46) als Beweismittel der Klägerin zugelassen K.____, AC.____ und S.____ als Zeugen sowie die Urkunden Übersicht "Baufortschritt E.____ Stand 8.10.2010" mit Angabe der Aufrichttermine und handschriftlicher Besprechungsnotiz von K.____ vom 8. Oktober 2010 (act. 19/104) und Planeingangsliste für Projekt E.____ ... (act.

19/120). Weiter wurden zum Gegenbeweis der Klägerin, dass die Klägerin – hätte sie nicht genug eigenes Personal gehabt – innert kürzester Zeit zusätzliche Ressourcen über ihre beiden in E._____ eingesetzten Subunternehmer, AD._____ AG und AE._____ GmbH, hätte abrufen können, als Beweismittel zugelassen die Zeugnisse von K._____, AD._____ und G._____ sowie die Parteibefragung von W._____ (Beschluss vom 16. Mai 2014; Prot. S. 19 ff., act. 46).

Die zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassenen Protokolle der Bausitzungen Nr. 5 bis 13 (act. 10/5, 3/21, 10/4-10) belegen bezüglich der Häuser 15-17 keinen Verzug. In den Protokollen ist jeweils unter der Klägerin aufgeführt "Termine für die Häuser 15, 16, 17 müssen ZWINGEND gemäss Bauprogramm eingehalten werden". Nicht zu entnehmen ist den Protokollen hingegen, dass die Termine bisher nicht eingehalten worden wären oder dass ein (erheblicher) Verzug bezüglich der Häuser 15-17 vorgelegen hätte. Auch ist das in Grossbuchstaben geschriebene Wort "zwingend" eindeutig nicht gleichbedeutend mit Verzug, ist solcher doch in den Protokollen in anderem Zusammenhang explizit beim Namen genannt. So ist in Bezug auf die Häuser 7-9 den Protokollen der Bausitzungen vom 30. Juni 2010 und vom 7. Juli 2010 unter der Klägerin zu entnehmen "Haus 7-9, 4 Wochen Verzug. Keine Planunterlagen vorhanden" (act. 10/6 S. 2 und act. 10/7 S. 2), und im Protokoll der Bausitzung vom 14. Juli 2010 ist bei der Klägerin vermerkt "Häuser 7, 8 und 9 Kanalisation im Bau, Planverzug 4 Wochen" (act. 10/8 S. 2). Indessen ergibt sich aus dem Protokoll der Bausitzung vom 16. Juni 2010, dass der Aushub für die Häuser 7-9 durch die U._____ AG gemäss Bauprogramm bis Ende Juni 2010 fertig gestellt wird (act. 10/4 S. 2) resp. aus dem Protokoll der Bausitzung vom 23. Juni 2010, dass die U._____ AG den "Aushub Baugrube 7/8 bis Freitag 25.06.2010 fertig stellen" musste. Angesichts dessen, dass nach übereinstimmender Darstellung der Parteien die Baumeisterarbeiten der Klägerin erst nach erfolgtem Aushub durch die U._____ AG beginnen mussten und konnten, was für die Häuser 7-9 demnach ein Beginn der klägerischen Baumeisterarbeiten frühestens am Montag 28. Juni 2010 bedeutet, erscheint aufgrund der zum Beweis der Beklagten zugelassenen Bausitzungsprotokolle ausgeschlossen, dass die Klägerin bis zur Bausitzung vom 30. Juni 2010, mithin zwei Tage später, mit ihren Arbeiten an den nämlichen Häusern 7-9 vier Wochen in Verzug war. Viel-

mehr handelte es sich dabei wohl um den im Protokoll vom 14. Juli 2010 notierten "Planverzug" von 4 Wochen, also um eine Verspätung im Vergleich zu den Terminplänen, welche aber ihren Ursprung nicht in einer Verspätung der Klägerin mit ihren Arbeiten - aus Kapazitäts- oder anderen Gründen - an diesen Häusern hatte. Solches lässt sich den zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassenen Protokollen der Bausitzungen nicht entnehmen. Im Gegenteil bestätigten die Protokolle die abweichende Darstellung der Klägerin, dass die Aushubarbeiten für die Häuser 7-9 hinter den Zeitplan zurückgefallen waren, welche Gegenstand des Gegenbeweises bildet. In den Protokollen der Bausitzungen vom 11. August 2010 und vom 18./25. August 2010 (act. 10/9-10) ist dann bei der Klägerin kein Verzug mehr erwähnt, auch nicht bezüglich der Häuser 7-9, weshalb davon auszugehen ist, dass dannzumal jedenfalls kein Verzug und auch kein Planverzug mehr bestand. Es ist daher auch kein Zusammenhang zwischen dem in der ersten Hälfte Juli 2010 aus den Protokollen ersichtlichen - nicht durch die Klägerin verursachten - Planverzug bezüglich der Häuser 7-9 und dem von der Beklagten im September 2010 gefällten Entscheid zur Verschiebung der Häuser 3 und 4 bewiesen.

Die von den Parteien angerufenen Zeugen wurden - mit Ausnahme des Zeugen G._____ - anlässlich der Beweisverhandlung vom 11. Dezember 2014 befragt (Prot. S. 38 ff.).

Die Würdigung der zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassenen Zeugen ergibt kein anderes Bild als bereits die Protokolle der Bausitzungen. Der Projektleiter der Beklagten, M._____, erklärte bei seiner Einvernahme nur, er habe von der Klägerin nie eine negative Meldung auf die Terminverschiebung erhalten (Prot. S. 44). Dagegen konnte er die beklagtische Darstellung, dass die Klägerin froh war um die Verschiebung und diese befürwortete, nicht bestätigen. Weiter sagte er im Zusammenhang mit den Gründen für die Terminverschiebung, es habe auch gewisse Verzögerungen mit dem Rohbau der Häuser 7-9 und 16-17 gegeben, die ganz klar aus Kapazitätsgründen seitens des Baumeisters veranlasst gewesen seien. Dabei erläuterte er auf Nachfrage zu den von ihm angesprochenen Kapazitätsgründen, dass sie Mannschaften der Klägerin "draussen gehabt" hätten und gemäss Terminprogramm weitere Mannschaften hätten kommen sollen. Diese

Mannschaften seien aber später gekommen (Prot. S. 45). Zudem erklärte M._____, ihm sei nicht bewusst, ob ein Verzug der U.____ AG betreffend die Aushubarbeiten für die Baufelder 7 und 8 sowie für die Baufelder 5 und 6 abgemahnt worden sei. Er wisse einfach noch, dass der Aushub fertig gewesen sei und die Baumeisterarbeiten nicht losgegangen seien bei den Baufeldern 7-9 (Prot. S. 48). Der Projektleiter der Beklagten schilderte somit "gewisse Verzögerungen" wegen weiterer Mannschaften der Klägerin, die später als im Terminprogramm vorgesehen auf der Baustelle eintrafen. Zu den dadurch konkret verursachten Auswirkungen auf den Bau oder ob dadurch ein (erheblicher) Verzug der Klägerin gegenüber dem Terminprogramm eintrat, äusserte er sich jedoch nicht. Da er aber auf die Frage nach seinem damaligen Aufgabenbereich erklärte, als Projektleiter für die Beklagte mindestens einmal pro Woche vor Ort an einer Bausitzung gewesen zu sein (Prot. S. 40), muss angenommen werden, dass die von ihm festgestellten Verzögerungen, zumindest wenn es sich um erhebliche Verzögerungen handelte, Eingang in die Bausitzungen und die Protokolle derselben gefunden haben. Von zu spät erschienenen Mannschaften der Klägerin ist in den zum Beweis zugelassenen Protokollen nichts vermerkt. Bezüglich der Feststellung eines Verzugs der Klägerin bei den Häusern 7-9 und 15-17 in den Protokollen ist auf den bereits thematisierten Planverzug zu Beginn der Baumeisterarbeiten zu verweisen.

Zu dem von M._____ geschilderten zeitlichen Abstand zwischen der Fertigstellung des Aushubs und dem Beginn der Baumeisterarbeiten äusserte sich sodann der Bauführer der Aushubfirma U.____ AG, N._____, bei seiner Zeugeneinvernahme. Er antwortete auf die Frage, ob der Baumeister mit seinen Arbeiten jeweils verzögert angefangen habe, nachdem er mit dem Aushub fertig gewesen sei, dass man nicht immer gleich habe anfangen können, weil teilweise Aushub deponiert worden sei. Der Kran habe nicht platziert werden können. Weiter sagte er aus, die Beklagte habe gegenüber der U.____ AG keinen Verzug der Aushubarbeiten geltend gemacht (Prot. S. 54 f.). Demnach hing der von M._____ als Verzögerung mit dem Beginn der Baumeisterarbeiten beschriebene zeitliche Abstand nach Fertigstellung des Aushubs damit zusammen und wurde nicht durch eine enge Kapazitätsplanung der Klägerin verursacht. Zur Reaktion der Klägerin

auf die Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 konnte N._____ so-
dann keine Aussagen machen (Prot. S. 52 f.).

Auch der Zeuge H._____, Bauführer der Beklagten und für diese an der Bausitzung vom 8. September 2010 anwesend, konnte keine Aussagen zur Reaktion oder Einstellung der Klägerin zur Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 machen, und er erinnerte sich nicht mehr im Detail, was an der Sitzung besprochen wurde oder wie es zur Verschiebung kam (Prot. S. 57 f.). Dass die Klägerin froh um die Verschiebung war oder diese befürwortete, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung erheblich in Verzug war, konnte er nicht bestätigen. Zum behaupteten Verzug der Klägerin erklärte er, es sei immer ein bisschen knapp gewesen. Man habe schon immer ein bisschen schauen müssen, dass die anderen dann auch hätten weiterarbeiten können gemäss Bauprogramm. Beim Aushub seien seines Erachtens die Häuser 7 und 8 und dann gleich danach das Haus 9 ausgehoben worden. Genauer zur Terminierung wisse er nicht mehr (Prot. S. 60). Diese Darstellung ihres Bauführers ("ein bisschen knapp") zeigt jedenfalls nicht das von der Beklagten dargestellte Szenario eines erheblichen Verzugs der Klägerin mit den Rohbauarbeiten infolge zu knapper Kapazitätsplanung. Vielmehr ist aufgrund seiner Schilderung und Wortwahl davon auszugehen, dass die Termine, obwohl es eng war, eben noch eingehalten wurden. Damit kann die Beklagte auch durch seine Aussage weder den Beweis eines erheblichen Verzugs der Klägerin noch deren Befürwortung der Verschiebung erbringen.

Der Zeuge O._____ sagte zum behaupteten Verzug der Klägerin aus, die Klägerin habe ein Terminprogramm gemacht, wann sie oben gewesen und es ums Raufmauern gegangen sei. Danach hätten sie ihre Aufrichttermine gehabt. Die bestimmten Termine hätten eigentlich schon nicht schlecht gestimmt. Die Klägerin habe quasi einen Stockwerktermin gehabt. Generell seien sie eher etwas im Rückstand gewesen als Voraus. Genauer zu den Terminen und Daten konnte aber auch er nicht mehr sagen (Prot. S. 69), doch bestätigte er mit seiner Aussage die Darstellung des Bauführers der Beklagten, dass die Termine einigermaßen eingehalten wurden. Der Zeuge Q._____, der für seinen Arbeitgeber im Rahmen der Elektroinstallationen am streitgegenständlichen Bauprojekt beteiligt

war, erklärte zum zeitlichen Stand der Rohbauarbeiten, man habe, glaube er, bei den Häusern 15-17 gestartet. Dort seien die Arbeiten eigentlich zügig vorangehen. Dann seien die Häuser 7 und 8 gekommen. Er sei der Meinung, dass es dann angefangen habe, Verzögerungen zu geben bei den Häusern 1-2, bei diesen Eigentumswohnungen. Die Nachfrage, ob er etwas betreffend Verzögerungen oder Rückstände der Klägerin in Bezug auf die Häuser 7-9 und 15-17 wisse, verneinte er. Wie bereits dargelegt, schilderte er ferner seinen Eindruck und sein Gefühl, dass die Terminverschiebung betreffend die Häuser 3 und 4 in gegenseitigem Einverständnis hingenommen worden seien. Er erklärte aber, von konkreten Aussagen der Klägerin zu diesem Punkt nichts zu wissen. Auf die Frage nach einer Verweigerungshaltung der Klägerin gegenüber einer Verschiebung erklärte er, es habe schon Diskussionen gegeben. Teilweise sei er aber nicht mehr dabei gewesen (Prot. S. 78 f.). Somit konnte auch der Zeuge Q._____ den behaupteten erheblichen Verzug der Klägerin mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7-9 und 15-17 nicht bezeugen und auch ihm war keine Befürwortung der Verschiebung der Arbeiten an den Häuser 3 und 4 durch die Klägerin zu Ohren gekommen.

Damit konnte die Beklagte weder einen erheblichen Verzug der Klägerin noch die Befürwortung der Verschiebung durch die Klägerin beweisen. Im Ergebnis ist zum Hauptbeweis der Beklagten daher festzuhalten, dass ihr nicht gelungen ist rechtsgenügend zu beweisen, dass die Klägerin froh um die Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 war und diese sogar befürwortet hat, weil sie infolge zu knapper Kapazitätsplanung mit den Rohbauarbeiten an den Häusern 7, 8 und 9 sowie 15, 16 und 17 erheblich in Verzug war.

Hinzu kommt, dass die zum Hauptbeweis zugelassenen Beweismittel der Beklagten die Gegenstand des Gegenbeweises bildende Darstellung der Klägerin, dass die Aushubarbeiten und die Baugruben für die Häuser 5-9 und 15-17 sowie die dazugehörige Tiefgarage hinter dem Zeitplan zurückgefallen waren, noch bestätigen und damit bereits ohne Berücksichtigung der dazu zugelassenen Beweismittel der Klägerin davon auszugehen ist, dass der im Juli 2010 in drei Bausitzungsprotokollen festgestellte Verzug der Baumeisterarbeiten gegenüber dem Terminplan effektiv durch im Vergleich zum Terminplan verspätete Aushubarbeiten ver-

ursacht war. Noch zusätzlich in Zweifel gezogen wird der misslungene Hauptbeweis der Beklagten ausserdem durch die Aussage des zum Gegenbeweis der Klägerin, dass sie - hätte sie nicht genug eigenes Personal gehabt - innert kürzester Zeit zusätzliche Ressourcen über ihre beiden in E._____ eingesetzten Subunternehmer hätte abrufen können, zugelassenen Zeugen AD._____. Er sagte aus, dass die Klägerin neben den Arbeiten an den Häusern 15-17 und 5-6 genug Leute gehabt hätte, um gleichzeitig bzw. parallel auch an den Häusern 3 und 4 zu arbeiten. Dabei erläuterte er von sich aus, dass man dann einfach noch ein paar mehr Leute von seinem Unternehmen oder vom Eisenleger dazu nehme und es dann kein Problem sei. Wenn Inventar da sei, sei es keine Sache aufzustocken. Weiter bestätigte er, dass er (resp. sein Unternehmen AD._____ AG) als Subunternehmer auch noch zusätzliche Mannschaften hätte stellen können, wenn die Häuser 3 und 4 gleichzeitig gebaut worden wären (Prot. S. 101 f.). Der Hinweis der Beklagten (act. 71 S. 8), dass die AD._____ AG, deren Inhaber der Zeuge ist, auch im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme mit der Klägerin zusammenarbeitete und von ihr weiterhin Aufträge erhielt (Prot. S. 100), trifft zwar zu, und AD._____ sagte auch, er habe sich nach Erhalt der Vorladung bei der Klägerin erkundigt und von ihr erfahren, dass es beim vorliegenden Verfahren darum gehe, dass irgendetwas nicht bezahlt worden sei. Weiter habe ihn das nicht mehr interessiert. Sie hätten ihr Geld erhalten. Auf Nachfrage bestätigte er, dass nicht weiter besprochen worden sei, um was es gehe (Prot. S. 100). Da er aber das Gespräch mit der Klägerin offenlegte und nach Hinweis auf die Wahrheitspflicht und die Strafbestimmung von Art. 307 StGB die eindeutige Aussage machte, dass die Klägerin genug Leute gehabt hätte und sonst von seinem Unternehmen oder etwa vom Eisenleger noch zusätzliches Personal hätte erhalten können, ist auf seine Aussagen abzustellen. Damit ist zusätzlich zum Misslingen des Hauptbeweises davon auszugehen, dass, wäre der Baubeginn der Häuser 3 und 4 nicht durch die Beklagte verschoben worden, die Klägerin in Bezug auf die personellen Kapazitäten allenfalls unter Rückgriff auf zusätzliche Ressourcen ihrer Subunternehmer in der Lage gewesen wäre, die Mannschaften für einen termingerechten Beginn der Baumeisterarbeiten zu stellen.

3.2.4. Fazit

Die Klägerin befand sich bei Verschiebung des Baubeginns für die Häuser 3 und 4 nicht mit den Rohbauarbeiten der Häuser 7-9 und 15-17 in Verzug und war dementsprechend auch nicht als Folge davon froh um die Verschiebung. Auch stand ihr dafür genügend Personal zur Verfügung. Die Verschiebung des Baubeginns ist daher als Verletzung einer Mitwirkungshandlung seitens der Beklagten zu qualifizieren, welche die in Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebenen Rechtsfolgen sowie einen Anspruch auf Mehrvergütung (oder Schadenersatz) der Klägerin ausgelöst hat, wenn ihr aus dem Annahmeverzug der Beklagten ein Mehraufwand entstanden ist.

3.3. Verwirkung bzw. Verzicht des Anspruchs auf Mehrvergütung

3.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Bereits im April und Mai 2010 hat die Aushubfirma, die U._____ AG, Aushubmaterial von den anderen Baufeldern auf den Grundstücken der Häuser 3 und 4 deponiert. Als Folge davon entstanden auf den Baufeldern 3 und 4 immer grössere Erdhaufen bzw. Aushubmaterialdeponien. Das Aushubmaterial wurde auch im August 2010, als die U._____ AG gemäss ursprünglichem Terminprogramm bereits mit dem Aushub auf den Baufeldern 3 und 4 hätte beginnen sollen, weiter dort belassen. Dass die Vorgehensweise geändert worden war und die Errichtung der Häuser 3 und 4 nicht parallel mit derjenigen der Häuser 5 bis 9 erfolgen würde, war somit auch ohne entsprechende formelle Information offensichtlich. Der klägerische Bauführer K._____ arbeitete eng mit den vor Ort verantwortlichen Personen der U._____ AG zusammen und war mit diesen in ständigem Kontakt. Die Klägerin war somit über die Verschiebung des Aushubbeginns informiert (act. 1 Rz. 31 ff.; act. 8 Rz. 22; act. 18 Rz. 186 ff.).

Mit Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 2. März 2011 machte die Klägerin einen gestörten Bauablauf geltend und kündete entsprechende Mehrkosten an (act. 3/25).

3.3.2. Streitpunkte

Die Klägerin erklärt, nachdem gemäss dem Bauprogramm die Aushubarbeiten für die (ersten) Baufelder 1 und 2 rund vier Monate vor den Aushubarbeiten für die Baufelder 3 und 4 zu tätigen gewesen seien, habe sie bei Beginn ihrer Arbeiten im April und Mai 2010 keinen Grund gehabt, dagegen zu opponieren, dass die Beklagte die für den Aushub verantwortliche Unternehmerin angewiesen habe, das Erdmaterial vorübergehend u.a. auf den noch nicht benötigten Baufeldern zu deponieren (act. 1 Rz. 30). Der Bauführer der Klägerin, K._____, sowie die Poliere L.____ und S.____ und AF.____ hätten die Bauleitung wiederholt auf die Verspätung der Aushubarbeiten gegenüber dem Terminprogramm hingewiesen und hätten um Angabe ersucht, wann die Baugruben endlich erstellt würden. Insbesondere sei dieser Umstand vom klägerischen Bauführer seit Ende August 2010 auch in der wöchentlichen Bausitzung mit der Bauleitung thematisiert worden. Er habe dabei nicht nur wiederholt unterstrichen, dass der kontinuierliche Aufschub eine termingerechte Ausführung der Bauarbeiten für die Häuser 3 und 4 gefährde bzw. alsdann verunmögliche, sondern auch, dass diese Ablaufänderung für die Klägerin bedeute, dass sie erheblich länger auf der Baustelle verbleiben müsse (act. 1 Rz. 3). Anlässlich einer Besprechung des Baufortschritts und der voraussichtlichen Aufrichttermine mit M.____ Mitte August 2010 habe K.____ auch den Verzug der Baugruben und die störenden Erdmaterial-Deponien auf den Baufeldern 3 und 4 angesprochen. Insbesondere habe er M.____ darauf hingewiesen, dass die von der Beklagten geforderten Aufrichttermine nicht gewahrt werden könnten, wenn sich die Baugruben weiter verspäten würden. Dabei habe er unterstrichen, dass die für die Grubenübergaben im vereinbarten Terminprogramm vorgesehenen Termine nicht eingehalten worden seien und die Beklagte somit säumig sei (act. 18 Rz. 53). Die gleichen Bedenken habe er H.____ jeweils in den Bausitzungen im September 2010 mitgeteilt, als die Parteien die Terminalsituation und die Aufrichttermine besprochen hätten. Insbesondere habe er diesem anlässlich der Bausitzung vom 6. Oktober 2010 und alsdann anlässlich der Besprechung der Aufrichttermine in Gegenwart von O.____ vom 8. Oktober 2010 mitgeteilt, dass der Start der Baumeisterarbeiten und somit das Erreichen der genannten Aufrichttermine für die Häuser 3 und 4 (29. März bzw. 6. April 2011) davon abhängen würden, wann die gemäss Terminplan überfälligen Bau-

gruben alsdann vorliegen würden, weshalb die genannten Aufrichttermine für die Häuser 3 und 4 auch nur als provisorisch und nicht als bindend für die Klägerin angesehen werden könnten (act. 18 Rz. 54).

Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin (vgl. z.B. act. 8 Rz. 27 f. und act. 22 Rz. 56). Bereits im April und Mai 2010 sei damit begonnen worden, Aushubmaterial von den anderen Baufeldern auf den Grundstücken der Häuser 3 und 4 zu deponieren. Folglich sei es der Klägerin bereits im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Werkvertrages im Juli 2010 klar gewesen, dass ihre Arbeits- und Ressourcenplanung sowie ihre Projektkalkulation betreffend die Häuser 3 und 4 nicht auf die Terminprogramme act. 3/8 und act. 3/14, welche im Mai 2010 erstellt worden seien, hätten ausgerichtet werden können, sondern dass diese Programme betreffend die Häuser 3 und 4 noch der Anpassung bedurft hätten (act. 22 Rz. 13).

3.3.3. Rechtliches

Der Anspruch auf Mehrvergütung entfällt, soweit der Unternehmer darauf verzichtet hat (GAUCH, a.a.O., N. 788). Der Verzicht kann zum Voraus (z.B. im ursprünglichen Werkvertrag), zusammen mit der Vereinbarung einer Bestellsänderung oder erst nach erfolgter (einseitiger oder vereinbarter) Bestellsänderung erfolgen. Ein zum Voraus (im Hinblick auf künftige Bestellsänderungen) erklärter Verzicht ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen und bei übermässiger Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB unwirksam. Unterlässt der Unternehmer eine Ankündigung der Mehrforderung, ist dies kein Grund, der seinem Anspruch auf Mehrvergütung entgegensteht, doch kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalls das nach Vertrauensprinzip ausgelegte Schweigen des Unternehmers als Verzichtserklärung auszulegen sein, was den Besteller von der Leistung einer Mehrvergütung befreit (BGer. 4C.16/2006 E.6.3). Blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung begründet noch nicht Rechtsmissbrauch, sondern zusätzlich bedarf es besonderer Umstände, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen. Solche können u.a. darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung erkennbar Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die

Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre (BGer. 4C.85/2004 E. 3). Selbst wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Unternehmer zur Ankündigung der Mehrforderung verpflichtet sei, beseitigt die unterlassene Ankündigung den Mehranspruch des Unternehmers grundsätzlich nur dann, wenn die Nichtankündigung im Einzelfall als stillschweigende Verzichtserklärung zu interpretieren ist (GAUCH, a.a.O., N. 789; vgl. zur analogen Problematik im Zusammenhang mit Art. 85 Abs. 3 SIA-Norm 118 auch EGLI, a.a.O., Art. 85 N. 8).

3.3.4. Subsumtion

Im ursprünglichen Werkvertrag hat die Klägerin auf eine allfällige Mehrforderung aufgrund einer Bauprogrammänderung nicht verzichtet, sondern unübliche Planänderungen – und von einer solchen ist vorliegend auszugehen – begründeten einen Anspruch auf Mehrforderung (Vertragsziffer 2 e contrario; act. 3/2 S. 1). Der Ansicht der Beklagten, wonach anlässlich der Vertragsunterzeichnung Anfang Juli 2010 aufgrund des Umstands, dass bereits im April und Mai 2010 begonnen worden war, Aushubmaterial von den anderen Baufeldern auf den Grundstücken der Häuser 3 und 4 zu deponieren, klar gewesen sei, dass das Terminprogramm betreffend diese Häuser noch der Anpassung bedürfe, kann nicht zugestimmt werden. Schliesslich dauerte es zu diesem Zeitpunkt noch über einen Monat bis zum ursprünglich geplanten Aushub der Häuser 3 und 4. Zudem hatte das Vergabegespräch schon viel früher stattgefunden und standen die Parteien nicht erst ab dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung in einer vertraglichen Beziehung zueinander.

Dass die Klägerin anlässlich der einseitigen oder vereinbarten Bauprogrammänderung auf eine Mehrvergütung ausdrücklich verzichtet hätte, wird nicht behauptet. Es kann offen bleiben, ob die Klägerin – wie von ihr behauptet und von der Beklagten bestritten – ab August 2010 mündlich auf die Verspätung der Aushubarbeiten gegenüber dem Terminprogramm hingewiesen hat. Falls dies nicht zutrifft, wäre daraus jedenfalls kein stillschweigender Verzicht auf die Mehrvergütung abzuleiten (vgl. Art. 6 OR). Auch war sie nach Treu und Glauben nicht gehalten, der Beklagten die Mehrkosten frühzeitig in Aussicht zu stellen, musste dieser als erfahrene Bauleiterin doch bekannt sein, dass bei der Klägerin aufgrund der

Terminverschiebung solche anfallen würden. Auch wenn die Parteien übereingekommen waren, dass ein Anspruch auf weitere Vergütungen nur bestehen soll, wenn die entsprechenden Arbeiten vorgängig schriftlich vereinbart werden (Vertragsziffer 7; act. 3/2 S. 3), beseitigt die unterlassene Ankündigung den Mehranspruch der Klägerin nach dem Gesagten nicht ohne Weiteres (vgl. dazu aber die Ausführungen weiter unten zur Genehmigung der Mehrvergütung). Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Parteien hinsichtlich der Terminänderung auf die Einhaltung der vorbehaltenen Formvorschrift verzichtet hatten. Die Klägerin war deshalb auch nicht gehalten, ihre Mehrforderung, welche sich mit Bezug auf die zeitabhängigen Kosten erst mit der Ausführung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 und somit erst ab Mai 2011 realisierten, schriftlich oder auf andere Weise frühzeitig anzukünden.

Mit Schreiben vom 2. März 2011 hatte die Klägerin der Beklagten vorgeworfen, die von dieser befohlene Deponie des Aushubmaterials verursache bei ihr, der Klägerin, eine massive Störung des Bauablaufs, wobei man dies im Sinne einer guten Zusammenarbeit bis zu diesem Zeitpunkt geduldet habe. Leider müssten nun die klägerischen Mehrkosten für den gestörten Bauablauf angemeldet werden. Das Zurücklassen der Häuser 3 und 4 verletze die Vertragsgrundlage (act. 3/25 S. 2). Wie die Beklagte richtig ausführt, zeigt dieses Schreiben das einstweilige klägerische Einverständnis mit der Terminverschiebung für die Häuser 3 und 4 auf (act. 8 Rz. 33, 89, 94, 97 und 121; act. 22 Rz. 20, 39, 48. 50, 126, 136, 145, 176). Ein Verzicht auf die Mehrvergütung lässt sich hingegen entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 22 Rz. 49) daraus nicht ableiten, und keinesfalls stellt dieses Schreiben gar einen expliziten Verzicht auf die Geltendmachung von Mehrkosten dar (act. 22 Rz. 71). Im Gegenteil wurden mit besagtem Schreiben gerade Mehrkosten offiziell angemeldet. Mit der Klägerin (act. 18 Rz. 65) ist deshalb davon auszugehen, dass sie mit der erwähnten Formulierung betreffend die Duldung der Bauablaufstörung zum Ausdruck gebracht hatte, die Verschiebung bisher insofern geduldet zu haben, als sie den Werkvertrag nicht unter Ansetzung einer Nachfrist nach den Vorschriften über den Gläubigerverzug aufgelöst hat (vgl. Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118). Ein Verzicht auf die Mehrvergütung ist indes nicht ersichtlich.

3.4. Genehmigung der Beklagten

3.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Für Änderungen und Ergänzungen des Vertrags und seiner Beilagen sahen die Parteien – wie erwähnt – die Form der Schriftlichkeit (bzw. die Verwendung durch Fax) vor (Vertragsziffer 14; act. 3/2 S. 5). In diesem Sinne wurde ein Anspruch auf weitere Vergütungen bzw. eine Erhöhung des Pauschalpreises an die Bedingung geknüpft, dass die entsprechenden Arbeiten vorgängig schriftlich mit der Beklagten vereinbart wurden, wobei die Preise für zusätzlich zu vereinbarende Arbeiten auf Basis der Unternehmerofferte zu offerieren waren (Vertragsziffer 7; act. 3/2 S. 3).

3.4.2. Rechtliches

Von einer blossen Ankündigungspflicht zu unterscheiden ist der vertragliche Genehmigungsvorbehalt für die Mehrvergütung, wie er sich in der Vertragspraxis herausgebildet hat, um einen späteren Streit über Bestand und Umfang von Mehrforderungen zu vermeiden. Demnach besteht der Anspruch des Unternehmers auf eine änderungsbedingte Mehrvergütung unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer die Mehrforderung, die er für eine erfolgte Bestellsänderung geltend machen will, vor der Ausführung der Bestellsänderung durch den Besteller genehmigen lässt. Solange die Genehmigung durch den Besteller ausbleibt, ist der Unternehmer nicht verpflichtet, mit der Ausführung der erfolgten Bestellsänderung zu beginnen. Führt der Unternehmer die Bestellsänderung ohne Genehmigung der zu bezahlenden Mehrvergütung aus, so scheitert sein Anspruch auf deren Leistung grundsätzlich an der hierfür vorausgesetzten Genehmigung (GAUCH, a.a.O., N. 789a).

Fehlt es nur an der vereinbarten Form der Genehmigung, so steht die Formwidrigkeit dem Anspruch auf Mehrvergütung nicht entgegen, wenn die vereinbarte Form lediglich die Bedeutung einer Beweisform hat. Der vereinbarte Genehmigungsvorbehalt ist eng auszulegen, da er vom dispositiven Recht abweicht. Er gilt nicht, wenn die Bestellsänderung Arbeiten zur Abwehr von Schaden und Ge-

fahr betrifft, deren Dringlichkeit dem Unternehmer keine Zeit für eine vorgängige Einholung der Kostengenehmigung belässt. Ausgeklammert bleibt der Genehmigungsvorbehalt ferner dann, wenn der Unternehmer nach den konkreten Umständen und der gebotenen Sorgfalt nicht erkennen kann, dass eine Anordnung des Bestellers, der er Folge leistet, eine Beststellungsänderung darstellt. Schliesslich kann der Besteller gegenüber dem Unternehmer auch ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck bringen, dass er bezüglich einer bestimmten Beststellungsänderung auf die Geltendmachung des Genehmigungsvorbehaltes verzichtet.

Ein stillschweigender Verzicht ist mangels anderer Anhaltspunkte anzunehmen, wenn der Besteller mit dem Unternehmer eine Beststellungsänderung vereinbart, ohne den Vorbehalt zu erneuern, wenn er den Unternehmer noch vor der Genehmigung dazu anhält, mit der Ausführung der erfolgten Beststellungsänderung zu beginnen, oder wenn er von der begonnenen Ausführung der Beststellungsänderung Kenntnis erlangt, jedoch davon absieht, die fehlende Genehmigung der Mehrvergütung zu reklamieren. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der Besteller eine solche Genehmigung auch stillschweigend erklären kann, doch sind an die Annahme einer stillschweigend erklärten Genehmigung strengere Anforderungen zu stellen als an die Annahme eines stillschweigend erklärten Verzichts auf den Genehmigungsvorbehalt (GAUCH, a.a.O., N. 789b).

3.4.3. Subsumtion

Nach dem Vertragswortlaut wären zusätzliche Arbeiten mit der Beklagten zu vereinbaren gewesen, wobei die Klägerin ihre Preise auf Basis der Unternehmerofferte zu offerieren hatte (Vertragsziffer 7; act. 3/2 S. 3). In diesem Sinne sahen die Parteien somit zwar einen vertraglichen Genehmigungsvorbehalt für eine Mehrvergütung vor. Zu beachten ist aber, dass es vorliegend nicht um zusätzlich zu vereinbarende Arbeiten ging. Aufgrund der Bauprogrammänderung waren vielmehr dieselben Arbeiten in einer anderen Reihenfolge zu erbringen, was zu Mehrkosten auf Seiten der Klägerin führte. Der ohnehin eng auszulegende Genehmigungsvorbehalt greift bei der vorliegenden Beststellungsänderung deshalb nicht. Auch wenn man von der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Vertragszif-

fer 7 ausgehen würde, würde sich im Übrigen nichts am Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung ändern, weil in diesem Fall von einem stillschweigenden Verzicht des Genehmigungsvorbehalts durch die Beklagte auszugehen wäre. Nach dem Gesagten hätte die Beklagte den Vorbehalt anlässlich der Terminprogrammänderung nämlich erneuern oder zumindest nach erfolgter Änderung die fehlende Genehmigung umgehend reklamieren müssen.

3.5. Höhe der Vergütung

3.5.1. Im Grundsatz

3.5.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Bis zum im ursprünglichen Terminprogramm vorgesehenen Ende der Baumeisterarbeiten (11. März 2011 für Haus 3) waren mit Ausnahme von Haus 9, dessen Rohbau am 13. April 2011 abgeschlossen wurde, alle übrigen Häuser fertig gestellt. Seit Beginn der Bauarbeiten der Häuser 3 und 4 war die Klägerin mit Ausnahme gewisser Ausbauinstallationsarbeiten in den Häusern 1 und 8 bzw. 9 mit ihrem Personal und ihren Baugeräten einzig noch zwecks Bau der Häuser 3 und 4 auf der klägerischen Baustelle (act. 1 Rz. 141; act. 8 Rz. 114). Die Rohbauarbeiten für die Häuser 3 und 4 wurden nicht – wie ursprünglich vorgesehen – zwischen dem 23. August 2010 und dem 11. März 2011 ausgeführt, sondern wurden zwischen dem 5. Mai 2011 und dem 7. November 2011 vorgenommen. Daraus ergibt sich eine Verlängerung der Gesamtbauzeit von fast acht Monaten (act. 1 Rz. 149; act. 8 Rz. 121).

3.5.1.2. Streitpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie hätte die Roharbeiten für die Häuser 3 und 4 ebenfalls bis (spätestens) 13. April 2011 abschliessen können, wenn die Beklagte ihr die entsprechenden Baufelder rechtzeitig zur Verfügung gestellt hätte (act. 1 Rz. 154).

Die Beklagte bestreitet dies und begründet ihren Standpunkt wiederum mit dem klägerischen Verzug auf den anderen Baufeldern. Nach beklagtischem Dafürhal-

ten wäre es der Klägerin mangels Personal- und Materialressourcen gar nicht möglich gewesen, termingerecht mit den Arbeiten auf den Baufeldern 3 und 4 anzufangen. Entsprechend wäre sie dann auch erst mit erheblicher Verspätung mit dem Rohbau fertig geworden. Ferner weist die Beklagte auf die Verlängerung der Rohbauzeit durch den Wintereinbruch hin (act. 8 Rz. 124).

3.5.1.3. Rechtliches

Wenn die Arbeiten über die geplante Gesamtbauzeit hinaus verlängert werden müssen, muss der Unternehmer die Baustelle länger betreiben, was in der Regel einen Verzögerungsaufwand mit sich bringt (HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: GAUCHS Welt, Festschrift für PETER GAUCH zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 831).

Einzelne Posten dieses Aufwands sind z.B. Mehrkosten für längeres Vorhalten von Baustelleneinrichtungen, Mehrkosten durch andere Baustellengemeinkosten (z.B. Wachleute), Mehrkosten für Bauleitung, Finanzierungskosten wegen späterer Schlusszahlung oder einen grösseren Anteil der allgemeinen Geschäftskosten. Grundsätzlich kann sich bei Bauablaufstörungen ein Mehraufwand auch aus störungsbedingten Produktivitätseinbussen im Sinne eines Behinderungsmehraufwands ergeben. Bei einer (blossen) Verlängerung der Bauzeit aufgrund einer Verschiebung von gewissen Arbeiten steht solches aber nicht im Vordergrund. Einer entsprechenden Vergütungspflicht unterliegen hingegen wiederum Mehraufwendungen im Sinne von Produktivitätsverlusten, die dem Unternehmer anfallen, weil er durch den Annahmeverzug des Bestellers bzw. die Bestelländerung am wirtschaftlich sinnvollen Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Personals, seiner Geräte oder seines Kapitals gehindert wird. Umgekehrt sind auch Produktivitätsgewinne zu berücksichtigen. Schliesslich kann (Feststellungs-)Mehraufwand anfallen, welcher sich daraus ergibt, dass die Geltendmachung einer Vergütung für Mehraufwand ihrerseits Mehraufwand voraussetzt (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., 834).

Der Mehranspruch erstreckt sich auf den gesamten Mehraufwand, den die Bestellsänderung bzw. der Annahmeverzug für den Unternehmer zur Folge hat, wobei auch ein Zuschlag für Risiko und Gewinn einzurechnen ist. Unter Vorbehalt

einer anderen Abrede bestimmt sich die Vergütung, die der Besteller für diesen Mehraufwand schuldet, nach Art. 374 OR und zwar unabhängig davon, ob der Unternehmer ohnehin nach Aufwand vergütet wird oder ob der Werkvertrag mit festen Preisen abgeschlossen wurde. Soweit der Mehraufwand durch Minderaufwand kompensiert wird, verringert sich der Anspruch auf Mehrvergütung (GAUCH, a.a.O., N. 785 ff. u 1337 f.). Dem Unternehmer obliegt zudem eine Kostenminderungsobliegenheit.

3.5.1.4. Subsumtion

Nachdem sich die Klägerin auf den anderen Baufeldern nicht in Verzug befunden hat bzw. der Beklagten zumindest der diesbezügliche Beweis misslungen ist, ist davon auszugehen, dass das (durch die Beklagte erstellte) ursprünglich Terminprogramm durch die Klägerin hätte eingehalten werden können, falls sie rechtzeitig mit den Arbeiten auf den Baufeldern 3 und 4 hätte beginnen können.

Es ist deshalb nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der Klägerin aufgrund der Änderung des Terminprogramms bzw. der Verlängerung der Gesamtbauzeit ein Mehraufwand entstanden ist, welchen sie grundsätzlich unter Berücksichtigung eines Risiko- bzw. Gewinnzuschlags von der Beklagten erhältlich machen kann. Insbesondere ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass sämtliche zeitabhängigen Aufwendungen (zeitabhängige Personal- und Inventarkosten) nach dem 13. April 2011, welche über die Aufwendungen hinausgehen, die nach Abschluss der Rohbauarbeiten ohnehin noch angefallen wären, erstattungspflichtigen Mehraufwand der Klägerin bilden (act. 1 Rz. 158).

3.5.2. Die geltend gemachten Mehraufwendungen bzw. -forderungen im Einzelnen sowie die klägerische Kostenminderungsobliegenheit

3.5.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht zeitabhängige Personal- (act. 1 Rz. 161 ff.) und Inventarmehrkosten (act. 1 Rz. 170 ff.), Produktivitätsverluste (act. 1 Rz. 181 ff.), Mehrkosten wegen Erhöhung der Beschaffungskosten (act. 1 Rz. 194) sowie einen Feststellungsmehraufwand (act. 1 Rz. 195) geltend. Auf allen Posten ausser bei der Er-

höhung der Beschaffungskosten berechnet sie einen Endzuschlag (act. 1 Rz. 147; act. 3/5 S. 32). Schliesslich verlangt sie die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 8 % auf dem Gesamtbetrag (act. 1 Rz. 197).

Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Mehrkosten und macht im Eventualstandpunkt geltend, zumindest hätte die Klägerin [kostenmindernd] Personal und Material auf der Nachbarbaustelle einsetzen können (act. 8 Rz. 131 ff.).

Soweit erforderlich, ist im Rahmen der Subsumtion auf die Parteivorbringen näher einzugehen.

3.5.2.2. Rechtliches

3.5.2.2.1. Beweislast

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2aa).

Nach dieser Regel hat der Unternehmer den aus einer Bestellsänderung bzw. einem Annahmeverzug resultierenden Mehraufwand nachzuweisen (GAUCH, a.a.O., N. 786 u 1339). Weil es sich bei der Verletzung der Schadenminderungspflicht bzw. Kostenminderungsobliegenheit um eine die Mehrvergütung reduzierende Einrede handelt, sind die entsprechenden Tatsachen indessen vom Ersatzpflichtigen in den Prozess einzubringen. Gelingt es diesem, beweismässig zur Überzeugung des Gerichts aufzuzeigen, dass Kostenminderungsmassnahmen seitens des Unternehmers angezeigt sind, ist es wiederum Sache des Unterneh-

mers, im Rahmen des Gegenbeweises beim Gericht zumindest Zweifel an der Sachdarstellung des Ersatzpflichtigen zu wecken (vgl. BGer. 4A_37/2011 E. 4.3).

3.5.2.2.2. Behauptungs- und Substantiierungslast

Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungs- ist die Substantiierungslast: Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu formulieren, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (SCHMID, in: BSK ZGB I, Art. 8 N. 29 und 33). Die Anforderungen an eine rechtsgenügende Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (WILLISEGGER, in: BSK ZPO, Art. 221 N. 29).

Im Zusammenhang mit dem Behaupten eines Mehraufwandes aufgrund einer Beststellungsänderung bzw. eines Annahmeverzugs hat der Unternehmer somit sämtliche Umstände schlüssig zu behaupten, aus welchen sich der Mehraufwand ergibt. Es ist an ihm, seine Tätigkeit zeitnah mittels Tagesrapporten und Baujournalen zu dokumentieren, um Aufschluss darüber geben zu können, wer, wann, was gemacht hat und ob es sich um (lediglich) aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs notwendig gewordene Tätigkeiten handelt (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., 829 in Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit und dem daraus folgenden Mehraufwand).

Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre. Das Gericht kann im Sinne der richterlichen Fragepflicht einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest andeutungsweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N. 30).

3.5.2.2.3. Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO enthält die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen (Prinzip der Beweisverbindung). Die Beweismittel sind vor Aktenschluss bzw. in der Klage oder Replik zu nennen, und ein späteres Nachreichen ist nur möglich, soweit noch neue Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingeführt werden können (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 221 N. 51 f.).

3.5.2.2.4. Sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

Wie erwähnt hat der Unternehmer den aus einer Bestellungsänderung bzw. einem Annahmeverzug resultierenden Mehraufwand (zu behaupten und) nachzuweisen. Unter Umständen ist dabei die sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR in Betracht zu ziehen (GAUCH, a.a.O., N. 786 u 1339). Diese Bestimmung enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Eine analoge Anwendung im Falle eines Mehraufwands aufgrund einer Bestellungsänderung bzw. eines Annahmeverzugs rechtfertigt sich somit, soweit der Mehraufwand nicht ziffernmässig nachweisbar (z.B. Ohnehin-Kosten, Kosten aus verlängertem Geräte- und Maschineneinsatz oder allgemeine Geschäftskosten) ist (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., 835 f.).

Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Entsprechend setzt das Bundesgericht die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schadensschätzung hoch an (HEIERLI/SCHNYDER, in: BSK OR I, Art. 42 N. 10 und 10b) und hat mit Entscheid vom 4. Juni 1996 zum wiederholten Mal festgehalten, dass Art. 42 Abs. 2 OR nicht etwa darauf abzielt, dem Geschädigten die Beweis-

last generell abzunehmen. Vielmehr hat der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten – Art. 42 Abs. 2 OR enthebt den Geschädigten auch nicht seiner Substantiierungsobliegenheit – und zu beweisen. Demnach müssen die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände geeignet sein, den Bestand des Schadens bzw. Mehraufwands hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung fassbar werden zu lassen. In diesem Sinne muss sich der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden bzw. Mehraufwand vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Die Zusprechung von Schadenersatz bzw. einer Mehrvergütung setzt voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens bzw. Mehraufwand nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint (vgl. BGE 122 III 219 E. 3.a).

Keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR ist möglich, wenn der konkrete Schadens- bzw. Mehraufwandnachweis zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in den Verantwortungsbereich des Beweispflichtigen fällt. Schliesslich hat die beweisbelastete Partei taugliche Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands zu stellen (HEIERLI/SCHNYDER, a.a.O., Art. 42 Rz. 10b).

3.5.3. Subsumtion

3.5.3.1. Zeitabhängige Personalmehrkosten aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4

3.5.3.1.1. Im Allgemeinen

Die Klägerin führt aus, zeitabhängige Kosten seien diejenigen Kosten, deren Höhe sich allein durch die Einsatzzeit der entsprechenden Produktionsmittel bestimme. Welches Bauvolumen innerhalb dieser Zeit realisiert werde, beeinflusse diese Art von Kosten hingegen grundsätzlich nicht. Dazu gehörten insbesondere auch gewisse Personalkosten. Dies gelte für die Baustellenleitung des Unternehmers, d.h. Projektleiter, Bauführer und Poliere, welche weitgehend unabhängig vom zu realisierenden Bauvolumen erforderlich seien bzw. bei einem unvorherge-

sehen reduzierten Bauvolumen nicht bzw. nur beschränkt von der Baustelle abgezogen werden könnten. Ebenso würde weiteres für die Gesamtbaustelle erforderliches Personal, wie Magaziner und der Bauplatzdienst, aber auch der Personaltransport, zu den zeitabhängigen Kosten gehören. Gleiches gelte für die Kranführer, deren Einsatz durch den Kran vorbestimmt sei (act. 1 Rz. 157). Die Klägerin macht weiter geltend, während bis Ende März 2011 das tatsächlich eingesetzte zeitabhängige Personal (Bau-Ist) weitestgehend dem Bau-Soll entsprochen habe, habe sie aufgrund der von der Beklagten verursachten Verschiebung von Mitte April 2011 bis April 2012 weiterhin zeitabhängiges Personal für das Überbauungsprojekt zur Verfügung stellen müssen (act. 1 Rz. 163).

Die Beklagte räumt ein, dass zeitabhängige Kosten bei der Berechnung eines Mehraufwandes grundsätzlich zu berücksichtigen wären. Vorliegend sei allerdings zu beachten, dass die Klägerin von März bis Juni 2011 die Baumeisterarbeiten für zwei Doppel Einfamilienhäuser auf der benachbarten Baustelle ausgeführt habe. Somit hätte das Personal in diesem Zeitraum anderweitig eingesetzt werden können, wodurch ein allfälliger – bestrittener – Mehraufwand kompensiert, zumindest jedoch reduziert würde (act. 8 Rz. 127). Da die Bauzeit für die Häuser 3 und 4 im Einverständnis mit und auch im Interesse der Klägerin geschehen sei, könne sie daraus resultierende Folgen für Personalkosten nicht als Mehraufwand geltend machen, sondern diese seien in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen (act. 8 Rz. 131).

Die Auffassung der Beklagten erweist nach dem Gesagten als unzutreffend, weil der Klägerin im Falle einer einseitigen Bestelländerung bzw. eines Annahmeverzugs bei entsprechendem Mehraufwand eine Mehrvergütung zusteht (vgl. dazu weiter oben). Unbestrittenermassen werden durch den Einsatz von Projektleitern, Bauführern, Polieren, Magazinern und Kranführern zeitabhängige Personalkosten produziert. Grundsätzlich steht der Klägerin somit für zeitabhängige Personalmehrkosten aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 ein Anspruch auf Mehrvergütung gegenüber der Beklagten zu. Auf die durch die Beklagte angesprochene Möglichkeit der anderweitigen Verwendung des klägeri-

schen Personals ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten).

3.5.3.1.2. Mehraufwand für AG._____ (Projektleiter) und K._____ (Bauführer)

Die Klägerin macht geltend, AG._____ habe aufgrund der Verschiebung als Projektleiter des Überbauungsprojekts im Juni 2011 20 % anstatt 10 % sowie während der Monate Juli 2011 bis Januar 2012 10 % anstatt 0 % seiner Arbeitszeit für das Überbauungsprojekt aufgewendet. K._____ habe aus demselben Grund als Bauführer im April 2011 80 % anstatt 60 %, im Mai 2011 80 % anstatt 50 %, im Juni 80 % anstatt 30 %, im Juli 2011 60 % anstatt 20 %, im August 2011 60 % anstatt 20 %, während der Monate September bis November 2011 50 % anstatt 0 %, im Dezember 2011 30 % anstatt 0 %, während der Monate Januar bis März 2012 20 % anstatt 0 % sowie im April 2012 10 % anstatt 0 % seiner Arbeitszeit für das Überbauungsprojekt aufgewendet (vgl. act. 1 S. 59).

Die Klägerin führt dazu aus, der für diese Personen zu berücksichtigende Zeitaufwand gemäss Bau-Ist und Bau-Soll stütze sich zwingendermassen auf eine Schätzung ihres für das Überbauungsprojekt in der jeweiligen Projektphase eingesetzten Arbeitszeitanteils. Wie für Projektleiter und Bauführer von Bauunternehmungen üblich, würden diese Kaderleute ihre Arbeitszeit nicht stundengenau erfassen. Die hier eingesetzten Werte würden auf einer von den genannten Personen nach bestem Wissen und Gewissen getätigten Schätzung ihres konkret eingesetzten Pensums basieren. Diese würden sich weiter mit Erfahrungswerten für vergleichbare Projekte decken, und die Beklagte werde in guten Treuen jedenfalls nicht grundsätzlich bestreiten können, dass die genannten Personen, und insbesondere K._____, einen erheblichen Teil ihrer Arbeitszeit für das Überbauungsprojekt aufzuwenden gehabt hätten (act. 1 Rz. 169).

Die Beklagte bestreitet, dass Kaderleute wie Projektleiter und Bauführer ihre Arbeitszeit nicht stundengenau erfassen würden und deren Penum daher geschätzt werden müsse. Bestritten werde zudem, dass AG._____ und K._____ einen erheblichen Teil ihrer Arbeitszeit für das Überbauungsprojekt aufzuwenden gehabt hätten. In diesem Zusammenhang sei auf die Pflicht der Klägerin zum

konkreten Schadensnachweis hinzuweisen, welcher die Klägerin nicht nachkomme (act. 8 Rz. 133).

Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu beziffern. Die Klägerin wäre somit gehalten gewesen, die aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 entstandenen Mehraufwände (Bau-Ist) von AG._____ und K._____ nicht lediglich zu schätzen, sondern konkret zu erfassen und auszuweisen. Durch eine Anweisung an diese Personen, entsprechend Buch zu führen, wäre dies problemlos möglich gewesen. Auch wenn die durch die Beklagte bestrittene klägerische Behauptung, wonach Kaderleute wie Projektleiter und Bauführer ihre Arbeitszeit nicht stundengenau erfassen würden, grundsätzlich – in unstreitigen Fällen – zutreffen sollte, wäre der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Entstehung des Mehraufwands bereits wusste, dass sie Mehrkosten geltend machen würde und diese auch schon angekündigt hatte, zuzumuten gewesen, die betroffenen Arbeiten auszuschneiden. Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 2. März 2011 Mehrkosten angekündigt hatte (act. 3/25), hätte ihr deshalb obliegen, ihre zu einer Mehrforderung führenden Tätigkeiten zeitnah zu dokumentieren. Nur dies hätte der Beklagten nicht nur eine (mit den Worten der Klägerin) grundsätzliche (bzw. pauschale und damit ungenügende), sondern auch eine substantiierte Bestreitung ermöglicht.

Nachdem dargetan ist, dass eine (blosse) Schätzung des Bau-Ist nicht ausreicht, worauf die Beklagte mit der Klageantwort im Übrigen hingewiesen hatte (vgl. act. 8 Rz. 133), bedarf es keiner Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Bau-Soll und den Monatsansätzen von CHF 20'000.– für den Projektleiter sowie CHF 18'000.– für den Bauführer (act. 1 Rz. 169). Die Mehrvergütung betreffend den Mehraufwand von AG._____ (Projektleiter) und K._____ (Bauführer) aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist mangels genügender Substantiierung abzuweisen.

3.5.3.1.3. Mehraufwand für eingesetzte Poliere

Die Klägerin macht geltend, im März 2011 seien zwei anstatt 1.7 und im April 2011 zwei anstatt ein Polier(e) eingesetzt worden, weil ein Polier (teilweise) für die Erbringung der Rohbauarbeiten auf der benachbarten, von einer anderen Bauherrschaft geführten Baustelle für die Einfamilienhäuser 10 und 11 eingesetzt worden sei. Diesen Umstand berücksichtigt die Klägerin, indem sie wieder 0.3 bzw. 1 vom effektiven Bau-Ist abzieht und so zu einem massgeblichen Bau-Ist von 1.7 für den Monat März 2011 bzw. 1 für den Monat April 2011 kommt, was wiederum dem Bau-Soll für das Überbauungsprojekt während dieser Monate entspricht. Nachdem mit den Arbeiten an den Häusern 3 und 4 erst im Mai 2011 begonnen wurde, erscheint es denn auch folgerichtig, dass vor diesem Zeitpunkt das Bau-Soll dem Bau-Ist entspricht bzw. erst danach ein Mehraufwand für zeitabhängige Personalkosten verlangt werden kann (vgl. act. 1 S. 59 und Rz. 165).

Für den Monat Mai 2011 macht die Klägerin geltend, es seien 2 Poliere eingesetzt worden. Erneut berücksichtigt sie den Umstand, dass ein Polier auf der besagten Nachbarbaustelle eingesetzt werden konnte, weshalb sie von einem Bau-Ist von 1 bei einem Bau-Soll von keinem Polier für das Überbauungsprojekt im Mai 2011 ausgeht. Während der Monate Juni bis Oktober 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von 1 bei einem Bau-Soll von keinem Polier pro Monat für das Überbauungsprojekt aus. Für den Monat November 2011 geht die Klägerin sodann von einem Bau-Ist von 0.8 bei einem Bau-Soll von keinem Polier aus (vgl. wiederum act. 1 S. 59 und Rz. 165). Die Klägerin reicht als Beleg der tatsächlich eingesetzten Poliere während dieser Zeit entsprechende Monatsrapporte ins Recht (act. 1 Rz. 62; act. 3/80). Diese dokumentieren, dass im Mai 2011 während 326 Stunden bzw. (für das Überbauungsprojekt) 163 Stunden (act. 3/80 S. 24), im Juni 2011 während 195.5 Stunden (act. 3/80 S. 26), im Juli 2011 während 187 Stunden (act. 3/80 S. 28), im August 2011 während 157.25 Stunden (act. 3/80 S. 30), im September 2011 während 174.5 Stunden (act. 3/80 S. 32), im Oktober 2011 während 185 Stunden (act. 3/80 S. 34) und schliesslich im November 2011 während 123 Stunden (act. 3/80 S. 35) klägerische Poliere eingesetzt worden sind.

Die Beklagte bestreitet die Personalmehrkosten für die eingesetzten Poliere. Mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin hätten bei den

Arbeiten auf der benachbarten Baustelle eingesetzt werden können, was bei der Berechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Hinsichtlich der durch die Klägerin eingereichten Belege erklärt die Beklagte, diese seien lückenhaft und teilweise nicht massgebend (act. 8 Rz. 132). Dem ist zu entgegnen, dass dies zumindest auf die vorliegend interessierenden Monatsrapporte zwischen Mai und November 2011 (act. 3/80 S. 24, 26, 28, 30, 32, 34 und 35) nicht zutrifft. Das durch die Klägerin behauptete Bau-Soll bzw. das ursprüngliche Bauprogramm wird von der Beklagten nicht bestritten, weshalb darauf abzustellen ist.

Die Klägerin führt aus, sie habe die Differenz der Anzahl Mann pro Monat zwischen dem Bau-Soll und dem Bau-Ist mit den hierzu branchenüblichen, nach Erfahrungswerten ermittelten Monatsansätzen verrechnet. Diese würden rund 10 % unter den anwendbaren Regieansätzen des Kantons Thurgau aus dem Jahr 2010 liegen. Für Poliere ergibt sich bei einem Monatsansatz von CHF 15'900.– und einer Abweichung zwischen Bau-Ist und Bau-Soll von 6.8 ein Betrag von CHF 108'120.–, wobei die Klägerin indessen von lediglich CHF 107'325.– ausgeht (vgl. act. 1 Rz. 169). Die Beklagte erklärt hierzu, mit Hinweis auf ihre Schadenschadensnachweispflicht hätte die Klägerin anstelle von irgendwelchen Erfahrungswerten die konkreten Monatsansätze für ihre Arbeitnehmer in Anschlag bringen müssen. Der geltend gemachte Mehraufwand für zeitabhängiges Personal werde bestritten (act. 8 Rz. 135).

Die Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in erster Linie nicht einen Schaden, sondern einen Aufwand nachzuweisen hat, welcher ihr von der Beklagten unter Berücksichtigung eines Risiko- und Gewinnzuschlags alsdann zu vergütet ist. Betreffend die Höhe der Vergütung bzw. des Monatsansatzes war zwischen den Parteien nichts abgemacht, da sie einen Pauschalpreis vereinbart hatten. Die Klägerin hat sodann einen Monatsansatz von CHF 15'900.– in Anschlag gebracht und sich dabei auf Erfahrungswerte bzw. Branchenüblichkeit berufen. Dabei handelt es sich zwar um einen moderaten und vernünftigen Ansatz. Rechnet man nämlich wie die Klägerin mit durchschnittlich 176 Arbeitsstunden pro Mo-

nat (vgl. act. 3/5 S. 30), resultiert ein Stundenansatz von rund CHF 90.– (ohne Berücksichtigung der Zuschläge für die allgemeinen Geschäftskosten sowie für Risiko und Gewinn; vgl. dazu weiter unten). Da die Anzahl insgesamt geleisteter Stunden durch klägerische Poliere für das Überbauungsobjekt während der Monate Mai bis November 2011 indessen genau dokumentiert ist und 1'185.25 beträgt, ist es exakter, diese mit dem angemessenen Stundenansatz von CHF 90.– zu multiplizieren, was einen Betrag von CHF 106'672.50 ergibt.

Die zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Poliere ab Mai 2011 aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 betragen demnach CHF 106'672.50.

3.5.3.1.4. Mehraufwand für eingesetzte Kranführer

Die Klägerin geht für den Monat Mai 2011 von einem Bau-Ist von 4 bei einem Bau-Soll von 3.6, für den Monat Juni 2011 von einem Bau-Ist von 3.5 bei einem Bau-Soll von 2.5 und für den Monat Juli 2011 von einem Bau-Ist von 1.3 bei einem Bau-Soll von 0.3 Kranführern aus. Während der Monate August bis November 2011 geht die Klägerin sodann von einem Bau-Ist von 1 bei einem Bau-Soll von keinem Kranführer pro Monat für das Überbauungsprojekt aus. Für den Monat Dezember 2011 geht die Klägerin schliesslich von einem Bau-Ist von 0.5 bei einem Bau-Soll von keinem Kranführer aus (vgl. act. 1 S. 59). Sie stellt sich dabei auf den Standpunkt, die Anzahl eingesetzter Kranführer pro Monat entspreche der Zahl der sich gemäss Bau-Ist bzw. Bau-Soll auf der Baustelle befindlichen Kräne. Sie werde zudem mit den Monatsarbeitsrapporten belegt (act. 1 Rz. 166). Letztere dokumentieren, dass im Mai 2011 während 388 Stunden (act. 3/80 S. 24), im Juni 2011 während 309 Stunden (act. 3/80 S. 26), im Juli 2011 während 205.75 Stunden (act. 3/80 S. 28), im August 2011 während 159.25 Stunden (act. 3/80 S. 30), im September 2011 während 210.5 Stunden (act. 3/80 S. 32), im Oktober 2011 während 185 Stunden (act. 3/80 S. 34) und schliesslich im November 2011 während 162 Stunden (act. 3/80 S. 35) klägerische Kranführer eingesetzt worden sind. Keinen Beleg reicht die Klägerin indessen für den Monat Dezember 2011 ein.

Die Beklagte bestreitet die Personalmehrkosten für die eingesetzten Kranführer. Mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin hätten bei den Arbeiten auf der benachbarten Baustelle eingesetzt werden können, was bei der Berechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Hinsichtlich der durch die Klägerin eingereichten Belege erklärt die Beklagte, diese seien lückenhaft und teilweise nicht massgebend (act. 8 Rz. 132). Dem ist zu entgegnen, dass dies abgesehen vom erwähnten fehlenden Monatsrapport für den Monat Dezember 2011 nicht zutrifft (vgl. act. 3/80 S. 24, 26, 28, 30, 32, 34 und 35).

Die Klägerin führt aus, sie habe die Differenz der Anzahl Mann pro Monat zwischen dem Bau-Soll und dem Bau-Ist mit den hierzu branchenüblichen, nach Erfahrungswerten ermittelten Monatsansätzen verrechnet. Diese würden rund 10 % unter den anwendbaren Regieansätzen des Kantons Thurgau aus dem Jahr 2010 liegen. Für Kranführer ergibt sich bei einem Monatsansatz von CHF 12'700.– und einer Abweichung zwischen Bau-Ist und Bau-Soll von 6.9 ein Betrag von CHF 87'630.– (vgl. act. 1 Rz. 169). Die Beklagte erklärt hierzu, mit Hinweis auf ihre Schadensnachweispflicht hätte die Klägerin anstelle von irgendwelchen Erfahrungswerten die konkreten Monatsansätze für ihre Arbeitnehmer in Anschlag bringen müssen. Der geltend gemachte Mehraufwand für zeitabhängiges Personal werde bestritten (act. 8 Rz. 135).

Die Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in erster Linie nicht einen Schaden, sondern einen Aufwand nachzuweisen hat, welcher ihr von der Beklagten unter Berücksichtigung eines Risiko- und Gewinnzuschlags alsdann zu vergütet ist. Betreffend die Höhe der Vergütung bzw. des Monatsansatzes war zwischen den Parteien nichts abgemacht, da sie einen Pauschalpreis vereinbart hatten. Die Klägerin hat sodann einen Monatsansatz von CHF 12'700.– in Anschlag gebracht und sich dabei auf Erfahrungswerte bzw. Branchenüblichkeit berufen. Dabei handelt es sich zwar um einen moderaten und vernünftigen Ansatz. Rechnet man nämlich wie die Klägerin mit durchschnittlich 176 Arbeitsstunden pro Monat (vgl. act. 3/5 S. 30), resultiert ein Stundenansatz von rund CHF 72.– (ohne

Berücksichtigung der Zuschläge für die allgemeinen Geschäftskosten sowie für Risiko und Gewinn; vgl. dazu weiter unten), was grundsätzlich angemessen erscheint. Der Monatsansatz von CHF 12'700.– basiert nach dem Gesagten indessen auf der Annahme eines Arbeitspensums von 100 %. Werden in einem Monat keine 100 % erreicht bzw. weniger als 176 Stunden gearbeitet, kann er demnach auch keine Anwendung finden.

Im Mai 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von 4 Kranführern aus, und gemäss Monatsrapport haben auch vier verschiedene Kranführer gearbeitet. Insgesamt sind durch diese vier Kranführer jedoch lediglich 388 Stunden dokumentiert (act. 3/80 S. 24), was nur etwas mehr als 200 Stellenprozenten entspricht. Somit wurde im Mai 2011 nicht einmal das Bau-Soll von 3.6 Mann pro Monat erreicht. Erst recht nicht wurde das behauptete Bau-Ist von 4 Mann pro Monat erreicht. Die behaupteten zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Kranführer im Mai 2011 sind somit nicht ausgewiesen, und eine entsprechende Mehrvergütung entfällt.

Im Juni 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von 3.5 bei einem Bau-Soll von 2.5 Kranführern aus, wobei gemäss Monatsrapport indessen lediglich zwei Kranführer während 309 Stunden gearbeitet haben (act. 3/80 S. 26). Somit wurde auch im Juni 2011 nicht einmal das (unbestrittene) Bau-Soll und erst recht nicht das behauptete Bau-Ist erreicht. Eine Mehrvergütung für den Monat Juni 2011 entfällt deshalb ebenfalls.

Im Juli 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von 1.3 bei einem Bau-Soll von 0.3 Kranführern aus. Letzteres wird von der Beklagten nicht bestritten. 52.8 Stunden (30 % von 176 Arbeitsstunden pro Monat) sind als Bau-Soll demnach vom ausgewiesenen Bau-Ist von 205.75 Stunden (act. 3/80 S. 28) abzuziehen, wobei die Differenz von 152.95 die Anzahl Stunden ergibt, während welcher aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zusätzlich Kranführer im Juli 2011 eingesetzt wurden. Die Multiplikation dieser Anzahl Stunden mit dem angemessenen Stundenansatz von CHF 72.– führt zu zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Kranführer im Juli 2011 von CHF 11'012.40.

Die Anzahl von insgesamt 716.75 geleisteter Stunden durch klägerische Kranführer für das Überbauungsobjekt während der Monate August bis November 2011 multipliziert mit dem angemessenen Stundenansatz von CHF 72.– ergibt CHF 51'606.–. Für besagte Zeitperiode macht die Klägerin mit ihrer Berechnungsweise (4 Mal den Monatsansatz von CHF 12'700.–) indessen lediglich CHF 50'800.– geltend. Die zeitabhängigen Mehrkosten für eingesetzte Kranführer zwischen August und November 2011 aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 sind in Anwendung der Dispositionsmaxime demnach auf CHF 50'800.– zu beziffern.

Mangels ausgewiesener Arbeitsstunden im Dezember 2011 entfällt eine Mehrvergütung auch für diesen Monat.

3.5.3.1.5. Mehraufwand betreffend den Bauplatzdienst

Die Klägerin geht für die Monate Mai bis Juli 2011 von einem Bau-Ist von 0.2 bei einem Bau-Soll von 0.1 Magaziner pro Monat für den Bauplatzdienst aus. Für die Monate August bis November 2011 geht die Klägerin sodann von einem Bau-Ist von 0.2 bei einem Bau-Soll von keinem Magaziner pro Monat aus. Schliesslich geht die Klägerin für die Monate Dezember 2011 bis Februar 2012 von einem Bau-Ist von 0.1 bei einem Bau-Soll von keinem Magaziner pro Monat aus (vgl. act. 1 S. 59).

Die Klägerin führt dazu aus, die für den Bauplatzdienst verwendeten Zahlen würden auf Erfahrungswerten basieren. Bei einer mittelgrossen Baustelle, wie derjenigen das Überbauungsprojekt betreffend, sei davon auszugehen, dass der Bauplatzdienst jeweils morgens den Bauplatz in Stand stelle sowie abends die Aufräumarbeiten besorge und es dafür eines 20 % Pensums eines Arbeiters während der Rohbauphase bzw. von 10% während der Ausbauphase pro Monat bedürfe (act. 1 Rz. 167).

Die Beklagte bestreitet die Personalmehrkosten für den Bauplatzdienst. Mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin hätte bei den Arbeiten auf der benachbarten Baustelle eingesetzt werden können, was bei der Be-

rechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten).

Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu beziffern. Die Klägerin wäre somit gehalten gewesen, die aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 entstandenen Mehraufwände (Bau-Ist) betreffend den Bauplatzdienst nicht lediglich zu schätzen, sondern konkret zu erfassen. Durch eine Anweisung an die entsprechenden Magaziner, entsprechend Buch zu führen, wäre dies problemlos möglich gewesen. Der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Entstehung des Mehraufwands bereits wusste, dass sie Mehrkosten geltend machen würde und diese auch schon angekündigt hatte, wäre zuzumuten gewesen, die betroffenen Arbeiten auszuschneiden. Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 2. März 2011 Mehrkosten angekündigt hatte (act. 3/25), hätte ihr deshalb obliegen, ihre zu einer Mehrforderung führenden Tätigkeiten zeitnah zu dokumentieren. Nur dies hätte der Beklagten eine substantiierte Bestreitung ermöglicht.

Nachdem dargetan ist, dass eine (blosse) Schätzung des Bau-Ist bzw. des Mehraufwands nicht ausreicht, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Bau-Soll und dem Monatsansatz von CHF 11'400.– für den Bauplatzdienst (act. 1 Rz. 169). Die Mehrvergütung betreffend den Mehraufwand für den Bauplatzdienst aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist somit mangels genügender Substantiierung abzuweisen.

3.5.3.1.6. Mehraufwand für Personaltransporte

Die Klägerin geht für den Monat Dezember 2010 von einem Bau-Ist von 48 bei einem Bau-Soll von 96, für den Monat Februar 2011 von einem Bau-Ist von 80 bei einem Bau-Soll von 100, für den Monat März 2011 von einem Bau-Ist von 44 bei

einem Bau-Soll von 88, für den Monat Juli 2011 von einem Bau-Ist von 42 bei einem Bau-Soll von 21, für den Monat August 2011 von einem Bau-Ist von 36 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat September 2011 von einem Bau-Ist von 44 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Oktober 2011 von einem Bau-Ist von 42 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat November 2011 von einem Bau-Ist von 22 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Dezember 2011 von einem Bau-Ist von 15 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Januar 2012 von einem Bau-Ist von 5 bei einem Bau-Soll von 0, für den Monat Februar 2012 von einem Bau-Ist von 3 bei einem Bau-Soll von 0 und schliesslich für den Monat März 2012 von einem Bau-Ist von 8 bei einem Bau-Soll von 0 Personentransporte(n) (C.____ F.____) aus. Bei den nichterwähnten Monaten besteht keine Differenz zwischen Bau-Soll und Bau-Ist (vgl. act. 1 S. 59). Die Klägerin macht mithin geltend, insgesamt seien aufgrund der Bauzeitverlängerung 84 Personentransporte mehr als ursprünglich geplant erforderlich gewesen (vgl. act. 1 Rz. 169).

Die Klägerin führt dazu aus, die Anzahl Personaltransporte lasse sich aus der Anzahl Arbeitern, welche auf die Baustelle hätten transportiert werden müssen, und der Kapazität des Mannschaftstransporters von acht Personen ableiten. Die Anzahl der an den einzelnen Tagen jeweils eingesetzten Arbeiter ergebe sich wiederum aus den Arbeitsrapporten (act. 1 Rz. 168).

Die Beklagte bestreitet den Mehraufwand für Personaltransporte. Es sei davon auszugehen, dass mindestens der weit überwiegende Teil der Arbeitskräfte der Klägerin bei den Arbeiten auf der benachbarten Baustelle hätte eingesetzt werden können, was bei der Berechnung nicht berücksichtigt werde (act. 8 Rz. 134). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten).

Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu substantiieren bzw. beziffern. Spätestens nach der beklagischen Bestreitung des Mehraufwands wäre die Klägerin gehalten gewesen, konkret darzu-

legen, an welchen Tagen wie viele Personaltransporte stattgefunden haben. Der pauschale Verweis auf die eingereichten Arbeitsrapporte genügt hierfür nicht. Der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Entstehung des Mehraufwands bereits wusste, dass sie Mehrkosten geltend machen würde und diese auch schon angekündigt hatte, wäre zuzumuten gewesen, die Anzahl Fahrten einzeln bzw. tageweise zu erfassen und auszuweisen. Nur dies hätte der Beklagten eine substantiierte Be-
streitung ermöglicht.

Einer Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Bau-Soll und dem Ansatz pro Fahrt von CHF 132.– bedarf es nicht (act. 1 Rz. 169), nachdem die Mehrvergütung betreffend den Mehraufwand für Personaltransporte aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 bereits mangels genügender Substantiierung der Anzahl Fahrten abzuweisen ist.

3.5.3.1.7. Fazit zu den zeitabhängigen Personalmehrkosten ab Mai 2011

Die der Klägerin zu ersetzenden zeitabhängigen Mehrkosten aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 betragen für zusätzlich eingesetzte Poliere CHF 106'672.50 und für zusätzlich eingesetzte Kranführer CHF 61'812.40, mithin insgesamt CHF 168'484.90. Betreffend die weiteren geltend gemachten Personalmehrkosten dieser und weiterer Kategorien (Projektleiter, Bauführer, Bauplatzdienst, Personaltransporte) sind die klägerischen Forderungen abzuweisen.

3.5.3.2. Zeitabhängige Inventarmehrkosten ab Mai 2011

3.5.3.2.1. Im Allgemeinen

Unbestrittenermassen gehören zu den zeitabhängigen Kosten auch die Vorhaltekosten für das Inventar (act. 1 Rz. 157; act. 8 Rz. 127).

3.5.3.2.2. Mehrkosten für den Einsatz des Baukrans 2

Die Klägerin führt aus, entsprechend dem für die Baustelle vorgesehenen Kran-Perimeter sei für die Baufelder 3 und 4 der Baukran 2 eingesetzt worden. Aufgrund der Bauablaufstörung betreffend die Häuser 3 und 4 habe der Kran 2 an-

statt wie vorgesehen bis zum 18. Mai 2011 schliesslich bis zum 14. Dezember 2011 und somit fast 7 Monate länger als geplant auf der Baustelle des Überbauprojekts belassen werden müssen. Die restlichen Kräne hätten planmässig abgebaut werden können. Für die beiden Einfamilienhäuser 10 und 11, welche die Klägerin für eine andere Auftraggeberin auf der angrenzenden Baustelle erstellt habe, sei der Kran 4 eingesetzt worden (act. 1 Rz. 171).

Die Beklagte erklärt, es werde bestritten, der Kran 2 habe wegen einer Bauablaufstörung betreffend die Häuser 3 und 4 länger auf der Baustelle belassen werden müssen. Vielmehr habe die Klägerin mit ihrer Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 gemäss act. 10/2 auch die entsprechend längeren Einsatzzeiten für das Inventar akzeptiert, ohne daraus eine Mehrkostenforderung ableiten zu können. Die entstehenden Kosten seien in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen (act. 8 Rz. 137).

Damit anerkennt die Beklagte das Entstehen von Mehrkosten. Ihre Auffassung, wonach diese in der Pauschalzahlung inbegriffen seien, erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend, weil der Klägerin im Falle einer einseitigen Bestelländerung bzw. eines Annahmeverzugs bei entsprechendem Mehraufwand eine Mehrvergütung zusteht (vgl. dazu weiter oben).

Die Klägerin macht geltend, die eingesetzten Baukräne würden in ihrem Eigentum stehen. Das bedeute, dass sich die tatsächlichen Kosten für den verlängerten Einsatz nicht mit Drittrechnungen belegen lassen würden. Für die Berechnung der jeweiligen monatlichen Vorhaltekosten sei deshalb auf den betriebsinternen Verrechnungsansatz für Maschinen und Geräte des Schweizerischen Baumeisterverbandes 2009 abgestellt worden. Demnach betrage der Verrechnungsansatz pro Monat für den Kran 2 CHF 8'458.– (act. 1 Rz. 173). Hierzu entgegnet die Beklagte, die klägerische Forderung für zeitabhängige Inventarmehrkosten entbehre jeglicher Grundlage (act. 8 Rz. 139). Sie unterlässt es indessen, diese pauschale Behauptung zu substantiieren. Mangels schlüssiger Bestreitung kann somit auf den klägerischen Monatsansatz von CHF 8'458.–, welcher in Bezug auf die Höhe vernünftig erscheint, abgestellt werden. Die Klägerin geht für den Baukran 2 von 6.9 Monaten verlängerter Einsatzzeit aus und beziffert ihre entsprechende Mehr-

forderung unter Verwendung des erwähnten Monatsansatzes von CHF 8'458.– auf CHF 58'360.20 (act. 1 S. 59 und Rz. 174).

Die Beklagte bestreitet die klägerische Forderung zwar und erklärt, zumindest sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 140). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Nachdem die Beklagte indessen weder die verlängerte Einsatzzeit noch den geltend gemachten Monatsansatz für den Kran 2 schlüssig bestreitet, sind der Klägerin die verlangten CHF 58'360.20 als zeitabhängige Mehrkosten für den verlängerten Einsatz des Baukrans 2 aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zuzusprechen.

3.5.3.2.3. Mehrkosten für den Einsatz von weiterem Inventar

Die Klägerin macht geltend, sie habe neben dem Kran 2 diverses weiteres Inventar für den Bau der Häuser 3 und 4 über die geplante Vorhaltezeit hinaus bis zum effektiven Ende der Bauarbeiten für die Häuser 3 und 4 vorhalten müssen. Wie aus dem Vergleich des Bau-Soll mit dem Bau-Ist ersichtlich sei, habe sich dadurch die Vorhaltezeit schliesslich um 142 Arbeitstage verlängert. Die einzelnen für den Roh- und für den Ausbau benötigten Inventarteile würden in einer separaten Aufstellung "*Tabelle Inventarpositionen und Inventarkosten*" aufgelistet, welche ins Recht gereicht werde und integrierenden Bestandteil des klägerischen Sachvortrags bilde (act. 3/63). Diese Aufstellung stütze sich auf die Inventarliste, welche vom klägerischen Bauführer noch während der Bauzeit der Häuser 3 und 4 im Juni 2011 anhand der sich effektiv auf der Baustelle befindlichen Ausstattung erstellt worden sei. Bei den aufgelisteten Geräten und Maschinen handle es sich ausschliesslich um solche, welche in den angegebenen Mengen für entsprechende Baumeisterarbeiten standardmässig eingeplant bzw. eingesetzt würden. Bereits der Umstand, dass die Häuser 3 und 4 von der Klägerin ja unstrittig erstellt worden seien, würden somit belegen, dass die aufgelisteten Inventarteile auf der Baustelle vorhanden gewesen seien (act. 1 Rz. 172).

Die Beklagte entgegnet dazu, es werde bestritten, dass die Klägerin diverses weiteres Inventar gemäss act. 3/63 um 142 Arbeitstage länger habe vorhalten müssen als geplant. Auch diesbezüglich gelte, dass die Klägerin mit ihrer Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 gemäss act. 10/2 auch die entsprechend längeren Einsatzzeiten für das Inventar akzeptiert habe, ohne daraus eine Mehrkostenforderung ableiten zu können. Die entstehenden Kosten seien in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen. Davon abgesehen habe das in act. 3/63 aufgelistete Inventar wie Kübel, Leitern, Sägen, Hammer, Industriesauger, Funkgerät etc. in der Zeit von März bis Juni 2011 ohne namhafte De- und Remobilisationskosten auf der Nachbarbaustelle verwendet werden können (act. 8 Rz. 138). Auf letzteres ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Die Beklagte anerkennt somit das Entstehen von Mehrkosten. Ihre Auffassung, wonach diese in der Pauschalzahlung inbegriffen seien, erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend, weil der Klägerin im Falle einer einseitigen Bestelländerung bzw. eines Annahmeverzugs bei entsprechendem Mehraufwand eine Mehrvergütung zusteht (vgl. dazu weiter oben).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, das Inventar stehe in ihrem Eigentum. Das bedeute, dass sich die tatsächlichen Kosten für den verlängerten Einsatz nicht mit Drittrechnungen belegen lassen würden. Für die Berechnung der jeweiligen monatlichen Vorhaltekosten sei deshalb auf den betriebsinternen Verrechnungsansatz für Maschinen und Geräte des Schweizerischen Baumeisterverbandes 2009 abgestellt worden. Betreffend die Baustelleneinrichtung finde sich in der ersten Spalte der Inventarkostentabelle gemäss act. 3/63 jeweils die relevante BIV-Position bzw. BIV-Nr. und in der dritten Spalte werde der entsprechende Verrechnungsansatz angegeben. Entsprechend seien die gesamthaften Vorhaltekosten für das Rohbau- und das Ausbauinventar berechnet worden, welche bei CHF 12'525.- bzw. CHF 3'241.10 pro Monat liegen würden (act. 1 Rz. 173).

Die Beklagte entgegnet dazu, die klägerische Forderung für zeitabhängige Inventarmehrkosten entbehre jeglicher Grundlage. Entsprechend werde bestritten, die

Beklagte habe der Klägerin Vorhaltekosten für das Rohbauinventar von CHF 12'525.– pro Monat und für das Ausbauinventar von CHF 3'241.10 pro Monat zu erstatten. Jedenfalls sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden, erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 139). Auf letzteres ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Wiederum ist festzuhalten, dass es die Beklagte unterlässt, ihre pauschalen Bestreitungen zu substantiieren. Die Beklagte erwähnt die klägerische Tabelle gemäss act. 3/63 mit dem Inventar auf der Baustelle und den dafür veranschlagten Monatskosten mit keinem Wort, weshalb auf die entsprechenden – plausibel bzw. angemessen erscheinenden – Angaben und Ansätze abzustellen ist.

Die Klägerin geht für das Rohbauinventar von 6.45 bzw. für das Ausbauinventar von 0.1 Monate verlängerter Einsatzzeit aus und beziffert ihre entsprechende Mehrforderung unter Verwendung des erwähnten Monatsansatzes von CHF 12'525.– auf CHF 80'786.25 bzw. CHF 3'241.10 auf CHF 324.10 (act. 1 S. 59 und Rz. 174). Der Beklagte bestreitet die klägerische Forderung zwar und erklärt, zumindest sei die Forderung zufolge der Möglichkeit, das Material auf einer anderen Baustelle zu verwenden erheblich zu reduzieren (act. 8 Rz. 140). Darauf ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin" einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Nachdem die Beklagte indessen weder die verlängerte Einsatzzeit noch den geltend gemachten Monatsansatz für das Inventar schlüssig bestreitet, sind der Klägerin die insgesamt verlangten CHF 81'110.35 als zeitabhängige Mehrkosten für den verlängerten Einsatz von Inventar aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zuzusprechen.

3.5.3.2.4. Mehrkosten für den Einsatz von Wand- und Deckenschalungen

Betreffend die Anzahl Quadratmeter Wandschalungen macht die Klägerin für die Monate Juni bis August 2010 ein Bau-Ist von insgesamt 1'500 Quadratmeter bei einem Bau-Soll von 0 geltend. Für die Monate September 2010 bis März 2011 geht die Klägerin von einem Bau-Ist von monatlich 500 bei einem Bau-Soll von 600, im April 2011 von einem Bau-Ist von 500 bei einem Bau-Soll von 350, von

Mai bis Oktober 2011 von einem Bau-Ist von monatlich 500 bei einem Bau-Soll von 0 und schliesslich im November 2011 von einem Bau-Ist von 250 bei einem Bau-Soll von ebenfalls 0 aus. Betreffend die Anzahl Quadratmeter Deckenschalungen geht die Klägerin für die Monate September 2010 bis März 2011 von einem Bau-Ist von monatlich 2'000 bei einem Bau-Soll von 2'500, für den April 2011 von einem Bau-Ist von 2000 bei einem Bau-Soll von 800, für die Monate Mai bis Oktober 2011 von einem Bau-Ist von 2'000 bei einem Bau-Soll von 0 sowie für den November 2011 von einem Bau-Ist von 500 bei einem Bau-Soll von ebenfalls 0 aus (act. 1 S. 59). Dazu führt die Klägerin aus, von Mai 2011 bis November 2011 habe sie Schalungselemente vorhalten müssen. Hätte sie die Rohbauarbeiten gemäss Terminprogramm ausführen können, hätte sie ab Mitte April 2011 keine Schalungselemente mehr benötigt. Folglich habe die Klägerin das Schalungsinventar insgesamt sieben Monate über die geplante Baudauer hinaus zur Verfügung stellen müssen (act. 1 Rz. 176).

Richtigerweise berücksichtigt die Klägerin, dass sie während der Monate September 2010 bis März 2011 weniger Schalungselemente verwenden musste, was zu einem jeweils tieferen Bau-Ist im Vergleich zum Bau-Soll während dieser Zeit führt. Indessen dürfte es sich um ein Versehen handeln bzw. kann mit dem geltend gemachten Aufwandposten der zeitabhängigen Inventarmehrkosten ab April 2011 nicht vereinbart werden, dass betreffend die Wandschalungen für die Monate Juni bis August 2010 von einem Bau-Ist von jeweils 500 bei einem Bau-Soll von 0 Quadratmetern ausgegangen wird.

Die Beklagte bestreitet zwar, dass die Klägerin die Wand- und Deckenschalungselemente auf der Baustelle länger als geplant habe vorhalten müssen. Sie begründet ihre Bestreitung indessen wiederum primär mit der behaupteten klägerischen Zustimmung zur Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 und stellt sich auf den Standpunkt, die entsprechenden Kosten seien in den Pauschalkosten inbegriffen. Davon abgesehen hätten die Wand- und Deckenschalungselemente in der Zeit von März bis Juni 2011 ohne namhafte De- und Remobilisationskosten auf der Nachbarbaustelle verwendet werden können (act. 8 Rz. 141). Zu letzterem Einwand ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit der

Klägerin" näher einzugehen (vgl. dazu weiter unten). Festzuhalten ist indessen, dass die Beklagte das Entstehen von Mehrkosten durch die längere Vorhaltezeit nicht per se und im Einzelnen bestreitet, sondern – wie erwähnt – davon ausgeht, diese seien mit dem Pauschalpreis abgegolten, was jedoch nach dem Gesagten nicht der Fall ist. Der aufgrund der Verschiebung geltend gemacht Mehreinsatz von Wand- und Deckenschalungen ist deshalb unbestritten geblieben, weshalb – soweit die Klägerin nicht widersprüchliche Aussagen macht (betreffend die Monate Juni bis August 2010) – darauf abzustellen ist. Demnach wurden wegen der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zwischen April und November 2011 3'400 zusätzliche Quadratmeter Wandschalungen verwendet, während dank derselben Verschiebung während der Monate September 2010 bis März 2011 insgesamt 1'000 Quadratmeter Wandschalungen eingespart werden konnten, was ein Total von 2'400 zusätzlichen Wandschalungen ergibt. Analog wurden wegen der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 zwischen April und November 2011 13'700 zusätzliche Quadratmeter Deckenschalungen verwendet, während dank derselben Verschiebung während der Monate September 2010 bis März 2011 insgesamt 3'500 Quadratmeter Deckenschalungen eingespart werden konnten, was – auch gemäss der klägerischen Berechnung – ein Total von 10'200 zusätzlichen Deckenschalungen ergibt (vgl. act 1 S. 59 und Rz. 178).

Die Klägerin geht von einem Ansatz von CHF 18.90 pro Quadratmeter Wandschalungen und von einem Ansatz von CHF 2.20 pro Quadratmeter Deckenschalungen aus (act. 1 Rz. 179). Sie führt aus, da sie ihre eigenen Schalungselemente gebraucht habe, gebe es auch diesbezüglich keine Lieferscheine oder Drittrechnungen (act. 1 Rz. 177). Wiederum stützt sich die Klägerin bei der Wahl des Ansatzes auf die betriebsinternen Verrechnungsansätze des Schweizerischen Bau- und Holzmeisterverbandes 2009 (act. 1 Rz. 178), was vernünftig erscheint. Die Beklagte opponiert denn auch nicht gegen die Höhe dieser Ansätze (act. 8 Rz. 141 f.), weshalb darauf abzustellen ist. Die Multiplikation der Anzahl zusätzlich verwendeter Quadratmeter mit diesen Ansätzen ergibt für Wandschalungen einen Betrag von CHF 45'360.– ($2'400 \cdot 18.9$) sowie für Deckenschalungen einen Betrag von CHF 22'400.– ($10'200 \cdot 2.2$). Unbestrittenermassen ist der Betrag von

CHF 6'000.– für entfallende Transportkosten während der Monate September 2010 bis März 2011 in Abzug zu bringen (act. 1 Rz. 180; act. 8 Rz. 143), wodurch für zeitabhängige Mehrkosten betreffend den Einsatz von Wand- und Deckenschalungen aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 ein Gesamtbetrag von CHF 61'760.– resultiert, welcher der Klägerin zuzusprechen ist.

3.5.3.2.5. Fazit zu den zeitabhängigen Inventarmehrkosten

Die der Klägerin zu ersetzenden zeitabhängigen Mehrkosten aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 betragen für den verlängerten Einsatz des Baukrans 2 CHF 58'360.20, für den verlängerten Einsatz von weiterem Inventar CHF 81'110.35 sowie für den zusätzlichen Einsatz von Wand- und Deckenschalungen CHF 61'760.–, mithin insgesamt CHF 201'230.55.

3.5.3.3. Produktivitätsverluste

3.5.3.3.1. Umdisponierungen

3.5.3.3.1.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin erklärt, Ausgangsgrösse für die Mehrkostenberechnung (aufgrund kurzfristiger Umdisponierungen) sei die Ist-Stundenanzahl des Baustellenpersonals der Klägerin. Dabei stellt sie sich auf den Standpunkt, während insgesamt 65'531 Stunden eigenes Personal und externe Subunternehmer eingesetzt zu haben. Hierzu addiert sie 3'879 Stunden für den Eisenleger und 1'044 Stunden für den Abdichtungsfachmann. Sodann berücksichtigt die Klägerin 15'850 Stunden für zeitabhängiges Personal (5'370 Stunden für Poliere; 9'808 Stunden für Kranführer; 672 Stunden für Magaziner), welche sie ebenso in Abzug bringt wie 1'852.8 Stunden für Arbeiten auf der angrenzenden Baustelle der Häuser 10 und 11 während der Monate März bis Juni 2011. Dies führt zu einem bereinigten Total von 52'751 Stunden (act. 1 S. 59 und Rz. 183). Für den Monat September 2010 macht die Klägerin ein bereinigtes Total von 5'945 geleisteter Stunden geltend (6'501.5 durch klägerisches Personal und Subunternehmer geleistete Stunden zuzüglich 730 Stunden für den Eisenleger und den Abdichtungsfachmann abzüglich 1'286 Stunden für zeitabhängiges Personal; act. 1 S. 59).

Betreffend das Bau-Soll führt die Klägerin aus, die effektiv über die verlängerte Baudauer eingesetzten Arbeitskräfte (Ist-Zahlen) seien auf die geplante Bauzeit nach Massgabe der im Terminprogramm vorgesehenen Arbeitsschritte umgelegt worden (act. 1 Rz. 184). Für den Monat September 2010 geht sie in diesem Zusammenhang von einem (nach dem ursprünglich Bauprogramm) geplanten Einsatz von durchschnittlich 33 Arbeitern aus und multipliziert diese Zahl mit der Arbeitszeit pro Arbeiter für diesen Monat von 192 Stunden. Dies ergibt ein Bau-Soll für den Monat September 2010 von 6'336 Stunden. Die Differenz zwischen behauptetem Bau-Ist und Bau-Soll beträgt somit 391 Stunden (act. 1 S. 59). Im Umfang dieser 391 Stunden mussten demnach nach dem Verständnis der Klägerin kurzfristige Umdisponierungen auf Drittbaustellen vorgenommen werden, wobei

die Klägerin von einem dadurch entstehenden Produktionsverlustfaktor von 30 % – da es der erste Monat des Ausbleibens der Baugruben gewesen sei; für die nachfolgenden Wintermonate ab November 2010 macht die Klägerin einen Abzug von 15 % geltend – ausgeht (act. 1 Rz. 186). Den so ermittelten Produktionsverlust in Stunden multipliziert sie mit einem Werklohnansatz zuzüglich Endzuschlag von CHF 75.17, was zu einem Mehraufwand aufgrund von Personalumdisponierungen im September 2010 in der Höhe von CHF 8'794.89 führt (act. 1 Rz. 187 f.).

Die analogen Rechnungen (wie gesagt mit einem Abzug von 15 %), gestützt auf dieselben Überlegungen, führt die Klägerin für die Zeit von November 2010 bis März 2011 durch. Zugunsten der Beklagten wird sodann das Personal der Klägerin, das während der Monate November 2011 bis März 2012 auf der Baustelle des Überbauungsprojektes gearbeitet hat, mit einem Produktivitätsgewinnfaktor von 15 % berücksichtigt. Das Total des diesbezüglichen Mehrvergütungsanspruchs beziffert die Klägerin schliesslich auf CHF 76'000.– (act. 1 Rz. 186 und 188).

Die Beklagte weist auf die Beweispflicht der Klägerin hin (act. 8 Rz. 145). Die unübersichtliche Zusammenfassung gemäss act. 5/89 (recte: 3/89) sei nicht geeignet, die von der Klägerin geleisteten Arbeitsstunden nachzuweisen (Art. 177 ZPO). Insbesondere gehe daraus nicht hervor, welcher Arbeiter während wie vieler Stunden was geleistet habe. Zudem seien in act. 5/89 (recte: 3/89) Stunden ab April 2010 erfasst. Der Produktivitätsverlust werde jedoch erst von November 2010 bis März 2011 geltend gemacht. Es werde bestritten, die Klägerin habe für das Überbauungsprojekt während insgesamt "rund" 65'531 Stunden, bereinigt total 52'751 Stunden eigenes Personal und externe Subunternehmer eingesetzt (act. 8 Rz. 146). Es werde bestritten, die Klägerin habe die für den Bau der Häuser 3 und 4 vorgesehenen Personalkapazitäten zeitlich nicht wie geplant einsetzen können und da in der gleichen Periode lediglich zehn anstatt zwölf Häuser zu erstellen gewesen seien, habe weniger Personal als geplant produktiv auf der Baustelle des Überbauungsprojekts eingesetzt werden können, womit die Klägerin zu kurzfristigen Umdisponierungen gezwungen gewesen sei (act. 8 Rz. 147). Die Klägerin habe spätestens seit Anfang September 2010 von den konkreten

Terminverschiebungsdaten für die Häuser 3 und 4 gewusst und habe ihre Ressourcenplanung frühzeitig darauf ausrichten können. Es könne also keine Rede davon sein, die Klägerin habe ihr Personal kurzfristig umdisponieren müssen. Vielmehr hätte sie allfällige – bestrittene – Personalüberkapazität vorausschauend auf die von ihr parallel zum Überbauungsprojekt bearbeiteten Baustellen in ..., ... oder ... [Ortschaften] sowie auf die Nachbarbaustelle in F._____ verteilen können. Ein Produktivitätsverlust wäre somit einzig und allein auf eine Fehlplanung der Klägerin zurückzuführen und könne jedenfalls nicht der Beklagten angelastet werden (act. 8 Rz. 148). Der Stundenansatz von CHF 75.17 wird von der Beklagten ebenfalls bestritten (act. 8 Rz. 149).

3.5.3.3.1.2. Subsumtion

Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu beziffern sowie im Falle einer Bestreitung zu beweisen. Nach der entsprechenden beklagtischen Bestreitung trifft die Klägerin somit die Beweislast für ihre Behauptung, wonach die Ist-Stundenanzahl des Baustellenpersonals bereinigt 52'751 Stunden bzw. (beispielsweise) für den Monat September 2010 bereinigt 5'945 Stunden beträgt. Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass der Klägerin dieser Beweis mit der Urkunde gemäss act. 89 ("*Zusammenfassung Personal Baustelle E._____*") nicht gelingt. Die Klägerin beruft sich indessen auch auf die Monatsarbeitsrapporte und Stundenkarten gemäss der act. 79-82 (act. 1 Rz. 185). Durch den Monatsrapport für den Monat September 2010 sind 4'154.5 Stunden für Personal der Klägerin (inkl. Poliere und Kranführer) dokumentiert (act. 3/80 S. 8). Sodann sind 2'377 Stunden für Subunternehmer ausgewiesen (act. 3/80 S. 7). Die Addition dieser beiden Zahlen ergibt 6'531.5 und weicht somit von der klägerischen Behauptung ab (6'501.5; act. 1 S. 59). Die dokumentierten zeitabhängigen Kosten für Kranführer und Poliere belaufen sich auf 1'465 (act. 3/80 S. 8) anstatt der behaupteten 1'286 (act. 1 S. 59) Stunden. In dieser Hinsicht besteht somit eine grössere Abweichung. Bereits diese Ungenauigkeiten,

welche auch bei den Berechnungen der weiteren Monate auftreten (z.B. werden im März 2011 insgesamt 3'077.75 anstatt der behaupteten 3'036.3 Stunden und für zeitabhängige Kosten für Kranführer und Poliere 887.25 anstatt der behaupteten 1'061 Stunden dokumentiert; act. 1 S. 59; act. 3/80 S. 19 f.), lassen Zweifel an den klägerischen Angaben aufkommen. Hinzu kommt, dass sich die verwendeten Zahlen betreffend den Eisenleger (672 Stunden im September 2010) und den Abdichtungsfachmann (58 Stunden im September 2010) überhaupt nicht nachvollziehen bzw. erst recht nicht belegen lassen. Die hierzu eingereichten Urkunden gemäss act. 90-93 weisen keine geleisteten Stunden aus. Weitergehende Ausführungen macht die Klägerin nicht.

In der Replik nennt die Klägerin zusätzlich AH._____ als sachkundigen Zeugen sowie ein gerichtliches Gutachten als Beweismittel für die effektiv geleisteten Arbeitsstunden (act. 18 S. 72 und 74). Ein Gutachten ist ein Bericht einer auf einem bestimmten Gebiet sachkundigen Person zu bestimmten Aspekten des zu beurteilenden Sachverhalts, zu deren Feststellung und/oder Würdigung das Gericht mangels Fachwissens selber nicht in der Lage wäre (WEIBEL, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 183 N. 11). Für die Ermittlung effektiv geleisteter Arbeitsstunden stellt es somit kein taugliches Beweismittel dar. Auch die Einvernahme von AH._____ als (sachverständiger) Zeuge macht in diesem Zusammenhang keinen Sinn, weil er nicht aus unmittelbarer Wahrnehmung zu den geleisteten Stunden aussagen könnte (vgl. Art. 169 ZPO). Andere Beweismittel hat die Klägerin nicht genannt. Eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR kommt nicht in Betracht – die Klägerin macht eine solche in diesem Zusammenhang auch nicht geltend, sondern operiert mit (scheinbar) genauen Zahlen –, weil eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung der Klägerin sowohl möglich als auch zumutbar gewesen wäre. Auf ihre Berechnungsweise ist deshalb – auch in Bezug auf die übrigen Monate – bereits mangels Nennung tauglicher Beweise für die effektiv geleisteten Stunden nicht abzustellen.

Weiter erscheint fraglich, inwiefern die Klägerin überhaupt berechtigt gewesen wäre, geleistete Stunden von externen Subunternehmern bzw. deren (allfällige) Produktivitätsverluste ebenfalls geltend zu machen. Im Allgemeinen ist davon

auszugehen, dass der Zuzug von Subunternehmern gerade (auch) der Vermeidung von Produktivitätsverlusten bzw. Umdisponierungen dient, weil er kurzfristig erfolgen kann. Entsprechende Behauptungen der Klägerin fehlen jedenfalls. In Bezug auf das geltend gemachte Bau-Soll ist ferner festzuhalten, dass das diesbezügliche klägerische Vorbringen, wonach die effektiv über die verlängerte Bau-dauer eingesetzten Arbeitskräfte (Ist-Zahlen) auf die geplante Bauzeit nach Massgabe der im Terminprogramm vorgesehenen Arbeitsschritte umgelegt und so das geplante Personal (Soll-Zahlen) bestimmt worden sei (act. 1 Rz. 184), unbestimmt und damit unsubstantiiert ist. Unklar ist in diesem Zusammenhang u.a., weshalb nach klägerischer Darstellung im Monat Oktober 2010 (paradoxerweise) aufgrund des Zurückstellens der Häuser 3 und 4 angeblich mehr Stunden als geplant geleistet worden sein sollen. Das Bau-Ist liegt sodann auch zwischen Juni 2011 bis April 2012 über dem Bau-Soll (act. 1 S. 59), wobei die Klägerin lediglich für die Wintermonate November 2011 bis März 2012 einen Produktivitätsgewinnfaktor von 15 % zugunsten der Beklagten berücksichtigt.

Zudem kann beispielsweise bei Änderungen, die den Monat März 2011 betreffen – für diesen Monat macht die Klägerin die grössten Produktivitätsverluste geltend –, ohnehin nicht mehr von kurzfristigen Umdisponierungen gesprochen werden. Denn der Klägerin war unabhängig von der Antwort auf die Frage, ob die Verschiebung der Bauarbeiten am 8. September 2010 offiziell festgesetzt wurde, ab Anfang August 2010 bekannt, dass die Baugruben der Baukörper 3 und 4 nicht termingerecht bereit sein würden (act. 1 Rz. 31 ff.; act. 8 Rz. 22; act. 18 Rz. 186 ff.). Davon wird auch im durch die Klägerin eingereichten Gutachten ausgegangen. Darin wird eine Literaturstelle zitiert, wonach kurzfristige Leistungsminderungen in der Regel zwar nicht ohne Auflaufen von Mehrkosten durch den Auftragnehmer kompensiert werden könnten, da eine kurzfristige Personaldisposition zumeist nur unter Berücksichtigung eines Produktivitätsverlustes möglich sei. Erfolge gegenüber dem Arbeitnehmer hingegen eine zeitgerechte Mitteilung, dass es zu einer geringen Beschäftigung kommen werde, so müsse es diesem gelingen, sein Personal anderweitig einzusetzen, ohne dass daraus Mehrkosten resultierten, wobei als Zeitspanne für eine solche, keine Mehrkosten verursachende

Personaldisposition eine Frist von ca. sechs bis zwölf Kalenderwochen angesetzt werden könne (act. 3/5 S. 24).

Die klägerischen Gutachter führen, auf den konkreten Fall bezogen, aus, Ersatzaufträge über die Wintermonate seien, selbst bei einer "Vorwarnzeit" von vier Monaten, nur sehr schwer zu akquirieren, weshalb der Produktivitätsverlust während der Monate November 2010 bis März 2011 mit 15 % auf das geplante, aber nicht benötigte Personal beurteilt werde (act. 3/5 S. 25). Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, auch wenn sich die Akquisition von Aufträgen im Winter tatsächlich schwieriger gestaltet. Es ist jedoch mit der erstgenannten Auffassung davon auszugehen, dass ein Unternehmer nach einer gewissen Übergangszeit ab Kenntnis der Notwendigkeit von Umdisponierungen in der Lage sein muss, solche ohne Produktivitätsverluste vorzunehmen. Dies muss auch für die Klägerin gelten, die zu einem beträchtlichen Teil und auch während der besagten Wintermonate Subunternehmer einsetzte – ein Indiz, dass sie selber ausgelastet war, was gegen die Notwendigkeit von Umdisponierungen überhaupt spricht – und somit in Bezug auf Umdisponierungen flexibel sein sollte, was sie im Übrigen andernorts auch für sich in Anspruch nimmt (act. 18 Rz. 195). Somit können dennoch anfallende Produktivitätsverluste nicht beliebig lange zulasten der Beklagten gehen, sondern höchstens für eine paar Wochen oder Monate.

Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die klägerische Behauptung zutreffen sollte, wonach die Beklagte die Arbeiten an den Häusern 3 und 4 sukzessive verschoben bzw. zwischenzeitlich für deren Beginn gar kein Datum mehr genannt habe (act. 1 Rz. 35, act. 18 Rz. 56). In diesem Fall wäre nämlich auch die Klägerin nicht mehr an die vereinbarten Fristen gebunden gewesen (vgl. Art. 90, 94 Abs. 2 sowie Art. 96 Abs. 1 SIA-Norm 118), und es hätte kein Grund bestanden, nicht frühzeitig – ab August 2010 – mit Umdisponierungen zu beginnen. Im Gegensatz zu den bauzeitabhängigen Kosten realisierten sich diese Kosten entgegen den klägerischen Ausführungen, welche diesbezüglich nicht differenziert (act. 18 Rz. 76), auch nicht erst mit der Bauzeitverlängerung. Umso mehr hätte sich eine frühzeitige Auseinandersetzung mit dieser Problematik aufgedrängt und wären entsprechende Massnahmen bzw. Umdisponierungen zu treffen gewesen.

Eine Mehrvergütung betreffend den Produktivitätsverlust infolge kurzfristiger Um disponierungen aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist der Klägerin demnach aus den genannten Gründen nicht zuzusprechen.

3.5.3.3.2. Verpuffte Einarbeitungseffekte

Die Klägerin macht geltend, einen weiteren zu vergütenden Mehraufwand würden die von ihr zwecks Werkerstellung deshalb zusätzlich erbrachten Arbeitsstunden bilden, weil sie zufolge der Verschiebung der Bauzeit der Häuser 3 und 4 produktivitätserhöhende Einarbeitungseffekte nicht habe nutzen können. Branchennotorisch und empirisch erwiesen sei, dass sich im Bauwesen bei mehrfacher Wiederholung von gleichgearteten Arbeitsschritten auf einer Baustelle der zeitmässige Arbeitsaufwand bei den Wiederholungen erheblich reduziere. Baubetriebswissenschaftliche Untersuchungen hätten gezeigt, dass dieser Einarbeitungseffekt bei einem Unterbruch des kontinuierlichen Arbeitsablaufs von über einem Monat praktisch vollständig wieder verloren gehe (act.1 Rz. 189). Vorliegend habe die Klägerin mit einem erheblichen Wiederholungseffekt auf der Baustelle des Überbauungsprojekts rechnen können, zumal gemäss Terminplan an 12 Baukörpern kontinuierlich hätte gearbeitet werden können, und die Häuser 3 und 4 in diesem Programm als letzte zu erstellen gewesen seien und zudem in ihrer Auslegung weitestgehend den Häusern 2, 5 und 6 entsprochen hätten. Aufgrund der zeitlichen Verschiebung der Rohbauarbeiten der Baukörper 3 und 4, welche erst Monate nach den entsprechenden Arbeitsschritten der übrigen Häuser erfolgt seien, sei im konkreten Fall aufgrund von empirischen Untersuchungen und Erfahrungssätzen auf einen verlorenen Wiederholungseffekt von 10 % im ersten, 5 % im zweiten und 2 % im dritten Monat der Rohbauarbeiten für die Häuser 3 und 4 abzustellen (act. 1 Rz. 190). Diese Faktoren, angewendet auf die in den Monaten Mai bis Juli 2011 eingesetzten Ist-Stunden, ergebe einen Mehraufwand von 391 Arbeitsstunden aufgrund verlorenen Wiederholungseffekts. Die Stundenzahl sei wiederum mit dem Werklohnansatz (zzgl. Endzuschlag) von CHF 75.15 zu multiplizieren, was einen Mehraufwandvergütungsanspruch von CHF 17'138.76 ergebe (act. 1 Rz. 191).

Die Beklagte entgegnet hierzu, es werde bestritten, die Klägerin habe zufolge Verschiebung der Bauzeit der Häuser 3 und 4 produktivitätserhöhende Einarbeitungseffekte nicht nutzen können, da der Einarbeitungseffekt bei einem Unterbruch des kontinuierlichen Arbeitsablaufes von über einem Monat "praktisch vollständig" wieder verloren gehe. Die Baumeisterarbeiten, welche die Klägerin auf der Baustelle des Überbauungsprojektes auszuführen gehabt habe, seien absolute Routinevorgänge und nicht etwa Spezialausführungen gewesen. Man könne nicht ernsthaft behaupten, ein ordnungsgemäss ausgebildeter Bauarbeiter bedürfe für diese Tätigkeiten einer Einarbeitung oder würde nach einem Monat an Produktivität verlieren bzw. vergessen, wie diese Standardvorgänge auszuführen seien. Schliesslich müsse ein Koch auch nicht im Kochbuch nachschlagen, wie man ein Spiegelei brate, selbst wenn er seit einem Monat keines mehr zubereitet habe (act. 8 Rz. 150). Wie die Klägerin selbst ausführe, habe sie auf der Baustelle des Überbauungsprojekts schon die Rohbauarbeiten für mehrere gleichartige Baukörper ausgeführt und sei somit bestens eingearbeitet gewesen. Die Arbeiten an den Häusern 3 und 4 hätten dann im Mai 2011 begonnen, unmittelbar im Anschluss an diejenigen bei den übrigen Häusern. Es werde bestritten, für die Klägerin habe sich ein verlorener Wiederholungseffekt von 10 % im ersten, 5 % im zweiten und 2 % im dritten Monat der Rohbauarbeiten für die Häuser 3 und 4 ergeben (act. 8 Rz. 151). Entsprechend werde bestritten, der Klägerin sei in den Monaten Mai bis Juli 2011 aufgrund des verlorenen Wiederholungseffektes ein Mehraufwand entstanden (act. 8 Rz. 52).

Die beklagtische Behauptung, wonach es sich bei den klägerischen Baumeisterarbeiten um absolute Routine- bzw. Standardvorgänge handelte, blieb unbestritten (vgl. act. 18 Rz. 229), weshalb darauf abzustellen ist. Zudem fand auch kein Unterbruch des kontinuierlichen Arbeitsablaufs von über einem Monat statt. So führt die Klägerin selbst aus, dass der Rohbau für Haus 9 am 13. April 2011 abgeschlossen worden sei, und ebenfalls nach ihrer eigenen Darstellung wurde mit den klägerischen Arbeiten an den Häusern 3 und 4 am 5. Mai 2011 begonnen (act. 1 Rz. 141).

Eine Mehrvergütung betreffend den Produktivitätsverlust infolge verpuffter Einarbeitungseffekte aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist der Klägerin somit nicht zuzusprechen.

3.5.3.3.3. Verschiebung der Arbeiten in eine andere Jahreszeit

Die Klägerin führt aus, zugunsten der Beklagten sei bei der Ermittlung des Mehrvergütungsbetrags dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich die Rohbauarbeiten für die Häuser 3 und 4 in eine für die geschuldeten Bauarbeiten günstigere Jahreszeit verschoben hätten. Die durch verkürzte Tageszeit und Kälte im Winter anfallenden Produktionseinbussen, welche bei einer Ausführung nach dem Terminplan (auch) für den Bau der Häuser 3 und 4 angefallen wären, seien vermieden worden. Die entsprechenden Produktivitätsgewinne seien vom betrauten Gutachter nach Massgabe empirischer Untersuchungen und Erfahrungssätze sowie der einschlägigen Wetterdaten für F._____ ermittelt und als Minderaufwand auf CHF 58'557.43 beziffert worden (act. 1 Rz. 192). Der Höhe dieses Betrags widersetzt sich die Beklagte nicht (act. 8 Rz. 153), weshalb er von der klägerischen Mehrvergütung in Abzug zu bringen ist.

3.5.3.4. Mehrkosten wegen Erhöhung der Beschaffungskosten

Die Klägerin macht mit Verweis auf das von ihr eingereichte Gutachten geltend, durch die Verschiebung der Bauzeit seien ihr höhere Beschaffungskosten von insgesamt CHF 23'000.– entstanden (act. 1 Rz. 194). Im klägerischen Gutachten wird ausgeführt, ein separates Ermitteln der höheren Beschaffungskosten für jede nach dem Plantermin geleistete Arbeitsstunde und für jede Materiallieferung einzeln sei aufwandmässig unzumutbar, denn der Aufwand würde in keinem vernünftigen Verhältnis zum Ergebnis stehen. Aus diesem Grund seien die Folgen der höheren Beschaffungskosten mithilfe der Indexreihen PKI ermittelt worden. Die Gewichtung der Indizes (113 Baustelleinrichtung 10 %, 237 Kanalisationen 5 %, 214 Fe0 Beton- und Stahlbetonarbeiten ohne Bewehrung 50 % und 314 Mauerwerk 35 %) sei nach Erfahrungswerten erfolgt (act. 3/5 S. 25 f.). Die Umsätze pro Monat seien proportional zu den geleisteten Arbeitsstunden gerechnet (act. 3/5 S. 32).

Die Beklagte erklärt hierzu, es werde bestritten, der Klägerin seien durch die Verschiebung der Bauzeit höhere Beschaffungskosten von rund CHF 23'000.– entstanden. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin seien völlig unsubstantiiert; es würden Angaben darüber fehlen, welche Kosten weshalb und in welchem Umfang angefallen sein sollen. Entsprechend könne die Beklagte zu diesem Punkt auch nicht eingehend Stellung nehmen (act. 8 Rz. 154).

Wie erwähnt sind auch im Rahmen einer analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR sämtliche relevanten Umstände, welche eine Abschätzung der Höhe der Kosten erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar durch die beweisbelastete Klägerin schlüssig zu behaupten. Mit der Beklagten ist festzuhalten, dass die Klägerin – auch unter Berücksichtigung des klägerischen Gutachtens – nur sehr summarische und somit unsubstantiierte Ausführungen macht betreffend ihre Mehrkostenforderung für höhere Beschaffungskosten. Insbesondere fehlen Angaben über die Höhe der bei der Klägerin tatsächlich angefallenen Beschaffungskosten, welche Grundlage für die Berechnung bzw. Schätzung der Teuerung bilden würden. Vielmehr scheint sich die Klägerin fälschlicherweise auf den Bruttoumsatz abzustützen (act. 3/5 S. 32; act. 1 S. 59). Damit entfällt eine Mehrvergütung bereits mangels genügender Substantiierung. Einer Auseinandersetzung mit den jeweils geltend gemachten Prozentsätzen der Erhöhung der Beschaffungskosten bzw. der Wahl und Gewichtung der Indizes bedarf es somit nicht.

Eine Mehrvergütung betreffend die Mehrkosten wegen Erhöhung der Beschaffungskosten aufgrund der Verschiebung des Beginns der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 auf den Mai 2011 ist der Klägerin somit nicht zuzusprechen.

3.5.3.5. Feststellungsmehraufwand

Die Klägerin macht geltend, schliesslich sei auch der Feststellungsmehraufwand geschuldet, welcher ihr zwecks Ermittlung und Nachweis des Mehraufwandes anfalle. Dabei seien sowohl die Kosten externer Spezialisten sowie der interne Aufwand zu berücksichtigen. Die Anwaltskosten würden davon nicht erfasst. Der Feststellungsmehraufwand betrage vorliegend CHF 18'715.– für die Erstellung des baubetrieblichen Gutachtens und CHF 6'480.– für den internen Aufwand (ba-

sierend auf 60 Stunden bei einem gemittelten Stundenansatz von CHF 108.–; act. 1 Rz. 195).

Die Beklagte bestreitet den Feststellungsaufwand. Die Dokumentation für den Mehrvergütungsanspruch wäre vom Bauführer im Rahmen seiner üblichen Arbeitstätigkeit laufend anzufertigen gewesen (Protokolle bzw. Rapporte; Aufbewahrung von Belegen) und sei nicht im Nachhinein bzw. unter zusätzlicher Kostenfolge eigens auszuarbeiten (Ohnehin-Kosten). Die Kosten für das Privatgutachten könnten sodann höchstens, sofern sie notwendig waren – was die Klägerin nicht darlege und was bestritten werde – im Rahmen der Parteientschädigung erstattet werden (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; act. 8 Rz. 109 und 155).

Wie erwähnt ist die Klägerin hinsichtlich des entstandenen Mehraufwandes aufgrund der Beststellungsänderung bzw. des Annahmeverzugs behauptungs- und beweispflichtig, und auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar schlüssig zu behaupten. Der von der Beklagten bestrittene interne Aufwand wird von der Klägerin nicht substantiiert dargelegt. Aus dem klägerischen Gutachten geht hervor, dass es sich bei der Annahme von 60 Stunden um eine Schätzung handelt. Nach dem Gesagten hätte die Klägerin ihren Aufwand konkret erfassen müssen, was ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Kosten für Privatgutachten können als notwendige Auslagen im Rahmen der Parteientschädigung geltend gemacht werden, wenn das Privatgutachten unmittelbar im Zusammenhang mit dem Prozess erstellt wurde und zur gehörigen Substantiierung erforderlich ist. Solches ist aber nur mit Zurückhaltung anzunehmen, und in der Regel sind Auslagen für ein Privatgutachten nicht zu erstatten. Soweit eine Entschädigung im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO nicht möglich ist, können die Kosten für ein Privatgutachten allenfalls als Schaden geltend gemacht werden (SUTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 95 N. 33; URWYLER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N. 30). Die Klägerin legt weder durch ihre Rechtsschriften noch das klägerische Gutachten (act. 3/5 S. 27 f. und 33) konkret dar, weshalb die Einholung des Parteigutachtens vorliegend zur genügenden Substantiierung hätte notwendig sein sollen. Dies ist denn

auch nicht der Fall. In Bezug auf die zeitabhängigen Kosten hätten substantiierte Behauptungen ausgereicht. Soweit Schätzungen vorzunehmen gewesen wären (z.B. im Hinblick auf Produktivitätseinbussen und -gewinne oder Ohnehin-Kosten), hätte bei genügender Darlegung der Entscheidungsgrundlage bzw. Vorliegen der Eckwerte eine Schätzung durch das Fachgericht – allenfalls gestützt auf ein gerichtliches Gutachten – erfolgen können.

Für den behaupteten Feststellungsaufwand steht der Klägerin somit kein Anspruch gegenüber der Beklagten zu.

3.5.3.6. Endzuschlag

Die Klägerin wendet einen Allgemeinkostenzuschlag von 17.6 % an. Dieser Zuschlag entspreche dem vom Schweizerischen Baumeisterverband publizierten Wert und liege in der Grössenordnung der von der Klägerin projektspezifisch angewandten Endzuschläge. Die Klägerin verweist auf Ziff. 4.6 des durch sie eingereichten Gutachtens (act. 1 Rz. 147). Dort wird u.a. ausgeführt, der Wert setze sich zusammen aus einem Verwaltungs- und Geldkostenzuschlag von 12 % auf die Werkkosten plus einem Zuschlag von 5 % auf die Selbstkosten für Risiko und Gewinn (act. 3/5 S. 27).

Die Beklagte entgegnet hierzu, die Anwendbarkeit eines branchenüblichen Allgemeinkostenzuschlages von 17.6 % werde bestritten. Insbesondere sei vorliegend kein Umsatz entfallen, der zu einer Unterdeckung der allgemeinen Geschäftskosten und somit zu einem schlechteren Geschäftsergebnis hätte führen können. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass die Klägerin unbestrit-
tenermassen von März bis Juni 2011 Arbeiten auf dem an die Baustelle des Überbauungsprojektes angrenzenden Baufeld einer anderen Bauherrschaft ausgeführt habe. Es sei davon auszugehen, die Klägerin habe hiermit einen allenfalls fehlenden Deckungsbeitrag für die Allgemeinkosten aus der – bestrittenen – Verzögerung bei den Häusern 3 und 4 wieder hereingewirtschaftet (act. 8 Rz. 119).

Auf den letztgenannten Einwand der Beklagten ist unter dem Punkt "Kostenminderungsobliegenheit" durch die Klägerin einzugehen (vgl. dazu weiter unten). All-

gemeine Geschäftskosten können nicht einzelnen Bauarbeiten zugeordnet werden und werden in der Regel als Erfahrungswerte in Prozenten ausgedrückt. Auch wenn sie nach Betrag und Kausalität nicht im Einzelnen nachweisbar sind, stehen sie im Zusammenhang mit dem verlängerten bzw. vermehrten Einsatz von Produktionsfaktoren und sind daher als Zuschlag zu den übrigen effektiven Selbstkosten zu vergüten (HÜRLIMANN, a.a.O., 836). Der von der Klägerin verwendete Zuschlag für Verwaltungs- und Geldkosten von 12 % erscheint angemessen und ist ihr deshalb zuzusprechen. Wie erwähnt kann die Klägerin neben ihren Selbstkosten auch einen Zuschlag für Risiko und Gewinn geltend machen (vgl. weiter oben). Auch in dieser Hinsicht erscheint der von der Klägerin verwendete Zuschlag von 5 % als angemessen und ist ihr zuzusprechen.

3.5.3.7. Mehrwertsteuer

Die Klägerin verlangt die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 8 % (act. 1 Rz. 197). Nachdem die Beklagte nicht darlegt, weshalb ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer vorliegend entfallen sollte (act. 8 Rz. 156), ist der Klägerin der verlangte Zuschlag auf ihren Leistungen zu gewähren.

3.5.3.8. Kostenminderungsobliegenheit der Klägerin

Nach dem Gesagten ist die Beklagte in Bezug auf eine allfällige Kostenminderungsobliegenheit seitens der Klägerin behauptungs- und beweispflichtig. Nur wenn es der Beklagten somit gelingt, beweismässig zur Überzeugung des Gerichts aufzuzeigen, dass bzw. welche (konkreten) Kostenminderungsmassnahmen seitens der Klägerin angezeigt gewesen wären, wäre die Klägerin ihrerseits gehalten, im Rahmen des Gegenbeweises beim Gericht zumindest Zweifel an der Sachdarstellung der Beklagten zu wecken (vgl. dazu weiter oben).

Die Beklagte weist an diversen Stellen darauf hin, es müsse berücksichtigt werden, dass ein Teil der Arbeitskräfte bzw. des Materials auf der benachbarten Baustelle oder anderen Baustellen hätte eingesetzt werden können (u.a. act. 8 Rz. 134 und 138 ff). Mit der Klägerin (act. 18 Rz. 90) ist festzuhalten, dass diese Ausführungen zu unbestimmt sind. In Bezug auf die zeitabhängigen Kosten ist

zudem nicht ersichtlich, inwiefern Personen und Material, die für den Betrieb der Baustelle gerade erforderlich waren, hätten abgezogen werden können.

Die Klägerin führt weiter aus, sie habe Umdisponierungen ihrer Produktivkräfte nach besten Kräften und Möglichkeiten getätigt, wobei diese kosten- und schadensmindernden Massnahmen auch in der Quantifizierung der klägerischen Forderung ihren Niederschlag finden würden (act. 18 Rz. 91 ff.). Soweit die Beklagte mit der Duplik auf die ihrer Ansicht nicht notwendigen kurzfristigen Umdisponierungen durch die Klägerin Bezug nimmt, ist darauf nicht einzugehen, nachdem dargetan ist, dass der Klägerin diesbezüglich keine Mehrvergütung zusteht.

Im Übrigen macht die Beklagte auch mit der Duplik keine substantiierten Angaben, welche konkreten Massnahmen aus welchem Grund zu welchen Einsparungen geführt hätten und deshalb durch die Klägerin zu treffen gewesen wären (act. 22 Rz. 64 ff.). Die beweisbelastete Beklagte begnügt sich zur Hauptsache mit Andeutungen und der Bestreitung des klägerischen Standpunkts. Lediglich für die Bestreitung der klägerischen Behauptung, wonach die Baumeisterarbeiten an den an die Baustelle des Überbauungsprojekts angrenzenden Häusern volumemässig vergleichsweise bescheiden gewesen seien bzw. für ihr Vorbringen, mindestens der weit überwiegende Teil der klägerischen Arbeitskräfte hätte dort eingesetzt werden können bzw. der klägerische Abzug der "Polierprozente" bei der klägerischen Berechnung der zeitabhängigen Personalkosten sei zu gering, bietet die Beklagte mittels Verweis auf die Klageantwort überhaupt Beweismittel an (act. 22 Rz. 68). In diesem Zusammenhang ist ihr aber zu entgegnen, dass die Klägerin unbestrittenermassen lediglich während der Monate März bis Juni 2011 auf dieser Nachbarbaustelle tätig war. Für die Monate März und April 2011 macht die Klägerin – gerade auch unter Berücksichtigung des Einsatzes auf der Nachbarbaustelle – keine zeitabhängigen Mehrkosten für den Einsatz von Polieren geltend. Für die Monate Mai und Juni 2011 geht die Klägerin sodann vom Einsatz von je einem Polier aus (vgl. Ziff. 3.5.3.1.3. hiavor; act. 1 S. 59). Angesichts des Umstands, dass zu dieser Zeit unbestrittenermassen die Arbeiten an den Häusern 3 und 4 ausgeführt wurden, ist nicht einzusehen, inwiefern sich der Einsatz von noch weniger als einem Polier aufgedrängt hätte.

Die Beklagte hat somit nicht – und erst recht nicht beweismässig – dargetan, dass bzw. welche konkreten Kostenminderungsmassnahmen auf Seiten der Klägerin angezeigt gewesen wären. Nachdem der Klägerin ausschliesslich zeitabhängige Mehrkosten zu vergüten sind, ist nicht ersichtlich, inwiefern die entsprechenden – auf der Baustelle des Überbauungsprojekts während der Ausführung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 gerade erforderlichen – Personen bzw. das Inventar hätten abgezogen und andernorts eingesetzt werden können.

3.6. Fazit

Aufgrund der Änderung des Bauprogramms für die Häuser 3 und 4 steht der Klägerin, die sich mit ihren Arbeiten nicht in Verzug befunden hat, für die entstandenen Mehrkosten eine Mehrvergütung gegenüber der Beklagten zu. Auf diese hat sie nicht verzichtet, und einer Genehmigung der Mehrforderung durch die Beklagte bedurfte es nicht bzw. diese hat, würde man von der Notwendigkeit einer Genehmigung ausgehen, konkludent auf eine Genehmigung verzichtet. Die Höhe der Vergütung setzt sich zusammen aus CHF 168'484.90 für zeitabhängige Personal- (Poliere: CHF 106'672.50; Kranführer: CHF 61'812.40) und CHF 201'230.55 für zeitabhängige Inventarmehrkosten (Kran 2: CHF 58'360.20; weiteres Inventar: CHF 81'110.35; Wand- und Deckenschalungen: CHF 61'760.–) zuzüglich eines Zuschlags von 17.6 % für allgemeine Geschäftskosten, Risiko und Gewinn. Dies ergibt einen Betrag von CHF 434'785.37, von welchem die Produktivitätsgewinne im Umfang CHF 58'557.43 durch die Verschiebung der Arbeiten in eine günstigere Jahreszeit in Abzug zu bringen sind. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer resultiert somit ein Forderungsbetrag von CHF 406'326.17 zugunsten der Klägerin.

4. Anspruch der Klägerin auf Erstattung der höheren Stahlkosten gegen die Beklagte aus Werkvertrag

4.1. Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend den Stahlpreis

4.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die durch die Klägerin zu erbringenden Baumeisterarbeiten umfassten gemäss Leistungsbeschreibung auch Beton- und Betonstahlarbeiten (act. 1 R. 61; act. 8 Rz. 50).

4.1.2. Streitpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Auftragsvergabe bzw. der Werkpreis auf der Basis des Stahlpreises von CHF 600.– pro Tonne erfolgt sei und ein allfälliger Mehrbetrag der späteren effektiven Stahlpreise zulasten der Beklagten gehen bzw. die Klägerin zu einer entsprechenden Erhöhung zuzüglich eines Abrechnungsunkostenzuschlags von 8 % berechtigen würde (vgl. u.a. act. 1 Rz. 66).

Demgegenüber macht die Beklagte geltend, die Parteien hätten vereinbart, die Stahlkosten seien im Pauschalpreis abschliessend inbegriffen, ausser wenn W._____ der Klägerin im Nachgang zum Vergabegespräch mitteilen würde, dass er nicht zu CHF 600.– pro Tonne mit seinem Stahllieferanten hätte abschliessen können (vgl. u.a. act. 8 Rz. 64 ff. u. act. 22 Rz. 88).

Auf die Vorbringen der Parteien im Einzelnen ist im Rahmen der Subsumtion einzugehen, soweit sich dies als erforderlich erweist.

4.1.3. Rechtliches

4.1.3.1. Vertragsauslegung – tatsächlicher und normativer Konsens

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Um darüber

befinden zu können, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen den Parteien zustande gekommen ist, muss demnach zunächst nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen gesucht werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Es obliegt folglich dem Gericht, zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien. Wenn es ihm nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäusserten wirklichen Willen nicht verstanden hat, muss das Gericht eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen geben konnten und mussten (Geltung des Vertrauensprinzips).

Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder (in strittigen Fällen) unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauensprinzip zur Anwendung (BGer. 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1). Hierbei hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben. Für eine Vertrauensauslegung sind Umstände mit zu berücksichtigen, 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 Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände lassen dagegen erkennen, wie der Vertrag seinerzeit tatsächlich gemeint bzw. die Erklärungen tatsächlich verstanden wurden, was für die Ermittlung des natürlichen Konsenses relevant ist.

Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Grundsatz differenziert, wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. Es hat ausgeführt, dass nicht zum Grundsatz erhoben werden könne, andere Auslegungsmethoden seien bei klarem Wortlaut von vornherein auszuschliessen. Vielmehr geht aus Art. 18 Abs. 1 OR hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlautes nicht zwangsläufig massgebend sein

muss und dass die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck oder anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt (Pra 2002 Nr. 22 E. 1.b = BGE 127 III 444 ff.; BGer. 131 III 469 E. 1.1; BGE 4A_105/2011 E. 2.3).

4.1.3.2. Beweislastverteilung

Behaupten die Parteien einen voneinander abweichenden tatsächlichen Konsens, ist zunächst zu prüfen, ob ein normativer Konsens besteht, da die Beweislast für den Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens jene Partei trägt, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N. 42). Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt somit die Klägerin oder die Beklagte die Beweislast für den von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens. Bei Misslingen dieses Beweises bleibt es beim Auslegungsergebnis nach dem Vertrauensprinzip.

4.1.3.3. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben macht normalerweise bei mündlichen Abmachungen Sinn, welche schriftlich bestätigt werden. Grundsätzlich kommt ihnen lediglich deklaratorische Wirkung zu bzw. sie gelten als Indiz für den Abschluss und den Inhalt des bestätigten Vertrags (HUEGENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 229). Ihnen kommt somit die Funktion eines Beweismittels zu, wobei die Bestätigung nicht nur gegenüber dem Absender, sondern auch gegenüber dem Empfänger Beweiskraft hat. Für die Richtigkeit des Bestätigungsschreibens spricht nämlich eine natürliche Vermutung, wenn der Empfänger geschwiegen hat, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, eine behauptete Unrichtigkeit durch Widerspruch zu korrigieren (GAUCH/SCHLUEP et al., OR AT Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1161).

Ausnahmsweise kann dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung zukommen, wenn feststeht, dass das Schreiben die mündlichen Abmachungen modifiziert. Das blosses Schweigen auf ein angebliches Bestätigungsschreiben kann aber nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen rechtsbegründend wirken. Insbesondere darf der Absender nicht von einer Bindung des Empfängers ausgehen, wenn sein Schreiben vom bereits erzielten Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass er nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis rechnen kann (HUEGENIN, Obligationenrecht, a.a.O., N. 230 f.; BGE 114 II 250 E. 2a). Im Normalfall vermag eine unrichtige Bestätigung an der wirklichen Rechtslage somit nichts zu ändern, und einem vom Abgemachten abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben kommt keine konstitutive Wirkung zu, wenn es Ergänzungen oder Abweichungen enthält, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Empfängerinteressen führen (GAUCH/SCHLUEP et al., a.a.O., N. 1162 u. 1169).

4.1.4. Subsumtion

4.1.4.1. Normative Auslegung der Vereinbarung betreffend den Stahlpreis

Aufgrund der erwähnten unterschiedlichen Sachdarstellung in Bezug auf die Abmachung betreffend den Stahlpreis hat nach dem Gesagten eine normative Auslegung des Vertrags zu erfolgen, die es sodann erlaubt, zwischen den Parteien die Beweislast für ihre unterschiedlichen Behauptungen hinsichtlich des tatsächlichen Konsenses zu verteilen.

Im Dokument Vergabegespräch wurde der Bemerkung "*Preise fest bis Bauende*" handschriftlich "*exkl. Stahl*" beigefügt (act. 10/14; act. 18 Rz. 111). Ähnliches geht aus den Unterlagen hervor, die gemäss dem ausführlichen Werkvertrag Grundlage und Vertragsbestandteil des Vertrags zwischen den Parteien bilden (act. 3/2 S. 2). So wird im "*Werkvertrag Nr. ... vom 26.01.2010*" festgehalten: "*Preise fest bis Bauende (Stahlpreis gem. sep. Abmachung)*" (act. 3/12). Weiter enthält die Offerte betreffend Ort betonbau vom 5. Januar 2010 die Bemerkung: "*Stahlpreis P.500ff indexiert Dezember 2009. Abrechnung mit einem Unkostenzuschlag von 8 % gemäss SIA 118. [...]*" (act. 3/11). Im Entwurf des Leistungsbeschriebs wurde

sodann handschriftlich eingefügt, dass die *"Teuerung Stahlprodukte über Index 600.–/to"* nicht in der Pauschale enthalten sein soll (act. 3/50 S. 6; act. 18 Rz. 110). Auch im definitiven Leistungsbeschrieb ist die *"Teuerung Stahlprodukte über Index ca. CHF 600.00 pro Tonne (gem. objektspezifischen Verhandlungen Fa. A. _____ AG) [...]"* nicht in der Pauschale enthalten (act. 3/13 S. 5).

Der Wortlaut dieser Dokumente spricht für den klägerischen Standpunkt, wonach die Teuerung des Stahlpreises über CHF 600.– pro Tonne nicht in der Pauschale enthalten war. E contrario wäre der Klägerin der Anteil der Stahlkosten, welcher darüber liegt, zusätzlich zu vergüten. Auch der verlangte Unkostenzuschlag von 8 % findet seinen Niederschlag in den Vertragsunterlagen (act. 3/11).

Im Hinblick auf die Vertragsumstände ist festzuhalten, dass u.a. unbestrittenermassen die Stahlpreisentwicklung sowie die Regelung des diesbezüglichen Preisrisikos Gegenstand des Vergabegesprächs gebildet haben (act. 18 Rz. 106; act. 22 Rz. 79). Dies wäre wohl kaum der Fall gewesen, wenn die Parteien einvernehmlich davon ausgegangen wären, der Stahlpreis könne bei CHF 600.– pro Tonne fixiert werden, wie dies die Beklagte behauptet (vgl. act. 8 Rz. 53). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Stahlpreis sei im Falle eines Vertragsschlusses – gemeint ist wohl die Unterzeichnung des ausführlichen Werkvertrags, denn ein Vertragsschluss kam bereits mit der Vergabe zustande – nach dem Vergabegespräch im Pauschalpreis inbegriffen (vgl. z.B. act. 8 Rz. 53 oder 64). Mit der Klägerin ist indessen davon auszugehen, dass es bei einer die Stahlkostensteigerung umfassenden Pauschalpreisabrede keinen Sinn ergeben hätte, zusätzlich einen Stahlpreis von CHF 600.– zu vereinbaren bzw. über einen solchen getrennt zu verhandeln (act. 18 Rz. 117). Auch teleologische Überlegungen legen somit das klägerische Verständnis der Vereinbarung über die Stahlkosten nahe. Das "Bestätigungsschreiben" der Beklagten gemäss act. 10/16 erfolgte erst im Juli 2009 und somit fast ein halbes Jahr nach dem Vergabegespräch. Nach dem Gesagten ist es deshalb im Zusammenhang mit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (als nachträgliches Parteiverhalten) nicht relevant, ist indessen im Rahmen des tatsächlichen Konsenses zu berücksichtigen (vgl. dazu weiter unten).

4.1.4.2. Ergebnis der normativen Auslegung der Klausel

Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt demnach, dass die Auftragsvergabe bzw. der Werkpreis auf der Basis des Stahlpreises von CHF 600.– pro Tonne erfolgte und ein allfälliger Mehrbetrag der späteren effektiven Stahlpreise zuzüglich eines Unkostenzuschlags von 8 % zulasten der Beklagten gehen bzw. die Klägerin zu einer entsprechenden Erhöhung der Vergütung berechtigen sollte.

4.1.4.3. Tatsächlicher Konsens

Die Beklagte trägt nach dem Gesagten die Beweislast für ihre vom Auslegungsergebnis gemäss Vertrauensprinzip abweichende Behauptung, dass nach dem Verständnis der Parteien die Stahlkosten im Pauschalpreis abschliessend inbegriffen gewesen sind, ausser wenn W._____ der Klägerin im Nachgang zum Vergabegespräch mitgeteilt hätte, dass er nicht zu einem Stahlpreis von CHF 600.– pro Tonne mit seinem Stahllieferanten hätte abschliessen können. Zum Hauptbeweis der Beklagten zugelassen wurden gemäss Beschluss vom 16. Mai 2014 das Zeugnis von M._____, die Parteibefragungen von T._____ und R._____ von der Beklagten sowie das Einschreiben der Beklagten, Herr T._____, vom 5. Juli 2010 (act. 10/16). Zu den abweichenden Behauptungen der Klägerin wurden unter 6 Gegenbeweissätzen Beweismittel zugelassen. Zunächst wurde zur Behauptung der Klägerin, (a) dass sie im Herbst 2009 die Zusage ihres Stahllieferanten hatte, wonach ihr für die Zeit der ursprünglich vorgesehenen Baudauer die benötigten Stahlmengen aufgrund einer Festpreisvereinbarung geliefert würden, vorausgesetzt, dass von der Klägerin eine entsprechende Bestellung noch vor Ende Dezember 2009 ausgelöst würde, Al._____ als Zeuge zugelassen. Für die Behauptung, (b) dass W._____ R._____ mehrfach mitgeteilt hat, die noch keinen Teuerungsvorbehalt (hinsichtlich der Stahlkosten) aufweisenden Offerten vom 15. September 2009 und 7. Oktober 2009 bzw. die entsprechende klägerische Kalkulation könnten angesichts der Preisschwankungen auf dem Stahlmarkt nur bei einer Vergabe durch die Beklagte zu einem Zeitpunkt vor dem Jahresende 2009 aufrecht erhalten werden, weil sich nach Jahresende kein fester Bezugspreis von CHF 600.– pro Tonne Stahl mehr erzielen lasse, wurden als Beweismittel der Klägerin zugelassen die Parteieinvernahme von W._____ sowie als (Ge-

gegegen-)Beweismittel der Beklagten die Parteieinvernahme von R._____. Weiter wurden zum Gegenbeweis der Klägerin, (c) dass sie der veränderten Preisgrundlage bzw. der Entwicklung auf dem Stahlmarkt dadurch Rechnung getragen hat, dass sie am 5. Januar 2010 die Beton- und Stahlbetonarbeiten neu separat und explizit auf Grundlage einer Teuerungsvereinbarung nach Stahlindex offerierte, als Beweismittel zugelassen die Zeugenaussage von AJ._____, die Offerte Nr. ... der Klägerin vom 5. Januar 2010 sowie die Parteieinvernahme von W._____. Zur Behauptung, (d) dass W._____ am Vergabegespräch wiederholt hat, er könne nicht mehr auf einer Kalkulationsbasis von CHF 600.– pro Tonne Stahl anbieten, da er nun mit dem Stahllieferanten keine Liefervereinbarung zu einem solchen Festpreis mehr abschliessen könne, weil mittlerweile die Stahlpreise erheblich über dem Jahresendniveau liegen würden und die Klägerin nicht gewillt sei, das Preissteigerungsrisiko für den Stahl zu tragen, wurde die Zeugenaussage von AJ._____ und die Parteieinvernahme von W._____ als Beweismittel zugelassen. Zugelassene Beweismittel zur Behauptung, (e) dass nach dem Verständnis der Parteien die Auftragsvergabe schliesslich auf der Basis eines durchschnittlichen Stahlpreises von CHF 600.– pro Tonne erfolgte und eine etwaige Teuerung des Stahlpreises zuzüglich eines Abrechnungskostenzuschlags von 8 % zulasten der Beklagten ging, sind die Zeugenaussage von AJ._____, die Parteieinvernahme von W._____ sowie die Urkunden Werkvertrag der Parteien vom 2. bzw. 7. Juli 2010 (act. 3/2), die Offerte der Klägerin vom 5. Januar 2010 (act. 3/11), die Werkvertragsurkunde vom 2. bzw. 5. Juli 2010 (act. 3/12), der Leistungsbeschrieb Baumeisterarbeiten (...) (act. 3/13), die Unterlagen Vergabegespräch vom 26. Februar 2010 (act. 3/50) und das Dokument Vergabegespräch vom 20. Januar 2010 (act. 10/14). Und schliesslich wurden zur Behauptung, (f) dass die Beklagte im März 2011 ihrerseits nicht davon ausging, der Pauschalpreis umfasse auch die Stahlkosten, als Beweismittel der Klägerin die Zeugenaussage von K._____, die Parteieinvernahme von W._____ und die Aktennotiz der Beklagten betreffend die Baubesprechung vom 4. März 2011 vom 7. März 2011 (act. 3/26) sowie als Beweismittel der Beklagten die Zeugenaussage von M._____ und die Parteieinvernahme von T._____ zugelassen (vgl. Beschluss vom 16. Mai 2014, Prot. S. 19 ff.; act. 46).

Der Beweis für die Darstellung der Beklagten zum tatsächlichen Willen der Parteien gemäss dem Hauptbeweissatz, wonach gemäss dem Verständnis der Parteien die Stahlkosten im Pauschalpreis abschliessend inbegriffen gewesen sind, ausser wenn W._____ der Klägerin im Nachgang zum Vergabegespräch mitgeteilt hätte, dass er nicht zu einem Stahlpreis von CHF 600.– pro Tonne mit seinem Stahllieferanten hätte abschliessen können, wird durch ihre Beweismittel nicht erbracht und zudem durch das Gelingen des Gegenbeweises der Klägerin widerlegt. Im Einzelnen sah sich zwar die Beklagte nach Erhalt des von der Klägerin unterzeichneten, schriftlichen Werkvertrages (act. 3/2) gemäss dem zum Hauptbeweis der Beklagten als Beweismittel zugelassenen Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 5. Juli 2010 (act. 10/16) bei Rücksendung des Vertrages veranlasst, zum Stahlpreis folgende Anmerkung zu machen: "Zum Vergabezeitpunkt (26.01.2010) wurde im Pauschalpreis der Stahlpreis für die gesamte Bauzeit festgelegt. Dieser wurde mit der Firma A._____ AG speziell für dieses Bauprojekt ausgehandelt." Dies bildet ein gewisses Indiz dafür, dass die Beklagte auch zu jenem Zeitpunkt in der Tat von dem von ihr behaupteten wirklichen Willen der Parteien ausging, die Stahlkosten in den Pauschalpreis einzuschliessen. Den von ihr zudem behaupteten Vorbehalt resp. die Resolutivbedingung zugunsten der Klägerin erwähnte die Beklagte dagegen in ihrem Schreiben vom 5. Juli 2010 mit keinem Wort; von einem solchen Vorbehalt scheint sie damals nicht ausgegangen zu sein.

Ferner führen auch die Aussagen von R._____ im Rahmen der Parteibefragung zum Schluss, dass der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien jedenfalls nicht so war, wie es die Beklagte im Prozess geltend machte. R._____ berichtete wohl, an der Sitzung zur Endverhandlung im Januar habe W._____ zu ihm gesagt, wenn er ihm den Auftrag jetzt erteilen würde, dann sei der Stahlpreis fix. Es müsse ihn nicht mehr interessieren, ob er CHF 700 oder CHF 400 sei. Er habe aber zur Voraussetzung gemacht, dass er seinen Ingenieur mitnehmen könne. Nachträglich sei der Monobeton dazu gekommen im Umfang von CHF 50'000.–. Das sei für ihn eine klare Pauschale gewesen, die sie abgemacht hätten an diesem Tag, als er ganz klar gesagt habe, wenn er [R._____] jetzt abschliesse, könne er [A._____] den Preis fixieren. Das habe er gemacht... (Prot. S. 132). Zu-

dem sagte R._____ auf Vorhalt der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Darstellung der Beklagten und auf die Frage, ob diese Version zutreffend sei, in diesem Fall schon. Sie hätten aber nie etwas erhalten. Er habe nie etwas angemeldet (Prot. S. 135). Doch auf die Nachfrage, ob es stimme, dass A._____ hätte kommen und mitteilen können, er habe nicht entsprechend abschliessen können, erklärte R._____, er hätte das machen können. Ob er [R._____] das akzeptiert hätte, sei die zweite Frage. Sie hätten eine Pauschale abgemacht. Und bei einer Pauschale - ganz klar und auch nach SIA - habe man einen Prozentsatz nach oben und nach unten, welcher in der Toleranz drinnen sei. Er [A._____] hätte das machen können. Er [A._____] könne alles anmelden, wenn er wolle. Die Frage sei, ob er [R._____] das akzeptiere. Sie hätten am Tag, an dem sie abgeschlossen hätten, die Spielregeln eigentlich klar festgelegt, und er [A._____] sei nie zu ihnen gekommen betreffend Stahl, Zeitverzögerung, Pumpstunden oder was auch immer (Prot. S. 135 f.). Im Gegensatz zur Sachdarstellung der Beklagten ging deren Organ R._____ somit von einem bedingungslosen Einbezug der Stahlkosten in den Pauschalpreis, unabhängig von der Fixierung des Preises durch die Klägerin mit deren Stahllieferanten aus, und er machte eine allfällige nachträgliche Anpassung von seinem Einverständnis abhängig. Dies zeigen auch seine Aussagen im Zusammenhang mit den Gegenbeweissätzen a) und b). Zur Frage, ob davon die Rede gewesen sei, dass die Klägerin den Stahlpreis nur bis Ende Dezember fixieren könne, erklärte er nämlich, sie hätten das am Telefon besprochen. Doch sagte er weiter, nachher, als es um die Vergabe gegangen sei, sei es ihm [R._____] nicht mehr wichtig gewesen, ob er [A._____] den Preis habe nageln können. Er [A._____] habe ja nicht gewusst, ob er den Auftrag, den er gewollt habe, habe. Im Januar am Tisch habe er [A._____] gesagt, wenn er [R._____] jetzt abschliesse, dann sei der Preis fix. So sei es gewesen (Prot. S. 134).

T._____ sagte aus, er sei bei den eigentlichen Vertrags- und Vergabegesprächen nicht beteiligt gewesen. Am Tag des Angebots bzw. der Vergabe am 20. Januar 2010 sei nach der Sitzung R._____ zu ihm ins Büro gekommen und habe gesagt, er habe die Klägerin runtergedrückt. Der Stahlpreis sei dabei, die Klägerin nehme aber ihren Ingenieur. Das sei die Aussage gewesen, die an ihn herangetragen worden sei. Was an der Sitzung besprochen worden sei, wisse er von R._____.

Zu einem späteren Zeitpunkt sei auch M._____ gekommen, der an dieser Sitzung dabei gewesen sei. Sie hätten ein anderes Angebot von einem kleinen Baumeister aus dem Thurgau gehabt, aber bei ihm Bauchweh wegen der Kapazitäten. Deshalb sei er zu ihm gekommen mit der Erfolgsmeldung, man habe die Klägerin runtergedrückt, der Stahlpreis sei fix bzw. dabei, dafür nehme er seinen Ingenieur. "Der Stahlpreis sei dabei" heisse in der Pauschale drin. Damit sei für ihn eine abweichende Vereinbarung im Falle eines steigenden Stahlpreises ausgeschlossen. Wenn sie eine Pauschale abmachen würden, interessiere ihn nicht, ob der Stahlpreis 400 oder 700 sei. Dann sei er dabei. Weiter hielt T._____ fest, dass R._____ vorbehaltlos gesagt habe, der Stahlpreis sei dabei und dass dies die Vorstellung der Beklagten betreffend den Stahlpreis gewesen sei. Zur konkreten Behauptung der Beklagten, im Pauschalpreis der Klägerin gemäss Werkvertrag seien die Stahlkosten abschliessend erfasst, es sei denn, W._____ von der Klägerin hätte im Nachgang zu den Vergabegesprächen mitgeteilt, er habe mit seinem Stahllieferanten nicht zu einem Preis von CHF 600.- abschliessen können, sagte er, das wisse er so im Detail nicht. Ihm sei es anders gesagt worden. Ihm sei gesagt worden, es sei dabei. Dieser Vorbehalt sei ihm nicht bekannt (Prot. S. 113 ff.). In Bezug auf das von ihm verfasste Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 2010 legte T._____ zusammengefasst dar, sie hätten den Werkvertrag rausgelassen. Dieser sei damals nicht über seinen Tisch gegangen. Das sei kurz nach diesem Vergabegespräch oder am Vergabegespräch gewesen. Der Vertrag sei nie zurückgekommen. Irgendwann sei der Vertrag von der Beklagten zurückgekommen - ohne Bestätigung, dass der Stahlpreis fest sei. Da habe er zu R._____ und M._____ gesagt "was haben wir abgemacht?" und sie hätten geantwortet "der Stahl ist dabei.". Dann habe er den Werkvertrag eingeschrieben zurückgeschickt und dazu geschrieben, der Stahl sei dabei gemäss Besprechung sowieso. Damit sei es für ihn erledigt gewesen. Die Klägerin hätte dann kommen und sagen müssen, es sei nicht so. Ansonsten sei es für ihn erledigt. Eine Antwort habe er aber nicht erhalten (Prot. S. 115 f.). Zur Bemerkung, die Werkvertragsurkunde und der Leistungsbeschrieb seien nicht mit seiner von R._____ erhalten Information, wonach der Stahlpreis inbegriffen sei, vereinbar, hielt er fest, der Leistungsbeschrieb sei die Grundlage der klägerischen Kalkulation. Es sei nicht zwingend,

dass er mit der Abmachung übereinstimme. Es sei die Grundlage, und nachher habe man bei der Vergabe entgegen der Grundlage abgemacht, dass der Stahlpreis dabei sei. Das habe man vermutlich vorher vorbereitet. Das sei nachvollziehbar. Bei der Werkvertragsurkunde handle es sich um einen Fehler (Prot. S. 116). Zu den Erklärungen der Parteien zu ihrem tatsächlichen Willen bezüglich des Stahlpreises konnte T._____ somit keine eigenen Wahrnehmung schildern, sondern nur wiedergeben, was ihm im Nachgang zur Vergabebesitzung erzählt wurde. In Bezug auf den tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien lässt sich daher aus seinen Aussagen nicht mehr als eine Bestätigung des von R._____ und dem Zeugen M._____ Geschilderten entnehmen. Immerhin ist aber festzuhalten, dass T._____, als er den von der Beklagten verfassten und der Klägerin an oder nach der Vergabebesitzung übergebenen Vertrag von der Klägerin unterzeichnet zugestellt erhielt, feststellte, dass dieser keine Bestätigung enthielt, dass der Stahlpreis in der Pauschale abschliessend inbegriffen ist.

Zeuge M._____ sagte zum Stahlpreis aus, zum Vergabezeitpunkt im Jahr 2010 sei der Stahlpreis im Vertrag fixiert gewesen. An den Vertragsverhandlungen, an denen er teilgenommen habe, habe W._____ ganz klar gesagt, dass er das zu diesen Konditionen mit dem Stahllieferanten objektspezifisch so vereinbare. Sie hätten den Vertrag auch so ausgestellt und diesen W._____ auch so abgegeben. Der Vertrag sei erst etwa ein halbes Jahr später unterzeichnet zurückgekommen. Seines Erachtens sei der Stahlpreis im Vertrag fixiert worden. Sie seien davon ausgegangen, dass der Stahlpreis fixiert sei und deshalb keine Änderung erfolge. Sie seien deshalb davon ausgegangen, weil nie etwas anderes kommuniziert worden sei. Zur konkreten Behauptung der Beklagten, dass die Stahlkosten abschliessend erfasst wären, es sei denn, W._____ hätte im Nachgang zu den Vergabegesprächen mitgeteilt, dass er nicht zu einem Preis von CHF 600.– habe abschliessen können, sagte M._____ aus, für ihn sei immer klar gewesen, dass der Stahlpreis mit diesen CHF 600.– fixiert gewesen sei (Prot. S. 49 f.). Auf Vorhalt der Werkvertragsurkunde vom 2. bzw. 5. Juli 2010 (act. 3/12) und unter Hinweis, dass dort zum Stahlpreis stehe "Preise fest bis Bauende (Stahlpreis gemäss separater Abmachung)" erklärte er, an den Verhandlungen sei gesagt worden, dass der Stahlpreis beim Stahllieferanten fixiert werde. Man sehe die Zeitspanne

Januar bis Juli. Der Vertrag sei von der Klägerin am 2. Juli 2010 unterzeichnet und von der Beklagten am 5. Juli 2019 gegengezeichnet worden. Als sie den Vertrag zurückgeschickt hätten, hätten sie nochmals explizit darauf hingewiesen, dass sie in diesem halben Jahr nichts gehört hätten, dass sich der Stahlpreis verändere und dass sie davon ausgehen würden, dass das abgemachte Fixum bestehen bleibe (Prot. S. 50). Auf Vorhalt des Leistungsbeschreibs Baumeisterarbeiten (act. 3/13 S. 5 unten) wurde dem Zeugen die Frage gestellt, wie sich der Vorbehalt, wonach die Teuerung der Stahlprodukte nicht in der Pauschale enthalten sei, mit der Behauptung vereinbaren lasse, dass man bei diesem Gespräch den Stahlpreis fixiert habe und was "Teuerung nicht inbegriffen" bedeute. Er antwortete, dass der Stahlpreis objektspezifisch fixiert werde, und sie hätten nie etwas anderes gehört. Deshalb hätten sie mit ihrem Schreiben, als sie den Werkvertrag zurückgeschickt hätten, auch nochmals ganz klar geschrieben, dass der Stahlpreis fixiert sei. Mehr könne er dazu nicht sagen. Abschliessend merkte er an, W._____ habe in den Verhandlungen gesagt, er werde den Stahlpreis für die ganze Bauzeit fixieren. Davon würden sie ausgehen (Prot. S. 50 f.). Damit bestätigte der Zeuge zwar die Darstellung von R._____ und die Tatsache, dass demnach ihrer Ansicht nach keine Anpassung des Stahlpreises vorgenommen werden sollte. Dies widerspricht indessen der Sachdarstellung der Beklagten, die einen Vorbehalt zugunsten der Klägerin behauptete. Allerdings zeigen seine Schwierigkeiten damit, seine Darstellung mit dem Werkvertrag und dessen Bestandteilen in Einklang zu bringen, den vorliegend entscheidenden Punkt.

Vorab ist aber festzuhalten, dass die Beweismittel der Beklagten zwar belegen konnten, dass die Beklagte grundsätzlich den Willen hatte, die Stahlkosten in den Pauschalpreis abschliessend zu integrieren, und dass ihre Vertreter bei den Vergabegesprächen gemäss deren Aussagen davon ausgingen, dass dies der Vereinbarung der Parteien entspreche. Indessen konnte sie keinen rechtsgenügenden Beweis dafür erbringen, dass dies auch dem ihnen gegenüber erklärten, tatsächlichen Willen der Klägerin entsprach und man sich schliesslich darauf einigte. Im Gegenteil gelingt der Klägerin durch ihre eigenen Beweismittel, insbesondere die unterzeichnete Werkvertragsurkunde mit ihren Bestandteilen (act. 3/2 und 3/12-13) und die Aussage von W._____ (Prot. S. 119 ff.), doch vor allem

auch aufgrund der Aussagen der Organe der Beklagten, R._____ und T._____, der Gegenbeweis dafür, dass nach dem Verständnis der Parteien die Auftragsvergabe schliesslich auf der Basis eines durchschnittlichen Stahlpreises von CHF 600.– pro Tonne erfolgte und eine etwaige Teuerung des Stahlpreises zulasten der Beklagten ging (lit. e).

W._____ schilderte im Rahmen der Parteibefragung, dass R._____, mit dem er auf Seiten der Beklagten die Verhandlungen, auch diejenigen zum Stahlpreis, führte, sehr stark den Wunsch nach einem fixen Stahlpreis geäussert habe. Sie hätten abgemacht, wann er bis Ende Jahr 2009 den Auftrag erhalte, könne er für CHF 600.– den Stahlpreis fixieren. Nachher habe er es nicht mehr gewusst. Der Stahlpreis sei vor allem am Schlussgespräch ein Thema gewesen. Er habe eine Regelung vorgeschlagen, wie sie üblich sei. Er habe gesagt, er würde jenen Stahlpreis weitergeben, welchen er erhalte. Aber er habe am 20. Januar 2010 nicht mehr gewusst, ob er diese CHF 600.– noch erhalten würde oder ob es mehr sein würde. Er habe auch nicht gewusst, für welche Dauer er das noch erhalten würde. Deshalb habe er einfach gesagt, er gebe diejenige Vereinbarung weiter, die er mit dem Stahlbauer noch erreichen könne. Die Auftragsvergabe sei genau auf dieser Grundlage erfolgt. Er sei der Meinung, dass die Beklagte vom Gleichen ausgegangen sei. Er habe das Gefühl gehabt, dass sie sauber miteinander kommuniziert hätten. Wenn die Beklagte davon ausgegangen wäre, dass im Pauschalpreis die Stahlkosten mit enthalten seien, dann hätten sie es nicht so aufgeschrieben im Werkvertrag. Auf das Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 2010 habe er nicht reagiert, weil der Werkvertrag ja mit ihrer Abmachung unterschrieben gewesen sei. Sie hätten an diesem Vertrag x Sachen handschriftlich geändert. Wenn man mit einem Punkt im Vertrag nicht einverstanden sei, dann streiche man das im Vertrag und schicke nicht den unterzeichneten Vertrag zu (Prot. S. 119 ff.). Der Zeuge der Klägerin, AJ._____, konnte dagegen bei seiner Einvernahme keine Angaben zum Vergabegespräch oder dazu machen, wie sich die Parteien über den Stahlpreis geeinigt haben (Prot. S. 111).

Im Werkvertrag Nr. ... vom 26. Januar 2010 (act. 3/12) steht nach "Preise fest bis Bauende" in Klammern "Stahlpreis gem. sep. Abmachung" und im Leistungsbe-

schrieb Baumeisterarbeiten ... (act. 3/13) auf Seite 5 unter "Nicht in Pauschale enthalten:" "Teuerung Stahlprodukte über Index ca. CHF 600.00 pro Tonne (gem. objektspezifische Verhandlungen A._____ AG) Teuerungsvereinbarung Stahllieferant". Dabei handelt es sich nicht um handschriftliche Ergänzungen oder Änderungen, sondern dies ist, wie auch von R._____ bestätigt (Prot. S. 134), im maschinengeschriebenen Text enthalten. Beide Urkunden sind Bestandteil des von den Parteien am 2. resp. 7. Juli 2010 unterzeichneten Werkvertrages (mit Devis des GU) (act. 3/2), wobei der Werkvertrag Nr. ... (act. 3/12) zusätzlich am 5. Juli 2010 für die Bauleitung durch M._____ unterzeichnet wurde und der Leistungsbeschrieb Baumeisterarbeiten ... (act. 3/13) auf jeder Seite das handschriftliche Kürzel "hö" trägt. Bestandteil des Werkvertrages (act. 3/2 S. 2) bildet zudem die ebenfalls als Beweismittel zum Gegenbeweis zugelassene Offerte der Klägerin vom 5. Januar 2010, wonach die Abrechnung der Teuerungszuschläge auf dem Stahlpreis mit einem Unkostenzuschlag von 8 % gemäss SIA 118 erfolgt (act. 3/11).

Zu diesem Werkvertrag und seinen Bestandteilen geht aus den Aussagen von R._____ und T._____ hervor, dass er von der Beklagten verfasst und der Klägerin entweder anlässlich der Vergabesitzung vom 20. Januar 2010 oder kurze Zeit später - da der Werkvertrag Nr. ... (act. 3/12) vom 26. Januar 2010 datiert, wohl letzteres - übergeben wurde. Erst am 5. Juli 2010 erhielt die Beklagte dann den unterschriebenen Vertrag der Klägerin zurück. In diesem Zusammenhang sagte R._____, der den Vertrag am 7. Juli 2010 für die Beklagte unterzeichnete, aus, er habe von T._____ irgendwann gehört, dass der Vertrag nicht zurückgekommen sei. Als der Vertrag zurückgekommen sei, habe T._____ gesagt, er sei nicht so wie vereinbart. Das habe er nicht verstanden. Deshalb habe er gesagt, in diesem Fall müssten sie jetzt nochmals klar per Einschreiben mitteilen, dass der Preis fix sei. Damit Herr W._____ informiert sei. Das hätten sie gemacht. In diesem Zeitpunkt seien die Arbeiten bereits im Gang gewesen. Es könne ja nicht sein, dass der Baumeister mit seiner Arbeit beginnt und nach einem Jahr komme und sage, man habe eine Stahlteuerung und es koste nochmals CHF 200'000.- (Prot. S. 132 f.). Weiter sagte er, T._____ sei irgendwann zu ihm gekommen und habe ihm gesagt, dass sie doch einen fixen Stahlpreis abgemacht hätten. Es sei jetzt nicht

mehr so. Aufgrund dessen hätten sie gesagt, gut, dann müssten sie reagieren. Wenn er das so zurückschicke, dann gehe das nicht. Aber es sei schon nicht korrekt gewesen, dass der Werkvertrag vom Januar erst im Juli zurückgekommen sei. Es könne nicht sein, dann jemand 6 oder 7 Monate den Werkvertrag bei sich behalte, und irgendwann zurückschicke und darin schreibe, der Tonnenpreis sei fix bei CHF 600.– und was darüber sei, koste. Das sei nicht normal (Prot. S. 133 f.). Zu dieser Aussage bestätigte er indessen im Anschluss, dass es schon so im Vertrag enthalten war und W._____ es nicht reingeschrieben hat (Prot. S. 134). Auf die Frage, wieso er den Vertrag trotz der Preisanpassungsklausel unterzeichnet habe, meinte R._____ sodann, das sei eine gute Frage. Sie hätten ihn unterschrieben, um etwas in der Hand zu haben. Sie hätten etwas in der Hand halten müssen, sonst wäre es unverantwortlich gegenüber ihrer Firma gewesen. Sie hätten ihn aber im Wissen darum unterschrieben, dass er nicht korrekt sei. Deshalb hätten sie auch den eingeschriebenen Brief mitgeschickt. Auf den Brief hin sei von der Klägerin nichts mehr gekommen (Prot. S. 134 f.). Die oben bereits wiedergegebenen Aussagen von T._____ stimmen damit im Wesentlichen überein.

Aufgrund dieser Aussagen der Organe der Beklagten ist aber klar, dass die Beklagte nicht nur im Januar 2010 an oder nach der Vergabesitzung den Werkvertrag und dessen Bestandteile mit dem oben umschriebenen Inhalt, wonach die Stahlkosten nicht abschliessend im Pauschalpreis enthalten sind, verfasst und der Klägerin zur Unterzeichnung übergeben hat, sondern dass sie nach Rücksendung des unterschriebenen Vertrages durch die Klägerin sogar noch explizit feststellte, dass der Vertrag diese Regelung enthält und dass damit gerade nicht vereinbart wird, dass die Stahlkosten abschliessend im Pauschalpreis inbegriffen sind. Die Organe der Beklagten hatten demnach tatsächlich zur Kenntnis genommen, dass die Klägerin - wie von ihr geltend gemacht - durch Unterzeichnung des Vertrages mit diesem Inhalt ihren entsprechenden Willen erklärte. Und, auch die Beklagte unterzeichnete alsdann den Vertrag mit diesem von ihr auch tatsächlich so verstandenen Inhalt und retournierte ihn vorbehaltlos an die Klägerin. Dadurch erklärte auch die Beklagten ihren tatsächlichen Willen, den Vertrag mit der Vereinbarung einer zusätzlichen Abrechnung der Teuerung der Stahlkosten über dem

im Pauschalpreis enthalten Preis von CHF 600.– pro Tonne zu ihren Lasten zu akzeptieren.

Es ist daher bewiesen, dass es dem tatsächlichen Willen der Beklagten entsprach, den schriftlichen Werkvertrag, so wie er von ihr verfasst wurde und damit ohne abschliessenden Einbezug der Stahlkosten in den Pauschalpreis, sondern auf der Basis eines durchschnittlichen Stahlpreises von CHF 600.– pro Tonne unter Abrechnung einer etwaigen Teuerung des Stahlpreises zuzüglich eines Abrechnungssunkostenzuschlags von 8 % zu ihren Lasten, anzunehmen.

Zusammengefasst ist der Beklagten der Beweis für die von ihr behauptete Abmachung betreffend den Stahlpreis misslungen, wohingegen die Klägerin beweisen konnte, dass nach dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien die Stahlkosten der separaten Vereinbarung unterstehen, dass auf Basis eines Stahlpreises von CHF 600.– die Teuerung zulasten der Beklagten geht. Damit bleibt es bei dem diesem tatsächlichen Willen entsprechenden Auslegungsergebnis nach dem Vertrauensprinzip (vgl. oben Erwägung 4.1.4.1.). Im Folgenden ist zu prüfen, ob das Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 2010 (act. 10/16) ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben darstellt, welchem ausnahmsweise konstitutive Wirkung zukommt.

4.1.4.4. Frage der konstitutiven Wirkung des Schreibens vom 5. Juli 2010

Nachdem festgestellt wurde, dass nach der ursprünglichen Abmachung der Parteien der Pauschalpreis die Teuerung der Stahlkosten nicht mitumfasste, ist zu fragen, ob dem Schreiben vom 5. Juli 2010 (act. 10/16) neben der (schwachen) beweismässigen auch eine konstitutive – diese ursprüngliche Abmachung betreffend den Stahlpreis modifizierende – Bedeutung zukommt.

Unbestrittenermassen hat die Klägerin auf dieses Schreiben hin geschwiegen. Nach dem Gesagten durfte die Beklagte als Absenderin des "*Bestätigungsschreibens*" indessen nicht ohne Weiteres von einer Bindung der Klägerin ausgehen, auch wenn diese auf das Schreiben nicht reagiert hat. Der Inhalt des Schreibens, wonach die Preissteigerung für den Stahlpreis zulasten der Klägerin gehen bzw. die Teuerung im Pauschalpreis inbegriffen sein solle, weicht von der tatsächlichen Abmachung, wonach die Beklagte die Preissteigerung über CHF 600.– pro Tonne Stahl zu tragen hat, derart ab, dass die Beklagte nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis der Klägerin hat rechnen können. Die Auferlegung des Preisrisikos an die Klägerin stellt mit anderen Worten eine Abweichung dar, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Klägerinteressen führt, weshalb eine konstitutive Wirkung zu verneinen ist.

4.1.5. Fazit zur Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend den Stahlpreis

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der Stahlkosten zuzüglich eines Abrechnungsunkostenzuschlags von 8 % zu, falls und soweit diese über CHF 600.– pro Tonne lagen.

4.2. Höhe der klägerischen Forderung betreffend die Stahlkosten

4.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin führt aus, bei der Berechnung sei von einem einheitlichen, durchschnittlichen Stahlpreis bzw. einem ebensolchen Teuerungsbetrag für die verschiedenen Stahlprodukte auszugehen. Nach Abschluss des Bauprojektes habe die Klägerin Kenntnis von den gesamthaft gelieferten Mengen und den ihr tat-

sächlich vom Lieferanten verrechneten Preisen. Somit sei es ihr heute möglich, den effektiv angefallenen durchschnittlichen Stahlpreis zu berechnen und ihre Forderung auf Erstattung der Preisdifferenz abschliessend zu beziffern (act. 1 Rz. 85). Die Gesamtkosten der für das Überbauungsprojekt bezogenen Stahlarmierungen würden sich aus beiliegender Kalkulationstabelle ergeben, welche von der Klägerin auf der Grundlage sämtlicher Rechnungen der Stahllieferantin erstellt worden sei. Um die effektive Teuerung zu berechnen, sei die Gesamtmenge an bezogenen Betonstahlstäben und Betonstahlnetzen von 849'926.09 Kilogramm dem dafür durch die Lieferantin total in Rechnung gestellten Betrag von CHF 581'591.35 gegenüberzustellen. Dies ergebe einen Kilopreis von gerundet CHF 0.6843 und somit einen Tonnenpreis von CHF 684.28. Zum vertraglich vereinbarten Indexpreis von CHF 600.– pro Tonne ergebe dies eine Differenz von CHF 84.30 pro Tonne (act. 1 Rz. 86). Daraus folgend berechne die Klägerin den Teuerungsbetrag für die Stabarmierungen anhand der von Ingenieur AK. _____ veranschlagten und der Offertkalkulation zu Grunde gelegten Stahlmenge in Höhe von 352'030 Kilogramm, multipliziert um den Teuerungsfaktor von 0.0843 plus den vorgesehen Abrechnungsunkostenbeitrag von 8 %. Dies ergebe eine Preiserhöhungsdifferenz von CHF 32'050.22 für die Stabarmierungen (act. 1 Rz. 87). Die Preiserhöhung für die Netzararmierungen berechne sich analog: Ausgehend von der offerierten Menge von 500'000 Kilogramm (vgl. act. 3/60), multipliziert mit 0.0843 plus 8 % Abrechnungsunkostenbeitrag ergebe dies einen Betrag von CHF 45'522.– für die Netzararmierungen (act. 1 Rz. 88). Die Preiserhöhung für die Zubehöerteile ermittle die Klägerin wiederum nach Massgabe des eben dargelegten Preissteigerungsfaktors von 0.0843. Dies entspreche in Franken ausgedrückt CHF 84.30 pro Tonne bzw. einer Erhöhung des Stahlpreises von (gerundet) 14 %. Die Klägerin habe deshalb ausgehend von den im Devis vorgesehenen Mengen und Einheitspreisen den Teuerungsanteil für Böckli (Distanzkörbe) sowie die weiteren Teile berechnet (act. 1 Rz. 89). Der in der Klageschrift abgebildeten Tabelle sei die Berechnung des Mehrpreises für Böckli (Distanzkörbe) zu entnehmen. In einem ersten Schritt werde jeweils auf den dem Devis des Ingenieurs zugrunde gelegten Preisen die Preissteigerung von 14 % berechnet und mit den korrespondierenden Mengen multipliziert. In einem weiteren Schritt würden alle

Ergebnisse je Korbvariante zusammengerechnet. Dies ergebe ein Berechnungszwischentotal von CHF 32'192.-. Diese Summe werde um den Unkostenbeitrag von 8 % erhöht. Das ergebe ein Preiserhöhungstotal für Böckli (Distanzkörbe) von CHF 34'767.36 (act. 1 Rz. 90). Der Berechnung der Preiserhöhung für die weiteren Stahlteile (Anschlussbewehrungen, Bewehrungsanschlüsse, Querkraftdorne und Kragplatten) seien die verschiedenen Einheitspreise je Materialkategorie gemäss dem Ingenieur-Devis zugrunde gelegt worden (act. 3/60). Da sich ein Einheitspreis jedoch aus Lohn-, Inventar-, Fremdleistungs- und Materialkomponenten zusammensetze und nur der Materialanteil der Teuerung unterliege, seien erstere für die Teuerungsberechnung anteilmässig herauszurechnen, was mittels einer Reduktion der verschiedenen Einheitspreise gemäss Offerte um 20 % bzw. einer Gewichtung der Materialkomponente mit einem Anteil von 80 % erfolge. Daraufhin werde analog zur Berechnung der Preissteigerung der Böckli (Distanzkörbe) weitergerechnet: Der reduzierte Einheitspreis sei um die Preissteigerungsquote von 14 % zu erhöhen und die offerierte Menge multipliziert mit dem so ermittelten Faktor ergebe jeweils das Total der Preissteigerung pro Materialkategorie. Das Total aller Positionen betrage CHF 34'803.44, zzgl. den üblichen Unkostenbeitrag von 8 %. Daraus sei ein Preiserhöhungsbetrag von CHF 37'587.72 für die weiteren Stahlteile resultiert (act. 1 Rz. 91). Schliesslich seien die Teuerungsergebnisse je Position (Stabarmierung: CHF 32'050.22; Netzarmerung: CHF 45'522.-; Böckli: CHF 34'767.36 und weitere Teile: CHF 37'587.72) addiert (CHF 149'927.30) und darauf die Mehrwertsteuer von 8 % aufgerechnet worden. Dies ergebe eine Forderung in Höhe von CHF 161'921.50 aus Stahlteuerung (act. 1 Rz. 92).

Die Beklagte macht in der Klageantwort geltend, es werde bestritten, vorliegend sei auf einen über sämtliche der benötigten Stahlprodukte berechneten durchschnittlichen Preis von CHF 680.- pro Tonne abzustellen (act. 8 Rz. 63). Es werde bestritten, die Klägerin habe eine Gesamtmenge Betonstahlstäbe und Betonstahlnetze von 849'926.09 Kilogramm zum Rechnungsbetrag von CHF 581'591.35 bezogen. Da die Stahlkosten im Pauschalpreis gemäss Werkvertrag inbegriffen seien, habe die Beklagte die von der Klägerin geltend gemachte Differenz von CHF 84.30 pro Tonne zum vereinbarten Preis von CHF 600.- pro

Tonne nicht zu erstatten (act. 8 Rz. 65). Es werde bestritten, die Beklagte habe der Klägerin Mehrkosten von CHF 32'050.22 für die Stabarmierungen zu erstatten. Die Kosten für die Stabarmierungen seien im Pauschalpreis gemäss Werkvertrag vollumfänglich inbegriffen (act. 8 Rz. 66). Es werde bestritten, die Beklagte habe der Klägerin Mehrkosten von CHF 45'522.– für die Netzarmerungen zu erstatten. Die Kosten für die Netzarmerungen seien im Pauschalpreis gemäss Werkvertrag vollumfänglich inbegriffen (act. 8 Rz. 67). Es werde bestritten, die Beklagte habe der Klägerin Mehrkosten für Zubehöerteile, d.h. Böckli (Distanzkörbe) und weitere Stahlteile (Anschlussbewehrungen, Bewehrungsanschlüsse, Querkraftdorne und Kragplatten) zu erstatten (act. 8 Rz. 68). Im Einzelnen werde bestritten, die Beklagte schulde der Klägerin Mehrkosten von CHF 34'767.36 für Böckli (Distanzkörbe). Sollte wider Erwarten davon ausgegangen werden, die Mehrkostenforderung sei berechtigt, so sei auf einen Rundungsfehler in der Berechnungstabelle hinzuweisen: 14 % Teuerung berechnet auf CHF 3.75 ergebe 0.525 und nicht 0.53. Entsprechend sei das Zwischenergebnis für die Böckli h=bis 200 von CHF 1'484.– auf CHF 1'470.– zu korrigieren. Anstelle des etwas komplizierteren Berechnungsmodus, welchen die Klägerin verwende, könne man auch einfach 14 % vom Gesamtpreis (Menge multipliziert mit Einzelpreis je Böckligattung) nehmen, was für die Böckli h=bis 200 eben CHF 1'470.– ergebe. Das Total ändere sich folglich auf CHF 34'753.36 (act. 8 Rz. 69). Bestritten werde zudem, die Beklagte schulde der Klägerin Mehrkosten von CHF 37'587.72 für die weiteren Stahlteile (Anschlussbewehrungen, Bewehrungsanschlüsse, Querkraftdorne und Kragplatten; act. 8 Rz. 70). Entsprechend den vorstehenden Ausführungen zu den einzelnen Positionen werde auch die Gesamtforderung von CHF 161'921.50 für Stahlteuerung bestritten. Die Klägerin schulde der Beklagten keine Mehrkosten für Stahlteuerung, weil die Stahlkosten in der Pauschalzahlung gemäss Werkvertrag inbegriffen seien (act. 8 Rz. 71).

4.2.2. Subsumtion

Beim "Devis AK._____" handelt es sich um eine blosser Offerte, welche im Übrigen erst am 30. März 2011 erstellt wurde (act. 3/60). Sie stellt keinen Beleg für

die bezogenen Stahlmengen dar und kann deshalb entgegen der klägerischen Ansicht (act. 1 Rz. 87 ff.) nicht als Berechnungsgrundlage dienen.

Die Klägerin reicht sämtliche Stahlrechnungen ins Recht (act. 3/59). Diese betreffen nicht nur die Preise für die bezogenen Mengen an Betonstahl und Baustahlgewebematten, sondern u.a. auch Zuschläge (Positionszuschlag, Zuschlag Biegen, Zuschlag Schneiden, Zuschlag LSVA oder Fehlfraucht-Zuschlag), welche bei der Berechnung der Stahlteuerung nicht zu berücksichtigen sind, oder Seile (Stückpreis: CHF 6.60) und weitere Produkte ohne Angabe eines Tonnenpreises, in Bezug auf welche demnach auch kein Vergleich zu einem Tonnenpreis von CHF 600.– möglich ist. Dabei handelt es sich um die Produkte Absta CHDT 08 (Stückpreis: CHF 3.93), 10 (Stückpreis: CHF 3.93), 12 (Stückpreis: CHF 4.32), 14 (Stückpreis: CHF 4.32), 16 (Stückpreis: CHF 4.77) 18 (Stückpreis CHF 4.77), 20 (Stückpreis: CHF 4.77), 22 (Stückpreis: CHF 6.99), 24 (Stückpreis: CHF 6.99), 26 (Stückpreis: CHF 6.99), 28 (Stückpreis: CHF 6.99), 30 (Stückpreis: CHF 6.99), 32 (Stückpreis: 9.3), 34 (Stückpreis: CHF 9.3), 36 (Stückpreis: 9.3), 38 (Stückpreis: CHF 9.3) und 40 (Stückpreis: CHF 9.3). Die Klägerin macht keine Ausführungen zu diesen Produkten. Jedenfalls ist aber festzuhalten, dass deren Stückpreis im Gegensatz zum Tonnenpreis für Betonstahl und Stahlmatten unverändert bleibt (auch dort ändert er im Übrigen erst ganz am Schluss; vgl. act. 3/59 S. 148) und insbesondere nicht bekannt ist, ob der Stückpreis umgerechnet über einem Tonnenpreis von CHF 600.– liegt. Ohnehin ist davon auszugehen, dass die Parteien nicht (nur) einen Index mit Bezug auf einen Tonnenpreis abgemacht hätten, falls sie den Teuerungsvorbehalt auch auf Produkte mit Stückpreisen hätten beziehen wollen. Für diese Produkte kann die Klägerin somit keine Teuerung verlangen, weshalb offen bleiben kann, ob es sich dabei um die geltend gemachten Böckli und weiteren Stahlteile handelt (vgl. act. 1 Rz. 90 f.). Dies wäre indessen von der Klägerin zu behaupten gewesen.

Nachdem dargetan ist, dass sich der Teuerungsvorbehalt nicht auf Produkte mit Stückpreisen bezogen hat, wobei – wie erwähnt – auch nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin dafür eine Preissteigerung durch die Stahllieferantin hätte akzeptieren müssen, ist das durch die Klägerin angebotene Gutachten für den Nachweis

der Korrektheit ihrer Mehrforderungsberechnung zufolge Erhöhung der Stahlkosten bzw. für die jeweiligen Teilbeträge der einzelnen Kategorien (act. 18 Rz. 152) nicht einzuholen. Vielmehr ist ausreichend, die Menge an bezogenem Betonstahl und Baustahlgewebematten zu eruieren und vom dafür bezahlten Betrag die Teuerung bei einem Indexpreis von CHF 600.– pro Tonne in Abzug zu bringen.

Aus den Rechnungen ergibt sich, dass die Klägerin Betonstahl und Stahlmatten im Umfang von 876'429.36 Kilogramm zu einem Preis von CHF 599'822.40 bezogen hat (act. 3/59). Unter den eingereichten Rechnungen befinden sich auch zwei Gutschriften. Bei der ersten wurde zu viel Betonstahl geliefert, weshalb dieser der Klägerin im Umfang von CHF 1'222.80 bzw. 1'925.67 Kilogramm wieder gutgeschrieben wurde (act. 3/59 S. 96 f.). Bei der zweiten Gutschrift von CHF 12.30 handelt es sich um die Korrektur der Rechnung vom 8. November 2010 (2201014764), bei welcher ein Tonnenpreis von CHF 657.– anstatt der vereinbarten CHF 635.– für Betonstahl verrechnet wurde (act. 3/59 S. 92 und 109). Auch bei der Rechnung vom 31. Oktober 2010 (2201014533) wurde indessen ein zu hoher Tonnenpreis (CHF 748.– anstatt CHF 635.–; vgl. act. 3/51) verrechnet und für 62'861.69 Kilogramm Betonstahl CHF 47'020.85 anstatt CHF 39'917.15 verlangt (act. 3/59 S. 84 ff.). Dafür hat nicht die Beklagte einzustehen, weshalb die Differenz von CHF 7'103.70 ebenfalls in Abzug zu bringen ist. Somit ist von den Bezugsgrössen 874'503.69 Kilogramm und CHF 591'483.60 bzw. von einem durchschnittlich von der Klägerin bezahlten Stahlpreis von CHF 676.36 pro Tonne auszugehen. Bei einem Tonnenpreis von CHF 600.– hätte ein Betrag von CHF 524'702.20 resultiert. Die Differenz von CHF 66'781.40 stellt die über CHF 600.– liegende Preissteigerung dar, welche um den Unkostenzuschlag und die Mehrwertsteuer von je 8 % auf CHF 77'893.80 zu erhöhen und der Klägerin durch die Beklagte zu erstatten ist.

4.3. Fazit

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der höheren Stahlkosten im Umfang von CHF 77'893.80.

5. Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung aufgrund geleisteter Pumpenstunden gegen die Beklagte aus Werkvertrag

5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Im Gegensatz zum Abpumpen von Meteorwasser war das Abpumpen von Grund-, Hang- und Quellwasser gemäss Leistungsbeschreibung in der Pauschale nicht enthalten. Die Beklagte hat in dieser Hinsicht für die Baustelle eine eigene, gesamthafte Lösung vorgesehen, nämlich ein sog. Wellpoint-System zur Grundwasserabsenkung (act. 1 Rz. 22; act. 8 Rz. 18).

5.2. Streitpunkte

5.2.1. Klägerin

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe nicht in der Pauschale enthaltene Leistungen im Zusammenhang mit dem Abpumpen von Grund- und Hangwasser erbracht, welche ihr von der Beklagten im Umfang von CHF 92'358.60 zu vergüten seien (act. 1 Rz. 27). Für die Ausführung der Baumeisterarbeiten und insbesondere für die Arbeitssicherheit und den Schutz der Werke selbst sei es unabdingbar gewesen, die Baugruben vor eintretendem Grund-, Quell und Hangwasser zu befreien. Dies sei der Beklagten bekannt gewesen bzw. habe deren Vorgaben entsprochen. Die Beklagte habe die Tiefbaufirma und die Klägerin bereits anlässlich der Bausitzung vom 16. Juni 2010 darauf hingewiesen, dass nach Angaben der AL. _____ AG das *"Wellpoint [...] abgeräumt werden"* könne, dass aber nun *"bei Garageneinfahrt (tiefster Punkt) [ein] Pumpgraben [zu] erstellen"* und fortan *"Wasser abzupumpen"* sei. Der Klägerin sei nichts anderes übrig geblieben, als eigene Hochdruckpumpen zum Abpumpen von Grund-, Quell und Hangwasser einzusetzen, um mit den Arbeiten beginnen und fortschreiten zu können. Dies sei in voller Kenntnis der Beklagten erfolgt (act. 1 Rz. 99; act. 18 Rz. 156 f.). Weil das Grund-, Quell- und Hangwasser mit den Hochdrucktauchpumpen einfacher abgepumpt werden können als mit der von der Beklagten vorgesehenen Wellpoint-Anlage, habe die Beklagte auch bei den nachfolgenden Baufeldern gar nicht erst irgendwelche Bestrebun-

gen zur Installation des Wellpoint-Systems aufgenommen, sondern habe stattdessen die Klägerin die Grund- bzw. Hangwasserentwässerung mit ihren Pumpen durchführen lassen (act. 1 Rz. 100). Dass ihr diese nicht im Pauschalpreis inbegriffene Leistung auch extra vergütet würde, habe für die Klägerin angesichts des bewussten Abweichens der Beklagten vom Leistungsbeschreibung und deren vormaligen Bekundungen in diesem Punkt während den Verhandlungen ausser Frage gestanden. Denn ungeachtet der im Werkvertrag vorgesehenen Formvorbehalte habe die Beklagte den Unternehmern, und insbesondere der Klägerin, entsprechend den Bedürfnissen auf der Baustelle regelmässig und ohne vorgängige schriftliche Anordnung zusätzliche Arbeiten zugewiesen und solche alsdann auch nach Regie bzw. Akkordlohn vergütet (act. 1 Rz. 101). Im Vertrauen auf diese gelebte Praxis und auf die klare Regelung im Leistungsverzeichnis, wonach das Abpumpen von Grund-, Quell- und Hangwasser bauseitig erfolge sowie aufgrund des Umstands, dass diese zusätzlichen Arbeiten in Kenntnis der Bauleitung erfolgt seien, habe die Klägerin davon abgesehen, vorgängig einen formellen, schriftlichen Nachtrag von der Beklagten zu verlangen. Vielmehr habe sie sowohl die tägliche Laufzeit ihrer Hochdruckpumpen als auch die erforderliche Anzahl Installationen und Versetzungen aufgezeichnet und habe bei der Beklagten mit E-Mail vom 2. Februar 2011 schriftlich einen entsprechenden Nachtrag für die im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Grund- bzw. Hangwasserentwässerung von Mai bis Dezember 2010 gestellt (act. 1 Rz. 102).

Auch nach Februar 2011 habe die Beklagte keinerlei Vorkehrungen getroffen, sondern weiterhin die Klägerin die Pumparbeiten verrichten lassen (act. 1 Rz. 107). Dennoch habe die Beklagte sämtliche Pumpenstundenrechnungen der Klägerin einfach zurückgewiesen (act. 1 Rz. 108). Bereits der Grundsatz von Treu und Glauben verbiete es, dass die Beklagte geltend machen könne, eine Vergütungspflicht hätte eine Vorlage und Abzeichnung der Pumpenrapporte durch die Bauleitung vorausgesetzt, wenn sie zuvor mitgeteilt habe, sie werde keine Rapporte unterzeichnen (act. 18 Rz. 162). Die Pumparbeiten hätten einen Zusatzauftrag oder Nachtrag dargestellt. Jedenfalls sei es nicht um die Vergütung von Regiestunden i.S.v. Art. 6 des Werkvertrags gegangen. Vielmehr seien die Pumparbeiten der Beklagten nach Massgabe von Einheitspreisen in Rechnung gestellt

worden (act. 18 Rz. 164). Die Pumpenstunden seien nicht aufgrund ungewöhnlich starker Regenfälle angefallen (act. 18 Rz. 167). Selbstverständlich könnten die Hochdruckpumpen nicht nach Meteorwasser einerseits und Hang-, Quell- und Grundwasser andererseits unterscheiden. Die zusätzlich durch Meteorwasser in die Baugruben einfallenden Wassermengen seien freilich vernachlässigbar gewesen, insb. sobald jeweils die erste Decke eingezogen gewesen sei. Sie hätten unter 5 % der abgepumpten Gesamtwassermenge gelegen. Zudem habe die Klägerin ohnehin weiterhin die Niederdruckpumpen für lokales Abpumpen bei Wassereintritt im Gebäude oder z.B. in den Liftschächten unverändert vorhalten müssen, was bedeute, dass die zusätzlichen Kosten für die Hochdruckpumpen allein durch das Erfordernis, die Baugrubenentwässerung und somit das Abführen von Hang-, Quell- und Grundwasser sicherzustellen, ausgelöst worden seien. Aus diesem Grunde seien sie auch vollumfänglich von der Beklagten zu vergüten (act. 18 Rz. 168).

5.2.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Klägerin hätte nach den vertraglichen Vorgaben vorgehen müssen, wenn sie Zusatzleistungen für Pumpenstunden hätte geltend machen wollen. Die Regierapporte betreffend Pumpenstunden seien viel zu spät erstellt worden. Die Klägerin habe erstmals per E-Mail vom 2. Februar 2011 Ansprüche für Pumpenstunden im Zeitraum Mai bis Dezember 2010 bei der Beklagten geltend gemacht. Zudem werde in den Rapporten nicht nach den Kategorien Grund-, Hang-, Quell- und Meteorwasser unterschieden. Eine Aufteilung könne nach so langer Zeit nicht mehr vorgenommen werden (act. 8 Rz. 18; act. 8 Rz. 79). Es werde bestritten, die Klägerin habe Zusatzleistungen erbracht, indem sie Grund-, Hang- und Quellwasser abgepumpt hätte (act. 8 Rz. 74). Es werde bestritten, bei der Aufnahme der Bauarbeiten durch die Klägerin sei in den Gruben Grund- oder Hangwasser vorhanden gewesen, welches von der Klägerin ausserhalb ihrer in der Pauschale inbegriffenen Leistungen hätte abgepumpt werden müssen (act. 8 Rz. 75). Es werde bestritten, die Klägerin habe eigene Hochdrucktauchpumpen zum Abpumpen von Grund-, Quell- und Hangwasser einsetzen müssen, um mit den Arbeiten beginnen und

sodann fortschreiten zu können und dies sei in Kenntnis der Bauleitung erfolgt (act. 8 Rz. 76). Es werde bestritten, das Grund-, Quell- und Hangwasser hätte mit Hochdrucktauchpumpen einfacher abgepumpt werden können als mit der Wellpoint-Anlage und die Beklagte habe aus diesem Grund das Wellpoint-System auch bei den nachfolgenden Baufeldern nicht installiert, sondern stattdessen die Klägerin die Grund- bzw. Hangwasserentwässerung mit ihren Pumpen durchführen lassen (act. 8 Rz. 77). Es werde bestritten, die Beklagte habe den Unternehmern und insbesondere der Klägerin entsprechend den Bedürfnissen auf der Baustelle regelmässig und ohne vorgängige schriftliche Anordnung zusätzliche Arbeiten zugewiesen und solche alsdann nach Regie bzw. Akkordlohn vergütet. Es habe kein bewusstes (und auch kein unbewusstes) Abweichen der Beklagten vom Leistungsbeschrieb und von vormaligen Bekundungen in diesem Punkt während der Verhandlungen gegeben (act. 8 Rz. 78). Am 23. Dezember 2010 habe K. _____ von der Klägerin erklärt, es seien keine Regierapporte vom Jahr 2010 mehr offen. Somit widerspreche die Klägerin ihren eigenen Angaben, wenn sie nachträglich im Februar 2011 doch noch Regierapporte von 2010 einreiche (act. 8 Rz. 79). Die von der Klägerin aufgezeichneten Pumpenstunden seien im Hinblick darauf, dass es während der Bauzeit oft und stark geregnet habe, offenbar zur Abführung von Meteorwasser erforderlich und somit von der werkvertraglich vereinbarten Pauschalzahlung erfasst gewesen (act. 104 Rz. 81).

5.3. Rechtliches

In Bezug auf die Problematik der Bestelländerung kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 verwiesen werden (vgl. dazu weiter oben). Demnach führt eine einseitige oder zweiseitige Bestelländerung bei entsprechendem Mehraufwand grundsätzlich zu einer Mehrvergütung, wobei indessen ein allfälliger Genehmigungsvorbehalt sowie ein möglicher Verzicht auf den Anspruch zu berücksichtigen sind.

5.4. Subsumtion

Ob es für die Ausführung der Baumeisterarbeiten und insbesondere für die Arbeitssicherheit und den Schutz der Werke selbst unabdingbar gewesen ist, die

Baugruben vor eintretendem Grund-, Quell und Hangwasser zu befreien, kann offen gelassen werden. Jedenfalls ist der Klägerin nicht zuzustimmen, dass ihr nichts anderes übrig geblieben ist, als eigene Hockdruckpumpen zum Abpumpen von Grund-, Quell und Hangwasser einzusetzen, um mit den Arbeiten beginnen und fortschreiten zu können. Erstens hätte gemäss Vertragsziffer 5 des Werkvertrags die Pflicht bestanden, fehlerhafte oder unfachgemässe Vorarbeiten anderer Unternehmer der Bauleitung zu melden, wobei im Säumnisfall die Anerkennung der Mängelfreiheit der Vorarbeiten vorgesehen sowie bei einer Meldung vor der Arbeitsaufnahme bzw. -fortsetzung die Weisungen der Bauleitung abzuwarten gewesen wären (act. 3/2 S. 2 f.). Analoges muss für die von der Klägerin geschilderte Situation von eintretendem Grund-, Quell- und Hangwasser gelten. Im Falle entsprechender Weisungen hätte die Klägerin ihre Arbeitsaufnahme dann von einer Regelung der nach ihrem Verständnis erforderlichen zusätzlichen Leistungen im Sinne von Vertragsziffer 7 abhängig machen können.

Stattdessen teilte K._____ namens der Klägerin der Beklagten erst mit E-Mail vom 2. Februar 2011 mit, die Pumpenstunden für die Entwässerungen der Baugruben seien noch nicht beglichen worden (act. 3/64), wobei es sich unstreitig um behauptete Pumpenstunden im Zeitraum Mai bis Dezember 2010 handelte. Darauf antwortete M._____ von der Beklagten gleichentags, die Pumpenstunden seien gemäss Werkvertrag in der Pauschale enthalten und die Forderung würde zurückgewiesen. Zudem habe K._____ am 23. Dezember 2010 die Frage, ob nun bis Ende des Jahres 2010 sämtliche Aufwendungen ausserhalb der Pauschale abgegolten seien, bejaht (act. 3/66). Darauf entgegnete K._____ mit E-Mail vom 5. Februar 2011, betreffend die angefallenen Regiearbeiten, die direkt von der Beklagten hätten beglichen werden müssen, hätte am 23. Dezember 2010 eine Einigung erzielt werden können; er, K._____, habe mündlich bestätigt, dass keine Regierapporte vom Jahre 2010 mehr offen seien. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass keine Nachträge vom Jahr 2010 erstellt werden könnten (act. 3/67).

Die Klägerin stellt sich indessen andernorts auf den Standpunkt, dass zusätzliche Arbeiten nach Regie vergütet würden (act. 1 Rz. 101 und 205). Zudem reicht sie *Rapporte* für Pumpenstunden sowie den *Regietarif* bzw. *Regieansätze* 2011 be-

treffend Pumpenstunden ins Recht (act. 1 Rz. 102; act. 3/64-65). Der geltend gemachte Nachtrag für das Jahr 2010 erforderte demnach ebenfalls Regierapporte, was indessen im Widerspruch zur Aussage von K._____ steht, es seien keine Regierapporte vom Jahr 2010 mehr offen. Angesichts der Vorbehaltlosigkeit der Aussage von K._____, es seien keine Regierapporte aus dem Jahr 2010 mehr offen, und der Allgemeinheit der vorangehenden Frage von M._____, ob nun bis Ende 2010 sämtliche Aufwendungen ausserhalb der Pauschale abgegolten seien, war die Verzichtserklärung entgegen der klägerischen Ansicht nicht auf die Vergütung von Arbeitsstunden für der Bauleitung überlassene Bauarbeiter beschränkt (act. 18 Rz. 164), auch wenn diese ebenfalls besprochen wurden (allerdings ist als Datum der Besprechung der 21. und nicht der 23. Dezember 2010 angegeben; act. 10/17). Aufgrund der Tatsache, dass K._____ unbestrittenermassen für die Klägerin handelte, ist dessen Aussage, es seien keine Regierapporte vom Jahr 2010 mehr offen, demnach auch als Verzichtserklärung auf weitergehende Ansprüche in Bezug auf allfällig vorgenommene Pumpenstunden zu werten.

Unabhängig davon ist auch von einem stillschweigenden Verzicht auszugehen, denn unbestrittenermassen waren gemäss Leistungsbeschreibung gewisse Pumparbeiten betreffend Meteorwasser vorzunehmen; entsprechend hätte sich zwecks Regelung bzw. Abgrenzung eine frühzeitige, konkrete Ankündigung von Mehrkosten aufgedrängt. Das Zuwarten bis 11. Februar 2011 ist deshalb als Verzicht zu werten. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Parteien – wie erwähnt – in Vertragsziffer 7 des Werkvertrags eine Genehmigungspflicht für zusätzliche Arbeiten statuiert hatten (vgl. dazu weiter oben; act. 3/2 S. 3). Eine solche hätte u.a. der zeitnahen Überprüfung solcher Arbeiten bzw. Kosten gedient. Die in diesem Zusammenhang getätigte Aussage der Klägerin, wonach die Beklagte den Unternehmern und insbesondere der Klägerin entsprechend den Bedürfnissen auf der Baustelle regelmässig und ohne vorgängige schriftliche Anordnung zusätzliche Arbeiten zugewiesen habe (act. 1 Rz. 101), erweist sich als zu wenig substantiiert, worauf die Beklagte zu Recht hinweist (act. 8 Rz. 78).

Auch wenn die Nichtankündigung einer Mehrforderung nach dem Gesagten sogar im Falle eines Genehmigungsvorbehalts für zusätzliche Arbeiten nicht zwingend

als stillschweigende Verzichtserklärung zu interpretieren ist, ist dies vorliegend betreffend die Pumpenstunden aufgrund der dadurch für die Beklagte resultierenden Nachteile der Fall. Während sich ein Grossteil der Kosten aufgrund der Verschiebung der Arbeiten an den Häusern 3 und 4 erst mit dem Anfallen dieser Arbeiten realisierten, wie auch die Klägerin ausführt (allerdings ohne in diesem Zusammenhang zwischen den zeitabhängigen und den weiteren Kosten zu differenzieren; act. 18 Rz. 76), fielen die Pumpenstunden bereits zwischen Mai und Dezember 2010 an und wurden bekanntlich erst im Februar 2011 geltend gemacht. Ein Grund für das lange Zuwarten ist angesichts der vertraglichen Abmachungen, welche eine Offerte auf Basis der Unternehmerofferte bzw. eine schriftliche Vereinbarung vorgesehen hätten, nicht ersichtlich. Das lange Zuwarten bzw. Nichtkommunizieren in Bezug auf die Mehrvergütung betreffend die anfallenden Pumpenstunden erschwerte der Beklagten einerseits die Überprüfung dieser Arbeiten. Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass die Nachvollziehbarkeit der rapportierten Leistungen nicht mehr gegeben ist, wenn diese erst Monate nach ihrer Erbringung geltend gemacht werden bzw. nicht mehr verlässlich überprüft werden kann, ob die aufgezeichneten Pumpenstunden erbracht wurden und gegebenenfalls, was für eine Art von Wasser dabei abgepumpt worden ist (act. 8 Rz. 161). Andererseits wurde die Beklagte durch das lange Zuwarten auch davon abgehalten, sich gegebenenfalls anderweitig zu organisieren in Bezug auf die Entwässerungsproblematik.

Die Klägerin hat demnach keinen Anspruch auf eine Mehrvergütung aufgrund geleisteter Pumpenstunden im Zeitraum Mai bis Dezember 2010 gegen die Beklagte, da sie auf einen solchen sowohl konkludent als auch ausdrücklich verzichtet hat.

Nachdem für die Klägerin klar war, dass die bisherigen Pumpenstunden des Zeitraums Mai bis Dezember 2010 von der Beklagten zurückgewiesen wurden, hätten die späteren Pumpenstunden des Jahres 2011 zweifellos nach Vertrag offeriert bzw. vorgängig hätte ein schriftlicher Auftrag gemäss Vertragsziffer 7 eingeholt werden müssen (act. 3/2 S. 3). Auch für diesen Zeitraum steht der Klägerin somit kein Anspruch auf eine Mehrvergütung für geleistete Pumpenstunden zu.

Auf die fehlende beklagtsche Genehmigung bzw. die Problematik eines allfälligen stillschweigenden Verzichts auf den Genehmigungsvorbehalts durch die Beklagte (vgl. Vertragsziffer 7; act. 3/2 S. 3) ist deshalb nicht einzugehen, und auch die Fragen der tatsächlichen Erbringung bzw. des Umfangs und der Kostenansätze der Pumpenstunden können offengelassen werden.

6. Zins

Die Klägerin verlangt auf ihrer Forderung Zins zu 5 % ab den im Rechtsbegehren genannten Daten (act. 1 S. 2). Bezüglich des Zinses auf dem eingeklagten Betrag für Mehraufwendungen führt die Klägerin aus, sie habe die Beklagte mit Rechnung Nr. 20712 vom 17. Juni 2011 aufgefordert, die Forderung bis 17. August 2011 zu begleichen. Die Beklagte schulde deshalb Verzugszinse in Höhe von 5 % ab 18. August 2011. Zum Zinsbetrag auf der Forderung für die Stahlkosten verweist die Klägerin auf ihre Teuerungsabrechnung vom 17. Mai 2011, mit welcher sie einen voraussichtlichen Betrag von CHF 147'444.–, zahlbar bis zum 1. Juli 2011, in Rechnung stellte (act. 1 Rz 75 und 204). Auf dem gesamten eingeklagten Betrag für Stahlkosten von CHF 161'921.50 gemäss ihrer definitiven Abrechnung in der Klageschrift verlangt die Klägerin sodann Zins ab Klageeinleitung am 15. Mai 2012 (act. 1 Rz. 85 ff.).

Die Beklagte bestreitet die eingeklagte Zinsforderung für die Mehraufwendungen und die Stahlkosten nur mit der Begründung, da die Forderung der Klägerin für Mehraufwendungen nicht berechtigt sei resp. da die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung der Preisdifferenz für die Stahlkosten habe, schulde sie auch keinen Verzugszins (act. 8 Rz. 156 und 159).

Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, wenn er mit der Zahlung einer Geldforderung in Verzug ist, Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen. Die Beklagte befand sich mit der Zahlung der Forderung für die Mehraufwendungen nach unbenutztem Ablauf der von der Klägerin angesetzten Zahlungsfrist bis 17. August 2011 ab dem 18. August 2011 in Verzug. Sie ist daher zu verpflichten, auf dem Betrag von CHF 406'326.17 für Mehraufwendungen ab dem 18. August 2011 Zins zu 5 % zu bezahlen. Mit der Bezahlung der geschuldeten Forde-

rung für die Stahlkosten befand sich die Beklagte sodann ab dem 1. Juli 2011 in Verzug, weshalb sie zu verpflichten ist, auf dem Betrag von CHF 77'893.80 ab dem 2. Juli 2011 Zins zu 5 % zu bezahlen.

7. Zusammenfassung

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 484'219.97 (CHF 406'326.17 Mehraufwendungen + CHF 77'893.80 Stahlkosten) nebst Zins zu 5 % auf CHF 406'326.17 seit 18. August 2011 und auf CHF 77'893.80 ab 2. Juli 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

8. Prozesskosten

8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der obergerichtlichen Gebührenverordnung (GebV OG) und jene der Parteientschädigung nach der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG bzw. §48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwalts-gesetzes) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG bzw. AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 1'042'679.60 auszugehen (Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 2), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG aufgrund des aufwändigen Verfahrens mit einem Beweisverfahren zu verdoppeln und auf rund CHF 60'000.– festzusetzen ist. Die weiteren Kosten betragen CHF 900.– für Zeugenentschädigungen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten im Umfang von CHF 32'600.– der Klägerin und im Umfang von CHF 28'300.– der Beklagten aufzuerlegen und vorab aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen (Klägerin CHF 44'400, Beklagte CHF 2'100.–) zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist im Umfang von CHF 11'800.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Der Fehlbetrag ist von der Beklagten einzufordern.

8.2. Parteientschädigung

Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV bemessene, reduzierte Parteienschädigung von CHF 5'600.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 484'219.97 (CHF 406'326.17 Mehraufwendungen + CHF 77'893.80 Stahlkosten) nebst Zins zu 5 % auf CHF 406'326.17 seit 18. August 2011 und auf CHF 77'893.80 ab 2. Juli 2011 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 60'000.–; die weiteren Kosten betragen CHF 900.– für Zeugenentschädigungen.
3. Die Kosten werden im Umfang von CHF 32'600.– der Klägerin und im Umfang von CHF 28'300.– der Beklagten auferlegt und vorab aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen (Klägerin CHF 44'400, Beklagte CHF 2'100.–) gedeckt. Der Klägerin wird im Umfang von CHF 11'800.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Fehlbetrag wird von der Beklagten eingefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteienschädigung von CHF 5'600.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 78.
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). Der Streitwert beträgt CHF 1'042'679.60.

Zürich, 4. August 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Peter Helm

Claudia Marti