



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Ulrich Ritter, Thomas Huonder und Diego Brüesch sowie der Gerichtsschreiber Adrian Joss

Urteil vom 24. August 2015

in Sachen

A._____ AG ...,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG et dipl. Ing. ETH X1._____,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y._____,

betreffend **Forderung**

Inhaltsübersicht

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien und ihre Stellung	5
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	5
Erwägungen	7
1. Formelles	7
1.1. Örtliche Zuständigkeit	7
1.2. Sachliche Zuständigkeit	7
1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen	8
2. Vertraglicher Anspruch auf Mehrvergütung	8
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	8
2.2. Wesentliche Parteistandpunkte	8
2.3. Rechtliches	10
2.3.1. Pauschalpreis	10
2.3.2. Einheitspreis	11
2.3.3. Tatsächlicher Konsens und Auslegung eines Vertrags nach dem Vertrauensprinzip	11
2.3.4. Beweislastverteilung	14
2.3.5. Behauptungs- und Substantiierungslast sowie Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln	14
2.4. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (normativer Konsens)	15
2.4.1. Ausgangslage	15
2.4.2. Vertragliche Grundlagen	16
2.4.3. Allgemeine Einkaufsbedingungen der Beklagten als Vertragsbestandteil	17
2.4.4. Grammatikalische Auslegung	18
2.4.4.1. Streitpunkte	18
2.4.4.2. Auslegung der Ziff. 1.5 Spezifikation Stahlbau	19
2.4.4.3. Systematisches Element	21
2.4.4.4. Fazit	22
2.4.5. Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags	23
2.4.6. Ausschreibung	24
2.4.6.1. Streitpunkte zur Ausschreibung	25
2.4.6.2. Ausschreibungsunterlagen	26
2.4.6.3. Spezifikation Stahlbau vom 20. August 2010	27
2.4.6.4. Dokumente I. _____ zum Stahlbauprojekt Los 2	28
2.4.6.5. Dokument Preisstruktur, Angebot Stahlbau Los 2	29
2.4.6.6. Ausführungsvorschrift Stahlbau vom 4. September 2009	30
2.4.6.7. Informationsblatt Angebot Stahlbau Los 2 vom 28. Mai 2010	31
2.4.6.8. Fazit	31
2.4.7. Angemessenheit bzw. Sachgerechtigkeit der Regelung	31
2.4.8. Fazit	32
2.5. Tatsächlicher Konsens	32
2.5.1. Ausgangslage	32
2.5.2. E-Mails vom 14. und 23. Dezember 2010	33
2.5.3. Sitzung vom 24. Januar 2011	34

2.5.4. E-Mails vom 27. Januar 2011 und vom 31. Januar 2011	35
2.5.5. Abrechnung vom 14. Mai 2012	36
2.5.6. Fazit	36
2.6. Keine richterliche Vertragsanpassung	36
2.7. Keine Genehmigung des Nachtrags S-07	36
2.8. Quantitativ	39
2.9. Fazit	41
3. Haftung aus culpa in contrahendo	41
3.1. Parteistandpunkte	41
3.2. Rechtliches	41
3.3. Kein Verschulden	42
3.4. Verjährung	43
3.5. Fazit	44
4. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR	44
5. Ergebnis	45
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen	46

Rechtsbegehren der Klage:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 489'133.00 zzgl. Zins zu 5% seit 19. März 2012 auf CHF 278'328.90 und seit 25. Februar 2013 auf CHF 210'804.10 zu bezahlen.
2. Es seien die Wirkungen des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 14. Januar 2013) sowie in der Betreuung Nr. 2 (Zahlungsbefehl vom 26. Februar 2013) des Betreibungsamtes D. _____-... aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 9 sinngemäss)

1. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 284'909.35 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2013 zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 3 des Betreibungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 3. Juli 2013 in diesem Umfang definitiv und vollumfänglich zu beseitigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten.

Geändertes Rechtsbegehren:

(act. 30 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 235'181.50 zzgl. Zins zu 5 % seit 19. März 2012 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, welche in der Planung und Ausführung von Hallen, Stahl- und Metallbauten sowie im Handel mit Stahl und Metallprodukten tätig ist (act. 3/5).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie erbringt Dienstleistungen wie Beratung, Prozess und Verfahrenstechnik, Engineering sowie Projekt- und Qualitätsmanagement mit Eigen- oder Dritt-Know-How im Bereich der Umwelt- und Energietechnik für den öffentlichen Sektor, Industrien und gewerblichen Bedarf, insbesondere mit Problemstellungen bezüglich Rauchgasreinigung, thermische Entsorgung von Müll und Sondermüll sowie der Herstellung von Energie aus Biomasse (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin wurde von der Beklagten mit der Planung und Konstruktion einer Stahlbaukonstruktion im Zusammenhang mit der Erstellung einer Rauchgasreinigungsanlage beauftragt. Sie macht in diesem Verfahren Mehrkosten für zusätzliche Stahlmassen geltend und verlangt deren Vergütung.

B. Prozessverlauf

Am 27. Juni 2013 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts Klage mit oberwähntem Rechtsbegehren ein (act. 1). Sie leistete den ihr auferlegten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht (act. 4; act. 6). Mit ihrer Klageantwort vom 16. Oktober 2013 erhob die Beklagte Widerklage (act. 9). Den ihr hierauf auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete die Beklagte ebenfalls fristgerecht (act. 12; act. 14). Die Widerklageantwort datiert vom 28. Februar 2014 (act. 19). Am 4. Juni 2014 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien – un-

ter Mitwirkung der Gerichtsdelegation – folgenden Teil-Vergleich schlossen (Prot. S. 9 f., act. 25):

- " 1. Die Parteien vereinbaren, das Verfahren auf die klägerische Forderung aus "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt zu beschränken und im Übrigen mit diesem Vergleich zu erledigen.
2. Im darüber hinausgehenden Betrag reduziert die Klägerin die Klage auf CHF 55'000.– zzgl. 8% MwSt und die Beklagte anerkennt sie in diesem Umfang.
3. Gestützt auf diese Vereinbarung zieht die Beklagte ihre Widerklage vollumfänglich zurück.
4. Die Klägerin zieht die Betreibungen Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 14. Januar 2013) und Nr. 2 (Zahlungsbefehl vom 26. Februar 2013) des Betreibungsamtes D.____-... innert 30 Tagen nach Eingang der Zahlung gemäss Ziffer 2 zurück.
5. Die Beklagte zieht die Betreibung Nr. 3 des Betreibungsamtes C.____ (Zahlungsbefehl vom 3. Juli 2013) zurück.
6. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten (mit Ausnahme derjenigen betreffend die klägerische Forderung aus "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt) je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung für den Aufwand bis und mit heute (mit Ausnahme des bisherigen und künftigen Aufwandes im Zusammenhang mit der noch offenen klägerischen Forderung aus "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt).
7. Mit Erfüllung dieses Vergleichs erklären sich die Parteien per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche, mit Ausnahme der noch offenen klägerischen Forderung aus "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt, auseinandergesetzt."

Das Verfahren wurde, soweit es nicht die klägerische Forderung aus dem "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt. betrifft, in der Folge mit Verfügung vom 6. Juni 2014 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschrieben (act. 26).

Betreffend den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch aus dem "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" im Umfang von CHF 217'760.65 zzgl. 8% MwSt. wurde das Verfahren fortgesetzt. Schliesslich wurde mit Verfügung vom 16. Juni 2014 der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (act. 28). Nach Eingang der Replik vom 18. September 2014 (act. 30), in welcher die Klägerin ihre Forderung aus dem "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" im Rechtsbegehren inklusive Mehrwertsteuer aufführt, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. September 2014 Frist zur Duplik angesetzt (act. 32). Diese wurde mit Eingabe vom 17. Dezember 2014 erstattet (act. 35) und in der Folge der Klägerin zugestellt (act. 36). Auf die Durchführung einer Hauptverhandlung haben die Parteien verzichtet (act. 40; act. 41).

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Im vorliegenden Fall geht es um eine Forderung im Zusammenhang mit einem Werkvertrag. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus einer zwischen den Parteien in den Allgemeinen Einkaufsbestimmungen der Beklagten geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung (act. 3/4 Ziff. 11.4; Art. 17 ZPO).

Selbst wenn man der klägerischen Auffassung folgen würde, wonach die Allgemeinen Einkaufsbestimmungen der Beklagten vertraglich nicht übernommen wurden (act. 1 Rz. 3; vgl. Ziff. 2.4.3 hernach), besteht aufgrund von Art. 31 ZPO eine Zuständigkeit für Klagen aus Vertrag am Sitz der Beklagten. Im Ergebnis ist die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts unstrittig (act. 1 Rz. 2 f.; act. 9 Rz. 2 f.).

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht Zürich ist unbestrittenermassen auch sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist (vgl. Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Vertraglicher Anspruch auf Mehrvergütung

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte ist im April 2009 von E._____ (E._____) beauftragt worden, im Rahmen eines Projektes zur Erstellung einer Anlage zur thermischen Verwertung von Siedlungsabfällen auf dem Gelände F._____ die komplette Rauchgasreinigungsanlage zu planen und zu erstellen. Die einzelnen Arbeiten sind von der E._____ als Lose vergeben worden, wobei die an die Beklagte vergebene Rauchgasreinigungsanlage das Los 2 bildete. Die Arbeiten für die Erstellung und Planung der Stahlbaukonstruktion für die Rauchgasreinigungsanlage mit Tanklager schrieb die Beklagte ihrerseits aus. Die Stahlbaukonstruktion sollte als Abstellbasis für die Anlageteile der Rauchgasreinigungsanlage dienen und bezweckte, einen sicheren Zugang zu allen Eingriffspunkten der Rauchgasreinigungsanlage zu den benachbarten Anlagezonen zu schaffen. Mit E-Mail vom 2. Juni 2010 lud die Beklagte die Klägerin zur Offertstellung für die ausgeschriebenen Arbeiten ein. Im Anschluss fanden zwischen den Parteien Offertverhandlungen statt, welche schliesslich zum Abschluss eines Werkvertrags führten (act. 1 Rz. 9 ff.; act. 9 Rz. 8 ff.).

2.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin macht geltend, ihr seien Kosten für zusätzlich benötigte Stahlmassen entstanden. Nach vereinbarungsgemäsem Beginn der Planung bzw. dem Engineering habe sich herausgestellt, dass das Vorausmass gemäss Ausschreibung der Beklagten viel zu klein gewesen sei. Gemäss Vorausmass seien 156 Tonnen Stahl für die Stahlkonstruktion nötig gewesen, die Statik der Klägerin habe aber ergeben, dass 97,15 Tonnen mehr nötig seien, was einer Mehrung von über 60% gegenüber den beklaglichen Angaben in der Ausschreibung entspreche. Trotz der Vereinbarung eines Pauschalpreises sei gemäss vertraglicher Vereinbarung

das Risiko dieser Mehrmassen Stahl der Beklagten übertragen worden. So sei in Ziff. 1.5 Abs. 2 der den Ausschreibungsunterlagen beigelegenen Spezifikation Stahlbau festgelegt worden, dass eine Abweichung von mehr als 10 % von den Projektplänen zu einer Preisanpassung für die entsprechende Vertragsposition führe. Der Beklagten seien die Stücklisten und Stahlbaupläne zur Genehmigung unterbreitet worden, welche sie im Nachgang zur Besprechung vom 24. November 2010 und 2. Dezember 2010 vorbehaltlos angenommen und zudem bestätigt habe, die Mehrkosten zu übernehmen. In der Folge sei nur so viel Stahl wie nötig verbaut worden, der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe absichtlich grössere Profile zwecks effizienterer Montage verwendet, gehe ins Leere. Zudem habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass die als Basis für die Preisbildung genutzten Ausschreibungsunterlagen der Beklagten zumindest annähernd genau und korrekt seien. Es habe mithin bereits ein Vorausmass bzw. eine Vorstatik bestanden, auf welche sie sich habe verlassen dürfen (act. 1 Rz. 10 ff; act. 30 Rz. 8 ff.).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass grundsätzlich ein Pauschalpreis vereinbart worden sei. Abweichungen vom Pauschalpreis seien nur für den Fall vereinbart worden, dass die Beklagte eine Änderung der Projektpläne vornehme, welche eine Abweichung von 10 % oder mehr pro Vertragsposition zur Folge habe. Die Beklagte habe hinsichtlich der streitgegenständlichen Stahlkonstruktion keine von den Projektplänen abweichenden Vorgaben gemacht, weshalb folglich nur der Pauschalpreis für die in den Submissionsplänen dargestellte Stablage (Planung und Erstellung der Basiskonstruktion) geschuldet sei. Überdies bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behaupteten Mehrmassen. Die Klägerin habe im Interesse einer rationellen und kostengünstigen Montage über weite Strecken überdimensionierte Profile verwendet, weshalb höchstens ein Mehrgewicht von ca. vier bis fünf Prozent für Erdbebenlasten gerechtfertigt werden könnte. Schliesslich sei es unzutreffend, dass die Beklagte die Mehrmassen genehmigt habe. Die Beklagte habe mit der Freigabe der Konstruktionspläne lediglich aus technischer Sicht bestätigt, dass die Stahlkonstruktion wie von der Klägerin geplant mit Bezug auf die vorgegebene Stablage in Ordnung sei und so produziert werden könne. Da die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart hätten, trage die

Preisgefahr allein der Unternehmer bzw. die Klägerin. Die Ausschreibung sei so aufgebaut gewesen, dass eine komplette Leistung (Engineering und Arbeitsausführung) zu einem Pauschalpreis gefragt gewesen sei. Der Beklagten sei zur Zeit der Ausschreibung auch keine Vorstatik vorgelegen, womit sie auch keine Vorstellung gehabt habe, welche Profilgrössen zu verwenden seien. Vielmehr sei die Klägerin in der Wahl der Profilgrössen frei gewesen. Die Beklagte weise auch keinerlei Engineeringkenntnisse im Bereich Stahlbau auf (act. 9 Rz. 18 ff.; act. 35 Rz. 11 ff.).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Pauschalpreis

Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer gemäss Art. 373 Abs. 1 OR verpflichtet, das Werk für diese Summe fertigzustellen. Er darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war. Nur im Falle ausserordentlicher Umstände kann der Richter gemäss Art. 373 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen. Ausserordentliche Umstände nach Art. 373 Abs. 2 OR sind entweder Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, oder Umstände, die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 1074). Gemäss Art. 373 Abs. 3 OR hat der Besteller auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit als vorgesehen verursacht hat.

Unter Art. 373 OR fällt der Tatbestand des Pauschalpreises. Ein solcher liegt dann vor, wenn sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk als Ganzes zu einer vertraglich fixierten Geldsumme herzustellen (und abzuliefern) hat. Die zwischen den Parteien getroffene pauschale Preisabrede ist verbindlich. Und sie ist grundsätzlich auch dann unabänderlich, wenn die Erstellungskosten (Arbeits-, Material- und andere Kosten) höher oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR). Dabei macht es keinen Unterschied, worin der Grund für die Mehr-

oder Minderkosten besteht. Nicht entscheidend ist mithin, ob die ursprüngliche Kostenvorstellung des Unternehmers auf grober Schätzung oder auf genauer Kostenanalyse beruht. Was die Mehrkosten im Besonderen angeht, so befreien sie den Unternehmer selbst dann nicht von der eingegangenen Preisbindung, wenn sie bewirken, dass er ohne Gewinn, gegebenenfalls sogar mit Verlust, arbeiten muss. Ein zu grosser Aufwand geht ohne weiteres zu seinen Lasten, während er umgekehrt auch von allfälligen Einsparungen profitiert. Der Pauschalpreis hat mithin ein spekulatives Element. Der umschriebene Festpreischarakter des Pauschalpreises ist allerdings kein absoluter. So ist es insbesondere möglich, dass sich die Parteien ein Recht auf Preiserhöhung oder -minderung für bestimmte Fälle vertraglich vorbehalten haben (Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 5; GAUCH, a.a.O., Rz. 900 ff.).

2.3.2. Einheitspreis

Unter den Tatbestand von Art. 373 OR fällt weiter der Einheitspreis. Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine bestimmte (Einzel-)Leistung, die der Unternehmer zur Ausführung des Werkes aufbringen muss. Sein Merkmal besteht darin, dass er je Einheit dieser Leistung (z.B. Tonne) festgesetzt wird. In der Verhandlungspraxis kommt es nicht selten vor, dass der Unternehmer für die Ausführung des Werkes zunächst Einheitspreise offeriert, der Vertrag dann aber doch zu einem Pauschalpreis abgeschlossen wird, mithin eine Pauschalierung stattfindet. Davon zu unterscheiden ist der Fall, bei dem Unternehmer die Ausführung des Werkes von vornherein pauschal offeriert hat, obwohl vom Besteller eine Offerte mit Einheitspreisen verlangt wurde. Wird der Vertrag mit dem offerierten Pauschalpreis abgeschlossen, so kommt er mit diesem Preis zustande (GAUCH, a.a.O., Rz. 915 ff. und 932 f.).

2.3.3. Tatsächlicher Konsens und Auslegung eines Vertrags nach dem Vertrauensprinzip

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung von Verträgen der Grundsatz der subjektiven Auslegung, das heisst, der Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie nach dem Sinn,

den ihr die Parteien übereinstimmend beigemessen haben und nicht etwa nach einer unrichtigen Bezeichnung oder Ausdrucksweise. Um darüber befinden zu können, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen Parteien zustande gekommen ist, muss demnach zunächst nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen gesucht werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Es obliegt folglich dem Gericht, zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien (z.B. Parteiverhalten nach Vertragsschluss). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Wenn es dem Gericht nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäußerten wirklichen Willen nicht verstanden hat, muss das Gericht eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen geben konnten und mussten. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauensprinzip zur Anwendung, wobei die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenserklärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, eine Rechtsfrage ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1).

Bei der Vertrauensauslegung hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihrem sonstigen Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben. Umstände, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren, sind dabei mit zu berücksichtigen. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb nachträgliches Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – im Gegensatz zur Situation bei der Ermittlung des natürlichen Konsenses – nicht von Bedeutung ist.

Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Grundsatz differenziert, wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. Es kann demnach nicht (mehr) zum Grundsatz

erhoben werden, dass andere Auslegungsmethoden bei klarem Wortlaut zum Vornherein auszuschliessen sind. Vielmehr geht aus Art. 18 Abs. 1 OR hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlautes nicht zwangsläufig massgebend sein muss und die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck bzw. der Interessenlage oder anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Das Gericht orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

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

2.3.4. Beweislastverteilung

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).

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).

2.3.5. Behauptungs- und Substantiierungslast sowie Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln

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).

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO enthält die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen (Prinzip der Beweisverbindung). Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweis-

offerten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Mangels solcher Beweisofferten der beweisbelasteten Partei unterbleibt eine Beweisabnahme (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Die Beweismittel sind vor Aktenschluss 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. 2013, Art. 221 N. 51 f.).

2.4. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (normativer Konsens)

2.4.1. Ausgangslage

Trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens ist zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und es bleibt für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 f.).

Das Bundesgericht hat diese Art der Vorgehensweise geschützt. Es führte dazu aus: *"E. 5.1: [...] Ziel der Vertragsauslegung ist es demnach, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. E. 5.2: Die Vorinstanz ging umgekehrt vor, indem sie zuerst eine normative Auslegung vornahm und hernach prüfte, ob die Beschwerdeführerin ihre davon abweichende Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bewiesen habe. Im Ergebnis schadet dieses Vorgehen nicht, da die Vorinstanz so oder anders prüfte, ob ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille, wie ihn die Beschwerde-*

führerin behauptete, bewiesen sei. [...]" (Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012).

2.4.2. Vertragliche Grundlagen

Unstrittig bildete zwischen den Parteien die Bestellung H-10-1025 vom 13. September 2010 vertragliche Grundlage (act. 1 Rz. 15; act. 30 Rz. 9 und 41; act. 9 Rz. 12/13; act. 3/15).

Grundlage der Bestellung bildeten die nachfolgenden Dokumente, welche in ihrer aufgeführten Reihenfolge integrierender Bestandteil waren (act. 3/15 S. 2):

- Unsere [der Beklagten] Bestellung H-10-1025 mit den Allgemeinen Einkaufsbedingungen D0062, 27.05.2010 B._____
- Technische Spezifikation Stahlbau Nr. [...] vom 20.08.2010 mit allen darin erwähnten mitgeltenden Beilagen
- Telefonische Vereinbarung Zahlungsbedingungen zwischen den HH. G._____/H._____ vom 10.09.10
- Besprechung vom 08.07.2010 bei B._____ in D._____
- E-Mails Firma A._____ AG vom 27.08.2010/08:24 h und 03.09.2010/10:08 h
- Offerte Nr. 106 451S vom 29.06.2010

Auf der Bestellung ist auf Seite 1 unter anderem der von den Parteien im Grundsatz nach vereinbarte Pauschalpreis von CHF 1'372'230.– ersichtlich. Auf Seite 3 der Bestellung findet sich hinsichtlich der Vergütung folgender Hinweis: *"PREIS: Festpreis, gültig bis Vollendung des Bauwerkes."*

Die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten statuieren in Ziff. 2.1 hinsichtlich der Preise Folgendes (act. 3/4): *"Die vereinbarten Preise sind Festpreise und schliessen Nachforderungen aller Art aus. Sind keine Preise in der Bestellung angegeben, gelten allenfalls ihre derzeitigen Listenpreise mit den handelsüblichen Abzügen. Durch die Art der Preisstellung wird die Vereinbarung über den Erfüllungsort nicht berührt."*

In der Technischen Spezifikation Stahlbau vom 20. August 2010 [Spezifikation Stahlbau] wurde in Ziff. 1.5 hinsichtlich der Vergütung folgende Regelung getroffen, über deren Auslegung sich die Parteien hauptsächlich uneinig sind (act. 3/7):

Trotz fixierter Einheitspreise erfolgen Bestellung und Abrechnung des Basisauftrages zum Pauschalpreis.

Bis zur Fabrikationsfreigabe sind Abweichungen von den Projektplänen im Detail möglich, da vieles mit den Konstruktionen der Komponentenlieferanten zu koordinieren ist. Solche, während der Ausführungsplanung festgestellten Anpassungen, berechtigen nur zu Preisanpassungen, wenn ihre Summe 10 % der entsprechenden Vertragsposition übersteigen.

[...]

Nach der Freigabe angeordnete Änderungen werden nur nach vom AG unterschriebenen / akzeptierten Regierapporten bzw. Änderungsbestellungen des AN abgegolten. Basis dazu ist die vollständige Regieansatzliste des ANs.

Nachträge (in Anfrage und Bestellung nicht enthaltene Leistungen und Lieferungen) bedürfen vor der Ausführung in jedem Fall der schriftlichen Bestellung seitens des AGs.

Für die Abrechnung von Nachträgen und Regiearbeiten gelten die gleichen Konditionen wie für den Hauptauftrag.

Die Schlusszahlung wird von der Vollständigkeit der Enddokumentation abhängig gemacht.

Mit der bei der Beklagten am 28. Oktober 2010 eingegangenen Auftragsbestätigung gab die Klägerin an, die Bestellung H-10-125 vollumfänglich zu akzeptieren (act. 11/7).

2.4.3. Allgemeine Einkaufsbedingungen der Beklagten als Vertragsbestandteil

Strittig ist, ob die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten (act. 3/4) Vertragsbestandteil wurden. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten vom 27. Mai 2010 seien nicht übernommen worden und auch nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen; die Klägerin habe ihnen somit auch nie zugestimmt (act. 1 Rz. 3, 10, 17 und 70; act. 30 Rz. 35). Demgegenüber macht die Beklagte geltend, die Allgemeinen Einkaufsbedingungen seien der Klägerin schon mit E-Mail vom 2. Juni 2010 zusammen mit den übrigen Ausschreibungsunterlagen zugestellt und überdies in der Bestellung vom 13. September 2010 auch ausdrücklich als integrierender Vertragsbestandteil genannt worden (act. 9 Rz. 10; act. 35 Rz. 47).

Wie aus den von der Beklagten eingereichten E-Mails hervorgeht, wurden die Ausschreibungsunterlagen in verschiedenen Sendungen an die Klägerin verschickt. In der E-Mail vom 2. Juni 2010, 10:25 Uhr, sind die Allgemeinen Einkaufsbedingungen im Anhang ersichtlich (act. 11/2; act. 11/10). Ebenso wurden sie in der Bestellung H-10-125 zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt. Weshalb die Klägerin angesichts dessen den Allgemeinen Einkaufsbedingungen nicht zugestimmt haben soll, führt sie nicht näher aus. Sie bestreitet den Erhalt des E-Mails vom 2. Juni 2010 mit den Allgemeinen Einkaufsbedingungen auch nicht. In der bei der Beklagten am 28. Oktober 2010 eingegangenen Auftragsbestätigung (act. 11/7) brachte sie keine Vorbehalte an, sondern bestätigte, die Bestellung mit den darin erwähnten Allgemeinen Einkaufsbedingungen vollumfänglich zu akzeptieren. Infolgedessen gelten die Allgemeinen Einkaufsbedingungen ebenfalls als vertraglich vereinbart.

2.4.4. Grammatikalische Auslegung

2.4.4.1. Streitpunkte

Die Bestellung H-10-1025 vom 13. September 2010 (act. 3/15) und die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten statuieren dem Grundsatz nach einen Pauschalpreis. In Abweichung vom vereinbarten Pauschalpreis sieht Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau allerdings für bestimmte Fälle ein Recht auf Preiserhöhung oder Preisminderung vor, was unstrittig ist. Uneinig sind sich die Parteien über die Auslegung der Preisanpassungsklauseln von Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau (act. 3/7).

Die Klägerin versteht Ziff. 1.5 Abs. 2 der Spezifikation Stahlbau dahingehend, dass eine Abweichung von den Projektplänen bzw. von den Ausschreibungsplänen von mehr als 10 % zu einer Preisanpassung für die entsprechende Vertragsposition führe. Als Regelungsgegenstand betreffe Ziff. 1.5 Abs. 2 nicht *Änderungen* der Ausschreibungspläne, sondern nur *Abweichungen* bzw. während der Ausführungsplanung festgestellte Anpassungen. Bei der Auslegung sei zu berücksichtigen, dass bei der Festlegung des Pauschalpreises die verschiedenen Komponenten der Kehrlichtverbrennungsanlage in ihrem Ausmass noch nicht de-

finitiv festgestanden seien und die definitive Statik noch nicht vorgelegen habe. Der vertragliche Leistungsumfang sei indes unverändert geblieben (act. 1 Rz. 78 f.; act. 30 Rz. 10, 16, 31, 43 ff. und 51).

Die Beklagte macht dagegen geltend, der Pauschalpreis für die in den Stahlbauplänen der Beklagten gezeigte Stablage sei bis zur Bauvollendung fest. Vom Pauschalpreis werde nur dann abgewichen, wenn die Beklagte der Klägerin andere planerische Vorgaben mache; das heisst, es seien Abweichungen der von der Beklagten vorgegebenen Stablage (Funktionsskizze der Stahlbaukonstruktion) erforderlich, welche in ihrer Summe 10 % oder mehr ausmachen würden. Eine Abweichung von den Projektplänen liege demnach nur dann vor, wenn die Beklagte der Klägerin andere planerische Vorgaben mache. Die Stablage der Stahlkonstruktion sei jedoch seit der Ausschreibung unverändert geblieben, Gegenteiliges behaupte auch die Klägerin nicht. Nur im Falle einer von der Beklagten veranlassenen Planänderung und der Überschreitung der 10 % - Schwelle hätte in einem von der Beklagten schriftlich zu akzeptierenden Nachtragsangebot der Klägerin ein neuer Preis vereinbart werden müssen (act. 9 Rz. 11 ff. und 78 ff.; act. 35 Rz. 8 f., 25, 31, 45 und 53 ff.).

2.4.4.2. Auslegung der Ziff. 1.5 Spezifikation Stahlbau (act. 3/7)

Im ersten Absatz von Ziff. 1.5 wird festgehalten, dass Bestellung und Abrechnung des *Basisauftrags* zum Pauschalpreis erfolgen. Fraglich ist, welche Leistungen unter dem Begriff *Basisauftrag* zu verstehen sind. Gemäss allgemeinem Sprachgebrauch wird erwartet, dass bei der Verwendung des Begriffs *Basisauftrag* eine Abgrenzung zwischen dem bereits vertraglich Vereinbarten und dem nachträglich Vereinbarten beabsichtigt wird. Diese Unterscheidung geht auch aus Ziff. 1.5 Abs. 5 hervor, worin abgrenzend festgehalten wird, dass *Nachträge* in Anfrage und Bestellung nicht enthaltene Leistungen und Lieferungen beinhalten würden. Zu beachten ist, dass Basis für den Vertragsschluss die Projektpläne in den Ausschreibungsunterlagen der Beklagten bildeten. Dass in Ziff. 1.5 Abs. 2 Bezug auf diese genommen wird, ist zwischen den Parteien auch unbestritten (act. 30 Rz. 10; act. 35 Rz. 8). Zu folgern ist daraus, dass unter dem Begriff *Basisauftrag* die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Vorgaben (unter Bezug-

nahme auf die Ausschreibungsunterlagen) zu verstehen sind, wozu die von der Beklagten definierte Stablage (act. 11/17-19) gehört. Dafür sollte ein Pauschalpreis gelten. Zur Bedeutung des Zusatzes "*Trotz fixierter Einheitspreise*" vgl. Ziff. 2.4.6.5 hernach.

Der zweite Absatz hat Abweichungen bzw. Anpassungen der Projektpläne zum Regelungsgegenstand. Die im zweiten Absatz verwendeten Begriffe *Abweichungen* und *Anpassungen* meinen offensichtlich dasselbe, da der zweite Satz klar Bezug auf den ersten Satz nimmt, zumal sich aus dem übrigen Vertragsgefüge auch keine Hinweise ergeben, dass die Parteien den Begrifflichkeiten unterschiedliche Bedeutung zugemessen hätten. Vielmehr zeigt sich daraus, dass die Parteien keine präzisen Begrifflichkeiten verwendet haben, weshalb auch die von der Klägerin behauptete Differenzierung zwischen *Abweichung* im Absatz zwei und *Änderung* im Absatz vier fraglich erscheint. Naheliegender ist es, eine Abgrenzung der Absätze untereinander auf der zeitlichen Ebene anstatt anhand der Begrifflichkeiten vorzunehmen. So bezog sich der zweite Absatz auf die Phase während der Ausführungsplanung "*Bis zur Fabrikationsfreigabe*", wovon auch die Klägerin ausgeht (act. 30 Rz. 43). Entscheidend ist jedoch, ob sich der zweite Absatz nur auf abweichende Planvorgaben seitens der Beklagten bezieht oder auch auf Abweichungen der Ausführungsplanung zur Projektplanung, welche sich durch das Engineering der Klägerin ergeben haben. Der Teilsatz, "*da vieles mit den Konstruktionen der Komponentenlieferanten zu koordinieren ist*", gibt dazu Aufschluss. Er bringt zum Ausdruck, dass sich der zweite Absatz von Ziff. 1.5 auf Abweichungen bezieht, welche durch die Koordination mit den Konstruktionen der Komponentenlieferanten bedingt sind. Mit anderen Worten erfolgt die Preisanpassung aufgrund von abweichenden Vorgaben seitens der Komponentenlieferanten, was mithin der Risikosphäre der Beklagten zuzuschreiben ist. Damit liegt es nahe, den Wortlaut so wie die Beklagte zu verstehen, nämlich, dass eine Preisanpassung nur dann erfolgt, wenn die Beklagte der Klägerin andere planerische Vorgaben macht, die pro Vertragsposition eine Abweichung von 10 % oder mehr zur Folge hat. Dies steht auch in Einklang mit der Auslegung des ersten Absatzes der Ziff. 1.5, wonach zum Basisauftrag die von der Beklagten vordefinierte Stablage zählte, was es in systematischer Hinsicht ebenfalls zu berücksichtigen gilt. Die

Auslegungsvariante der Klägerin findet überdies keinen direkten Niederschlag im Wortlaut. Hätten die Parteien nämlich die Unrichtigkeit bzw. grundsätzlich eine Diskrepanz zwischen den Projektplänen und der Ausführungsplanung regeln wollen, wäre der Teilsatz *"da vieles mit den Konstruktionen der Komponentenlieferanten zu koordinieren ist"* kaum (einschränkend) eingefügt worden, sondern es wäre eine Formulierung gewählt worden, welche deutlich auf die Richtigkeit der Angaben in den Projektplänen bzw. in den Ausschreibungsunterlagen Bezug genommen hätte. Zudem ist die Klausel im Hinblick auf eine noch zu erfolgende *Koordination mit den Konstruktionen der Komponentenlieferanten* zukunftsgerichtet formuliert, was ebenfalls nahelegt, dass nicht unzutreffende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen Gegenstand der Regelung waren. Anzumerken bleibt, dass sich die einzelnen *Vertragspositionen* aus der Gliederung ergeben, gemäss welcher die Offerte durch die Klägerin zu erstellen war (act. 3/11; vgl. dazu Ziff. 2.4.6.5 hernach).

Der dritte Absatz von Ziff. 1.5 ist für die Auslegung nicht einschlägig. Der vierte Absatz bezieht sich auf nach der Fabrikationsfreigabe angeordnete Änderungen und hält dazu fest, dass solche nur aufgrund von der Beklagten unterschriebenen bzw. akzeptierten Regierapporten bzw. Änderungsbestellungen abgegolten würden. Der fünfte Absatz betrifft Nachträge, welche zusätzliche vertraglich vereinbarte Leistungen umfassen und hält diesbezüglich fest, dass es vor der Ausführung in jedem Fall der schriftlichen Bestellung durch die Beklagte als Auftraggeberin bedürfe. Sowohl der vierte als auch der fünfte Absatz treffen eine Regelung für den Zeitpunkt nach der Fabrikationsfreigabe. Wie die Klägerin zu Recht annimmt, sind sie damit für die vorliegende Konstellation nicht einschlägig (act. 30 Rz. 51 f.).

2.4.4.3. Systematisches Element

Bei der grammatikalischen Auslegung gilt es ebenfalls das systematische Element zu berücksichtigen, vor allem auch im Kontext zum übrigen Vertragsgefüge. Von Relevanz ist dabei insbesondere der Hinweis auf Seite 3 der Bestellung H-10-1025 vom 13. September 2010 (act. 3/15), wonach ein *"Festpreis, gültig bis Vollendung des Bauwerkes"* gelten sollte. Ein Anspruch auf Preiserhöhung für

bestimmte Fälle ist nicht vorgesehen, ebenso wenig wie in Ziff. 2.1. der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten, welche lediglich festhält, dass die vereinbarten Preise Festpreise darstellen würden und Nachforderungen aller Art ausgeschlossen seien. Unklar ist, ob die Preisanpassungsbestimmungen in Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau aufgrund der in der Bestellung H-10-1025 getroffenen Prioritätenregelung, wonach den Allgemeinen Einkaufsbedingungen und der Bestellung gemäss vertraglicher Abrede Vorrang zukommen sollte (act. 3/15 S. 2), verdrängt werden, so dass für eine vertragliche Preisanpassung gar kein Raum mehr bliebe. Dass die Regelung in Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau durch die erwähnten Bestimmungen abgeändert wurde, behauptet jedoch zu Recht keine der Parteien. Vielmehr lässt sich Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau als ergänzende Regelung in Einklang mit den erwähnten Bestimmungen bringen. Indessen spricht das Fehlen von Preisanpassungsklauseln im übrigen Vertragsgefüge und die getroffene Prioritätenregelung unter systematischen Gesichtspunkten für die restriktivere beklagtsche Auslegungsvariante, wonach eine Anpassung des Pauschalpreises nur bei einer Änderung der Planvorgaben bzw. der Stablage durch die Beklagte erfolgen sollte. Hätten die Parteien gemäss klägerischer Interpretation das Risiko unrichtiger Pläne regeln wollen, wäre es naheliegender gewesen, einen Vorbehalt beim Pauschalpreis auf der Bestellung anzubringen.

2.4.4.4. Fazit

Die grammatikalische Auslegung ergibt somit, dass Ziff. 1.5 Abs. 2 entsprechend der beklagtschen Auslegung nicht als Regelung des Risikos von unzutreffenden Angaben in den Ausschreibungsplänen zu verstehen ist, sondern nur dann zur Anwendung gelangen sollte, falls die Beklagte der Klägerin bis zur Fabrikationsfreigabe *andere* planerische Vorgaben gemacht hätte. Eine in diesem Sinne verstandene Abweichung von den Projektplänen bzw. eine Abweichung von der vorgegebenen Stablage behauptet die Klägerin jedoch nicht (act. 30 Rz. 51 ff. und 57; act. 35 Rz. 9). Damit besteht auch keine Grundlage für einen Anspruch auf Mehrvergütung der Stahlmassen.

2.4.5. Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags

Weiter sind sich die Parteien darüber uneinig, ob der Werkvertrag bereits an der "Startsitzung" vom 13. September 2010 oder aber erst mit der Auftragsbestätigung, welche bei der Beklagten am 28. Oktober 2010 eingegangen ist, zustande gekommen ist. Die Klägerin macht geltend, dass sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte bereits an der "Startsitzung" vom 13. September 2010 geeinigt hätten. Die Parteien hätten im Sitzungsprotokoll festgehalten, dass die Klägerin umgehend mit dem Engineering zu beginnen habe (act. 30 Rz. 75). Die Beklagte bringt dagegen vor, dass hinsichtlich des Oberflächenschutzes gerade noch keine Einigung erzielt worden sei. Dies sei erst der Fall gewesen, als bei der Beklagten die Auftragsbestätigung der Klägerin am 28. Oktober 2010 eingegangen sei (act. 35 Rz. 92).

Falls die Erklärungen der Parteien zum Vertragsschluss zeitlich auseinanderfallen, wird gemäss Art. 3 OR ein Antrag (bzw. eine Offerte) vorausgesetzt, dessen Annahme die Gegenpartei zu erklären hat. Die Erklärung der Annahme muss eindeutig und vorbehaltlos den Vertragswillen zum Ausdruck bringen, dies in Kenntnis und unter Bezugnahme auf den unterbreiteten Antrag. Werden dem Antrag Änderungen materieller Art beigefügt, ist darin die Ablehnung des Antrags zu sehen und es wird zum Ausdruck gebracht, dass der Antrag in gestellter Form nicht akzeptiert wird (BUCHER, in: BSK OR I, Art. 3 N 4 und 19 ff.).

Aus dem Protokoll vom 13. September 2010 geht hervor, dass die Parteien hinsichtlich der Übernahme der Ausbesserungskosten des Oberflächenschutzes keine Einigung erzielen konnten (act. 20/2; Nr. 08 des Protokolls, insbesondere der Vermerk "*konnte noch nicht abgeschlossen werden*") und auch den Pauschalpreis noch nicht festgelegt hatten. In der von der Beklagten an die Klägerin versandten Bestellung vom 13. September 2010 schlug die Beklagte schliesslich nach der Sitzung einen Minderpreis von pauschal CHF 10'000.– vor, falls sie, die Beklagte, den Oberflächenschutz ausbessern sollte (act. 3/15 S. 1) und gab als Betrag für den Pauschalpreis CHF 1'372'230.– an. Somit fanden nach der "Startsitzung" noch Vertragsverhandlungen statt, welche nicht nur unwesentliche Nebenpunkte betrafen. Die vorbehaltlose Annahmeerklärung seitens der Klägerin erfolgte erst

mit der Auftragsbestätigung, welche am 28. Oktober 2010 bei der Beklagten eingegangen war (act. 11/7). Damit kam es erst zu diesem Zeitpunkt zum Vertragsabschluss. Dass die Klägerin bereits früher mit dem Engineering begonnen hatte, steht dem nicht entgegen, zumal es den Parteien unbenommen ist, bereits vorvertraglich gewisse Leistungen zu erbringen.

Die Frage des Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages ist für die streitgegenständliche Auslegungsfrage von folgender Relevanz: Die Klägerin führt selbst aus, dass sie Ende Oktober 2010 die Beklagte telefonisch darauf aufmerksam gemacht habe, dass die in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Stahlmassen zu gering dimensioniert seien (act. 1 Rz. 18; act. 30 Rz. 48). Als sie ihre vorbehaltlose Annahmeerklärung der Beklagten zukommen liess, wusste die Klägerin somit bereits über die zu niedrige Tonnenangabe in den Ausschreibungsunterlagen Bescheid. Trotzdem brachte sie in der Auftragsbestätigung (act. 11/7), welche sie zu diesem Zeitpunkt an die Beklagte versandte, diesbezüglich keine Vorbehalte an und akzeptierte den von der Beklagten in der Bestellung H-10-125 offerierten Pauschalpreis von CHF 1'372'230.–. Dieses Verhalten ist im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zugunsten der beklagtischen Interpretation zu würdigen, weil die Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Klägerin den ihr offerierten Pauschalpreis ablehnen oder einen Vorbehalt anbringen würde, wenn sie diesen in Anbetracht der ihr zu diesem Zeitpunkt bekannten zu geringen Dimensionierung der Stahlmassen als zu niedrig erachten würde. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin nach Vertragsschluss ihre divergierende Auffassung hinsichtlich der Vergütung der Mehrmassen zum Ausdruck gebracht hat.

2.4.6. Ausschreibung

Bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip sind die Umstände, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren, mit zu berücksichtigen, wozu auch die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen gehören, welche nachfolgend genauer zu erörtern sind. Für die strittige Auslegungsfrage ist insbesondere

von Relevanz, inwiefern die Klägerin auf die in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Stahlmassen gemachten Angaben abstellen durfte.

2.4.6.1. Streitpunkte zur Ausschreibung

Die Beklagte macht geltend, es habe sich um eine funktionale Ausschreibung gehandelt, mithin habe die Beklagte der Klägerin in den Ausschreibungsunterlagen nur die Funktion vorgegeben und habe nicht mehr geliefert als eine ungefähre Mengenangabe als Anhaltspunkt für das von der Klägerin zu erbringende Engineering. Es sei an der Klägerin gewesen, die Statik auszuarbeiten. Eine Vorstatik seitens der Beklagten habe es nie gegeben, zumal ihr dazu die nötige Fachkunde gefehlt hätte. Die Ausarbeitung der definitiven Statik habe zu den Aufgaben der Klägerin als planender Stahlbauer gehört. Die Ausschreibung sei so aufgebaut gewesen, dass eine komplette Leistung (Engineering und Arbeitsausführung) zu einem Pauschalpreis gefragt gewesen sei. Es sei undenkbar, dass die Klägerin als Fachbetrieb derart krasse Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht sofort bemerkt habe. So habe auch der Vermerk *"Nur als Mengengerüst für das Angebot"* in einigen Ausschreibungsunterlagen einzig der Klarstellung gedient, dass die nur indikativen Angaben der Beklagten als "Mengengerüst" oder als Ausgangspunkt für das Engineering des Angebots gedient hätten und nicht eins zu eins ohne eigene Plausibilisierung und Berechnung im Sinne einer Deviation herangezogen werden könnten (act. 9 Rz. 11 und 18; act. 35 Rz. 2 ff., 23, 34 ff., 42 ff., 56 und 94 ff.).

Die Klägerin bestreitet nicht, dass die geschuldeten Werkleistungen neben den Stahlbauarbeiten auch das Engineering beinhaltet haben. Nach Auffassung der Klägerin war mit dem Engineering indes lediglich die Überprüfung der Statik aufgrund der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen gemeint. Schliesslich habe die Beklagte mit einem detaillierten Leistungsbeschreibung und einem konkreten Leistungsverzeichnis ausgeschrieben. Die Beklagte habe eine genaue Vorstellung der Konstruktion des Stahlbaus und der Verwendung der Profile gehabt, entsprechend habe auch bereits eine Vorstatik bestanden. Auf diese Angaben habe die Klägerin auch vertrauen dürfen. Sie habe keinesfalls voraussehen können, dass die finale Statik zu über 60 % Mehrmassen Stahl führen würde.

Auch hätte es nicht ihr obliegen, die Angaben der Beklagten zu plausibilisieren, sondern sie habe lediglich eine summarische Prüfung der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Widersprüchen oder Unklarheiten vornehmen müssen. Der Vermerk *"Nur als Mengengerüst für das Angebot"* bedeute gerade, dass die Ausschreibungsunterlagen als Grundlage für das auszuarbeitende Angebot zu verwenden seien, nicht jedoch direkt für die Ausführung (act. 1 Rz. 18; act. 30 Rz. 20 ff. und 32 f.).

2.4.6.2. Ausschreibungsunterlagen

Zu den Ausschreibungsunterlagen gehören unbestrittenermassen die folgenden Dokumente (act. 1 Rz. 10; act. 9 Rz. 10; act. 30 Rz. 7; act. 35 Rz. 22): E-Mails vom 2. Juni 2010 (act. 3/6; act. 11/10); Spezifikation Stahlbau vom 20. August 2010 (act. 3/7); Stahlkonstruktion Tanklager vom 28. Mai 2010 (l. _____ TL; act. 3/8; act. 11/11); Stahlkonstruktion Rauchgasreinigung vom 28. Mai 2010 (l. _____ RGR; act. 3/9); Ablauf Schwermontage vom 28. Mai 2010 (act. 3/10); Dokument Preisstruktur, Angebot Stahlbau Los 2 vom 28. Mai 2010 (act. 3/11); Dokument Angebot Stahlbau Los 2 vom 28. Mai 2010 (act. 3/12); Ausführungsvorschrift Korrosionsschutz vom 18. August 2009 (act. 11/12); Ausführungsvorschrift Stahlbau vom 4. September 2009 (act. 11/13); Ausführungsvorschrift Farbkonzept vom 15. März 2010 (act. 11/14); Einwirkungen auf Stahlbau (Lasttabelle Beklagte) vom 31. Mai 2010 (act. 11/15); Detailskizzen Beklagte Verankerung Los 2 vom 28. Juli 2009 (act. 11/16); Stahlbauprojekt Grundrisse vom 4. Mai 2010 (act. 11/17); Stahlbauprojekt Längsschnitte vom 4. Mai 2010 (act. 11/18) sowie Stahlbauprojekt Querschnitte vom 4. Mai 2010 (act. 11/19).

Entgegen der klägerischen Ansicht (act. 1 Rz. 10) waren auch die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten (act. 3/4) Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen, was sich aus der von der Beklagten an die Klägerin gesandten E-Mail vom 2. Juni 2010, 10:25 Uhr, ergibt (act. 11/2; act. 11/10; vgl. Ziff. 2.4.3 hiervor).

2.4.6.3. Spezifikation Stahlbau vom 20. August 2010

Aufschlussreich sind zunächst die weiteren Vertragsziffern in der Spezifikation Stahlbau (act. 3/7). In Ziff. 2.6 wird unter dem Titel "*Engineering und Design*" festgehalten, dass Leistungsgegenstand dieser Vertragsziffer das Basic Engineering, das Detail Engineering und die Enddokumentation sei. Schliesslich ist der Hinweis zu finden, dass Statik und Detailplanung der Konstruktion in Etappen zu erfolgen hätten. Dem klaren Wortlaut nach gehörte die Planung der Statik demnach zum durch die Klägerin zu erbringenden vertraglichen Leistungsumfang. Mithin war nicht nur das "*Detail Engineering*" Vertragsbestandteil, sondern auch das "*Basic Engineering*", welches gemeinhin als Grundlage für die anschliessend zu erstellende Detailplanung bildet. Die Klägerin durfte damit nicht ohne eine eigene Plausibilisierung der Angaben durchzuführen auf die beklagten Angaben vertrauen, wenn sie als vertragliche Leistung die Ausarbeitung des "*Basic Engineering*" und damit die Berechnung der statischen Grundlagen vorzunehmen hatte. Mit der Ausschreibung des "*Basic Engineering*" gab die Beklagte nämlich implizit kund, dass sie noch nicht über die grundlegenden statischen Daten verfügte. Daraus erhellt, dass die von der Klägerin vertraglich geschuldete Leistung hinsichtlich des Engineerings nicht nur in der Überprüfung bereits bestehender Pläne bestehen konnte, auf die sie sich hätte verlassen dürfen, da diesfalls die von den Parteien getroffene Unterscheidung zwischen "*Basic Engineering*" und "*Detail Engineering*" keinen Sinn ergeben würde. Die klägerische Behauptung, dass nur eine Überprüfung der bereits bestehenden Statik geschuldet war, steht damit in Widerspruch zu Ziff. 2.6 der Spezifikation Stahlbau.

Das Ausgeführte gilt selbst dann, wenn man, wie die Klägerin annimmt, nur von einer summarischen Prüfungsobliegenheit der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Unklarheiten und Widersprüchen ausgeht. Denn auch in diesem Fall hätte die Klägerin erkennen müssen, dass die statischen Berechnungen durch sie selbst noch zu erbringen waren und die Angaben der Beklagten keine verlässliche Grundlage bildeten.

Von Bedeutung sind auch die nachfolgenden weiteren Angaben in der Spezifikation Stahlbau. So wird unter Ziff. 4.3 festgehalten, dass die Funktionalität der

Konstruktion allgemein durch den Auftraggeber (die Beklagte) vorgegeben und durch das Design des Auftragnehmers (der Klägerin) nicht beeinträchtigt werde. Sodann statuiert Ziff. 2.7, dass die Klägerin grundsätzlich frei ist bei der Spezifizierung und Auswahl der Produkte. Auch diese Punkte untermauern die Auslegungsvariante der Beklagten, wonach sie eine Funktion vorgegeben hat, welche von der Klägerin mit ihrem konkreten Design umzusetzen war. Schliesslich war die Klägerin gemäss Ziff. 2.10 gehalten, die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Widersprüchen oder Unklarheiten zu prüfen, womit die Beklagte ebenfalls zum Ausdruck brachte, dass auf die Angaben nicht im Sinne einer Vorstatik abgestellt werden konnte. Mit Ziff. 2.5.1 bestätigte der Auftragnehmer bzw. die Klägerin, dass ihr die Auftragsgrundlagen klar seien und dass die Preise für komplette und fachgerechte Leistungen und Lieferungen zu verstehen seien. Auch dies lässt darauf schliessen, dass entsprechend dem Vertragsverständnis der Beklagten das Engineering und die Arbeitsausführung als komplette Leistung zu einem Pauschalpreis gefragt gewesen waren. Dazu kommt, dass der Spezifikation Stahlbau keine Vorgaben hinsichtlich der zu verwendenden Stahlmassen entnommen werden können und die Klägerin bei der Wahl der Profilgrössen frei war, wie aus der E-Mail vom 31. Januar 2011 erhellt (act. 3/30).

2.4.6.4. Dokumente I._____ zum Stahlbauprojekt Los 2

Die Klägerin bringt vor, dass gemäss den Ausschreibungsunterlagen 156 Tonnen Stahl nötig gewesen wären (act. 30 Rz. 16). Angaben dazu sind unter anderem in der Spezifikation Stahlbau (act. 3/7) unter Ziff. 1.3.3 aufgeführten und mit "****" gekennzeichneten Dokumenten I._____ zum Stahlbauprojekt Los 2, nämlich dem Dokument Stahlkonstruktion Tanklager vom 28. Mai 2010 (I._____ TL; act. 3/8; act. 11/11) und dem Dokument Stahlkonstruktion Rauchgasreinigung vom 28. Mai 2010 (I._____ RGR; act. 3/9) zu entnehmen. Konkret ergeben sich die (gerundet) 156 Tonnen Stahl aus dem Dokument Stahlkonstruktion Tanklager (act. 11/11 S. 4). Die Parteien hielten dazu in der Spezifikation Stahlbau Ziff. 1.3.3 fest, dass die mit "****" gekennzeichneten Unterlagen (Stahlbauprojekt, Grundrisse und Schnitte [act. 11/17; act. 11/18; act. 11/19]; Verankerungen Los 2 [act. 11/16]; I._____ zum Stahlbauprojekt Los 2 [act. 3/9; act. 11/11]) der Darstellung des

Stahlbauprojekts dienen und nicht direkt für die Ausführung verwendet werden dürfen, da sich diese nach dem Engineering des Auftragnehmers [der Klägerin] richten. Damit gab die Beklagte klar zum Ausdruck, dass sie über keine verlässlichen Angaben zu den erforderlichen Stahlmengen verfügte.

Entsprechend war auch der Vermerk "*Nur als Mengengerüst für das Angebot*" auf den Dokumenten I._____ TL und I._____ RGR zu verstehen, nämlich als Klarstellung, dass die Angaben der Beklagten lediglich Ausgangspunkt für das Engineering bildeten und damit nicht ohne eigene Plausibilisierung übernommen werden konnten.

2.4.6.5. Dokument Preisstruktur, Angebot Stahlbau Los 2

Das Dokument Informationsblatt Preisstruktur, Angebot Stahlbau Los 2 vom 28. Mai 2010 (act. 3/11) hält die Gliederung fest, entsprechend welcher der Preis zu offerieren war und richtet sich im Aufbau nach Ziff. 1.3.2 der Spezifikation Stahlbau (act. 3/7 Ziff. 1.3.2; vgl. auch act. 3/12 Ziff. 2.1). Die Leistungen wurden dabei differenziert nach *Engineering, Herstellung & Lieferung ohne OFS, Oberflächenschutz, Montage ohne Belegung und Belegung*. In der Spalte "*approx Quant*" ist die von der Beklagten gemachte Angabe von 156 Tonnen ersichtlich.

Dem Dokument ist zu entnehmen, dass der Preis einer entsprechend den einzelnen Leistungen vorgegebenen Gliederung zu offerieren war. Mithin waren durch die Klägerin Einheitspreise für bestimmte Leistungen anzugeben, was die bessere Vergleichbarkeit der verschiedenen Offerten bezweckt haben dürfte (vgl. die klägerische Offerte vom 29. Juni 2010; act. 3/13). Gemäss vertraglicher Vereinbarung erfolgte allerdings eine Pauschalierung der offerierten Einheitspreise, was aus Ziff. 1.5 Abs. 2 der Spezifikation Stahlbau hervorgeht, wonach "*Trotz fixierter Einheitspreise*" die Bestellung und Abrechnung des Basisauftrages zum Pauschalpreis zu erfolgen hatte.

Die klägerische Auslegungsvariante, wonach bei Überschreitung der 10 % - Schwelle eine Preisanpassung erfolgen und die benötigte Stahlmenge pro Einheit abgerechnet würde, entspricht dem Wesen nach einem Einheitspreis. Demge-

genüber kommt die restriktivere beklagische Auslegungsvariante der Idee eines Pauschalpreises näher.

Im Gegensatz zum Einheitspreis ist die Klägerin beim Pauschalpreis jedoch nicht davon befreit, eine Plausibilisierung der angegebenen Stahlmassen vorzunehmen, da wie ausgeführt (vgl. Ziff. 2.3.1) nicht entscheidend ist, ob sich die ursprüngliche Kostenvorstellung des Unternehmers bewahrheitet, unabhängig davon, ob sie auf grober Schätzung oder auf genauer Kostenanalyse beruht. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beklagte mit dem Vermerk "*approx Quant*" deutlich zum Ausdruck brachte, dass ihre angegebenen Tonnenwerte approximativ bzw. als Schätzung zu betrachten sind. Verlässt sich die Unternehmerin auf die von der Bestellerin abgegebene Schätzung, ohne eine eigene Plausibilisierung der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen durchzuführen, liegt dies in ihrem Verantwortungsbereich, da es keinen Unterschied macht, ob sich die Schätzung der Unternehmerin oder der Bestellerin nachträglich als unzutreffend erweist. Unterlässt die Klägerin als Unternehmerin trotz Vereinbarung eines Pauschalpreises eine sorgfältige und genaue Prüfung der Angebotsunterlagen, nimmt sie damit das Risiko von zu ihren Lasten anfallenden Mehrkosten ohne Weiteres in Kauf. Der Umstand, dass die Klägerin ihre Offerte nach einer bestimmten Gliederung bzw. in der Form von Einheitspreisen abzugeben hatte, ändert daran nichts.

2.4.6.6. Ausführungsvorschrift Stahlbau vom 4. September 2009

Weitere Hinweise liefert schliesslich das Dokument Ausführungsvorschrift Stahlbau vom 4. September 2009 (act. 11/13). Darin wird in Ziff. 1.1 unter der Überschrift "*Ausführungsunterlagen mit Beispielen*" Folgendes festgehalten: "*Die in der Beilage dargestellten Ausführungskonstruktionen sind beispielhaft und entbinden den Unternehmer nicht von seiner Verantwortung hinsichtlich statischer und konstruktiver Sicherheit.*" Auch damit brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass ihre *beispielhaften* Angaben nicht als Grundlage dienen konnten bzw. schon eine Vorstatik bestanden hätte. Zudem sind auch in diesem Dokument keine Vorgaben hinsichtlich der Stahlmassen oder Profilgrössen ersichtlich.

2.4.6.7. Informationsblatt Angebot Stahlbau Los 2 vom 28. Mai 2010

Auf dem Informationsblatt Stahlkonstruktion Los 2 (act. 3/12) wird unter Ziff. 1.1 ausgeführt, dass die Offerte der Auftragnehmerin bzw. der Klägerin eine verbale Beschreibung der von ihr zu erbringenden Lieferung und Leistung enthalten müsse. Dies spricht für das Vertragsverständnis der Beklagten. Einer verbalen Beschreibung hätte es kaum bedurft, wenn einzig auf die Angaben der Beklagten abzustellen gewesen wäre.

2.4.6.8. Fazit

Die Ausschreibungsunterlagen lassen auf das Vertragsverständnis der Beklagten schliessen. Die Klägerin durfte bei der Abgabe ihres Pauschalpreisangebots unter den erwähnten Umständen nicht ohne eigene Plausibilisierung auf die beklagischen Angaben betreffend die Stahlmassen abstellen.

2.4.7. Angemessenheit bzw. Sachgerechtigkeit der Regelung

Würde man dem Vertragsverständnis der Klägerin folgen und eine Anpassung des Pauschalpreises vornehmen, sobald eine Diskrepanz von über 10 % von der Projektplanung zur Ausführungsplanung entstünde, hätte die Klägerin einen tieferen Pauschalpreis offerieren können, im Wissen darum, dass die Überschreitung der 10 % - Schwelle gemäss Ziff. 1.5 Abs. 2 Spezifikation Stahlbau ohne Weiteres eine Preisanpassung zur Folge hätte und letztlich nach Aufwand entschädigt würde. Das dem Pauschalpreis inhärente Risiko eines Verlustes bzw. das spekulative Element wäre in diesem Fall einseitig auf die Beklagte übertragen worden. Je tiefer die Klägerin den Pauschalpreis offeriert hätte, desto wahrscheinlicher wäre eine Anpassung des Preises und damit die Vergütung nach Aufwand geworden. Die Klägerin hätte dadurch keinen Anreiz zu einer rationellen Montage gehabt. Dass diese Auslegungsvariante angesichts des vereinbarten Pauschalpreises weniger sachgerecht ist, liegt auf der Hand, vor allem unter Berücksichtigung des durchgeführten Ausschreibungsverfahrens. Die offerierten Pauschalpreise wären kaum untereinander vergleichbar gewesen, wenn die Beklagte bei den ihr unter-

breiteten Angeboten noch zusätzlich die Wahrscheinlichkeit einer Überschreitung der 10 % Schwelle hätte berücksichtigen müssen.

Dagegen erscheint sachgerecht, dass nur bei einer von der Beklagten veranlassenen Planänderung ein Anspruch auf Mehrvergütung entsteht, was mit dem dispositiven Recht übereinstimmt (GAUCH, a.a.O., Rz. 905 ff.). Durch die Beklagte vorgegebene Planänderungen, die nicht zur Überschreitung von 10 % pro Vertragsposition führten, sollten dabei unberücksichtigt bleiben, weil nicht bereits bei geringfügigen Abweichungen vom Pauschalpreis abgerückt werden sollte.

2.4.8. Fazit

Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass der Klägerin ein Anspruch auf Vergütung der Mehrmassen nur bei einer (nicht behaupteten) Änderung der Projektpläne durch die Beklagte zusteht, was – im Ergebnis – dem beklaglichen Vertragsverständnis entspricht.

2.5. Tatsächlicher Konsens

2.5.1. Ausgangslage

Ein übereinstimmender wirklicher Wille wurde von keiner Partei ausdrücklich behauptet. Entsprechend fehlt hier ein zum Beweis zu verstellendes Fundament. Die Klägerin bringt einzig vor, dass die Beklagte die Stücklisten und Konstruktionspläne vorbehaltlos genehmigt und dadurch auch der von der Klägerin errechneten Statik sowie den daraus entstehenden Mehrmassen Stahl zugestimmt habe, womit sie eigentlich sinngemäss einen tatsächlichen Konsens behauptet (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 30 Rz. 11 ff. und 48 f.). Dem entgegnet die Beklagte, sie habe mit der Freigabe der Konstruktionspläne lediglich aus technischer Sicht bestätigt, dass die Stahlkonstruktion wie von der Klägerin geplant produziert werden könne, wobei sich am vertraglich vereinbarten Pauschalpreis jedoch nichts ändere (act. 35 Rz. 11 f. und 61 ff.).

Die Klägerin trägt die Beweislast für ihre Sachverhaltsdarstellung betreffend den tatsächlichen Konsens. Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass sich aus den von der

Klägerin angeführten Beweisofferten, soweit diese den Substantiierungsanforderungen überhaupt genügen, kein tatsächlicher Konsens ableiten lässt, insbesondere auch nicht aus dem Parteiverhalten nach Vertragsschluss.

Den genehmigten Plänen (act. 20/4-11; act. 3/19; act. 3/31) und den Stücklisten (act. 3/18) sind keine Hinweise auf eine Vergütung der Mehrmassen zu entnehmen; ebenso fehlen etwaige Preisangaben. Somit lässt sich ein tatsächlicher Konsens hinsichtlich der Vertragsauslegung bzw. der Mehrvergütung der Mehrmassen Stahl aus dem Umstand der Genehmigung der Pläne und den Stücklisten nicht ableiten. Überdies ist auf den am 24. November 2010 genehmigten Plänen (act. 3/19) jeweils der Vermerk "*mit Korrekturen*" ersichtlich und auf den am 10. Februar 2011 genehmigten Plänen der Hinweis "*Kommentare*" zu finden. Die Planfreigabe ist somit nicht vorbehaltlos erfolgt, was ebenfalls auf eine bestehende Uneinigkeit zwischen den Parteien schliessen lässt. Ob sich diese Vorbehalte auf die Mehrmassen bezogen oder auf den Planungsrückstand, wie die Klägerin behauptet (act. 30 Rz. 50), lässt sich indes nicht genauer eruieren, ist aber auch nicht weiter von Relevanz, da auf den Plänen und Stücklisten wie erwähnt kein Hinweis auf eine von der Beklagten zu leistende Mehrvergütung zu finden ist.

2.5.2. E-Mails vom 14. und 23. Dezember 2010

Auch die von der Beklagten an die Klägerin versandten E-Mails vom 14. und 23. Dezember 2010 lassen nicht auf einen tatsächlichen Konsens zwischen den Parteien hinsichtlich der Übernahme der Mehrkosten schliessen, wie die Klägerin behauptet (act 1. Rz. 21 f; act. 30 Rz. 16).

Zwar wird im E-Mail vom 14. Dezember 2010 (act. 3/22) von J._____ (der Beklagten) gegenüber K._____ (der Klägerin) unter dem Titel "*Genehmigung / Abrechnung der Mehrmassen Stahl*" eingeräumt, "*nachweislich statisch bedingte Mehrgewichte vollumfänglich zu übernehmen, wie es der Vertrag vorsieht*". Die Beklagte weist damit aber nur daraufhin, dass eine Mehrvergütung nach der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarung geschuldet ist, über deren Interpretation sich die Parteien gerade nicht einig sind. Auch der einschränkende Hinweis auf "*statisch bedingte Mehrgewichte*" lässt nicht auf das Vorhandensein eines tat-

sächlichen Konsenses schliessen, zumal keine der Parteien die im E-Mail geäusserte Auslegungsvariante vertritt, wonach nur statisch bedingte Mehrmassen zu vergüten wären (act. 30 Rz. 16, 46, 55 und 64; act. 35 Rz. 32). Zudem wird im E-Mail weiter unter Buchstabe c) ausgeführt, dass Mehrgewichte, die zur schnelleren Montage oder aus rationellen Gründen gewählt wurden, nicht übernommen würden. Unter Buchstabe d) erfolgt der Hinweis, dass sich die Beklagte über eine Abrechnung der Mehrmassen derzeit nicht äussern könne. Diese Hinweise wären nicht erfolgt, wenn sich die Parteien bereits auf eine Übernahme der Mehrmassen geeinigt hätten. Überdies ist kein Widerspruch seitens der Klägerin auf das E-Mail von J._____ erfolgt, welcher zu einer Klärung der strittigen Auslegungsfrage geführt hätte. Damit ist entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz 21; act. 30 Rz. 12) auch nicht davon auszugehen, dass die Parteien anlässlich der zuvor durchgeführten Besprechung vom 7. Dezember 2010 einen Konsens erzielt haben könnten, weshalb auf eine Einvernahme der angeführten Zeugen verzichtet werden kann, zumal sich diese als Angestellte der Parteien auch in einem Abhängigkeitsverhältnis zu diesen befinden.

In der E-Mail vom 23. Dezember 2010 (act. 3/23) teilte die Beklagte mit, dass die Stücklistengewichte der 1. Etappe freigegeben werden, um Terminverzögerungen zu vermeiden. Die Freigabe für die weiteren Teillieferungen des Stahlbaus werde erst nach der Festlegung des Einheitspreises für die Zusatzmassen erteilt. Aus der von der Beklagten erteilten Freigabe lässt sich indes nicht ableiten, dass die Parteien eine finanzielle Regelung der Mehrmassen getroffen hätten. Das E-Mail enthält keine entsprechenden Hinweise. Auch eine konkludente Einigung ist auszuschliessen, insbesondere im Hinblick auf die von der Beklagten in ihrem E-Mail vom 14. Dezember 2010 angebrachten Vorbehalte.

2.5.3. Sitzung vom 24. Januar 2011

Zwischen den Parteien wurden die Mehrmassen an der Sitzung vom 24. Januar 2011 thematisiert (act. 1 Rz. 23 f.; act. 9 Rz. 23/24; act. 30 Rz. 30). Wie aus dem Sitzungsprotokoll hervorgeht, wurde indes keine Einigung erzielt. Vielmehr unterbreitete die Beklagte der Klägerin einen Vorschlag zur gütlichen Einigung. Sie zeigte sich bereit, Mehrkosten von CHF 31'100.– zu übernehmen (act. 11/26).

Dieser Vorschlag wurde von der Klägerin allerdings abgelehnt, wobei im Protokoll ausdrücklich festgehalten wurde, dass sie, die Klägerin, einen Gegenvorschlag unterbreiten werde (act. 3/26 S. 2; Abschnitt "Abgeltung der Mehrlieferungen"), was in der Folge jedoch nicht geschehen ist (act. 9 Rz. 23/24). Auch dies deutet darauf hin, dass zwischen den Parteien nicht schon vorher etwa durch die Genehmigung der Konstruktionspläne und Stücklisten ein tatsächlicher Konsens bestanden hat, andernfalls hätte die Klägerin keinen Gegenvorschlag mehr unterbreiten müssen. Davon scheint auch die Klägerin auszugehen, wenn sie ausführt, dass sich die Parteien nicht über eine Vergütung für die Mehrmassen Stahl einigen konnten (act. 30 Rz. 71). Zudem verwies die Beklagte in ihrem Vorschlag (act. 11/26) nochmals auf die vertraglichen Bestimmungen hinsichtlich der Pauschalpreisvereinbarung und erinnerte daran, dass Mehrmassen infolge geänderter Profilgrössen nicht zu akzeptieren seien. Auch dies lässt auf eine fehlende Einigkeit der Parteien schliessen.

2.5.4. E-Mails vom 27. Januar 2011 und vom 31. Januar 2011

Die Klägerin sandte der Beklagten am 27. Januar 2011 eine E-Mail, in welcher sie mitteilte, dass ein Grossteil der Sekundärträger aus statischen bzw. konstruktiven Vorgaben nicht geringer dimensioniert werden könne. Sie erwarte deshalb eine Anerkennung des Gewichts [bzw. der Mehrmassen] durch die Beklagte von 95 % (act. 3/28). Darauf antwortete die Beklagte mit E-Mail vom 31. Januar 2011, dass 95 % zu hoch gegriffen seien, und führte aus, dass der Vertrag eine Festpreislieferung betreffe, die nur eine finanzielle Mehrung erfahre, wenn die Aufgabenstellung ändere, weshalb keine Veranlassung bestehe, die Mehrkosten resultierend aus der Verwendung von grösseren Profilen, zu übernehmen (act. 3/30).

Auch daraus folgt, dass sich die Parteien hinsichtlich dem vertraglich Vereinbarten gerade nicht einig waren und kein tatsächlicher Konsens darüber bestand, welche Mehrmassen zu übernehmen wären bzw. wie die streitgegenständliche Vertragsziffer auszulegen wäre.

2.5.5. Abrechnung vom 14. Mai 2012

Die Klägerin führt selbst aus, dass sie betragsmässig erstmals am 14. Mai 2012 bei der Erstellung der Abrechnung des Nachtrags S-07 (act. 3/78) Kenntnis über den Umfang der Mehrvergütung hatte (act. 30 Rz. 111; act. 35 Rz. 14 und 32). Auch daraus erhellt, dass hinsichtlich einer betragsmässig zu leistenden Mehrvergütung vorgängig kein Konsens bestehen konnte.

2.5.6. Fazit

Es lässt sich – soweit überhaupt rechtsgenügend substantiiert und behauptet – kein vom Auslegungsergebnis abweichender tatsächlicher Konsens der Parteien feststellen.

2.6. Keine richterliche Vertragsanpassung

Die Parteien machen zu Recht nicht geltend, dass die Voraussetzungen einer richterlichen Vertragsanpassung nach Art. 373 Abs. 2 OR vorlägen, die eine Auflösung des Vertrages oder eine Preiserhöhung zu begründen vermöchten. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Klägerin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über mögliche Mehrmassen Bescheid wusste, weshalb ohnehin keine nicht voraussehbaren Umstände vorlägen. Auch von ausserordentlichen Umständen ist nicht auszugehen, zumal zwischen dem vereinbarten Pauschalpreis von CHF 1'372'230.– und der eingeklagten Mehrvergütung von CHF 235'181.50 kein krasses Missverhältnis besteht, so dass die Leistung für die Klägerin unzumutbar oder unerschwinglich erschiene (GAUCH, a.a.O., Rz. 1044 ff.).

2.7. Keine Genehmigung des Nachtrags S-07

Mit E-Mail vom 25. Februar 2011 unterbreitete die Klägerin der Beklagten ein Angebot zur Vergütung der Mehrmassen und bat um Bestätigung und Bestellung des beigefügten Nachtrags S-07. Sie schlug einen Preis von CHF 1'981.– pro Tonne vor, ohne aber die Anzahl Mehrtonnen zu quantifizieren. Erst in der finalen Abrechnung des Nachtrages S-07 vom 14. Mai 2012 (act. 3/78) spezifizierte die

Klägerin die Anzahl Mehrtonnen und gab den Tonnenpreis schliesslich mit CHF 1'563.– an (act. 30 Rz. 14; act. 35 Rz. 29 f.).

Entgegen der klägerischen Ansicht (act. 1 Rz. 73 ff.; act. 30 Rz. 52 ff.) kann in der Genehmigung der Konstruktionspläne und Stücklisten keine Genehmigung des Nachtrags S-07 (act. 3/33) erblickt werden. Der Nachtrag S-07 wurde der Beklagten nämlich erst mit E-Mail vom 25. Februar 2011 (act. 3/32) nach der bereits erfolgten Genehmigung der Konstruktionspläne (act. 3/19; act. 3/31) und Stücklisten (act. 3/18), welche am 24. November 2010, 2. Dezember 2010 sowie am 10. Februar 2011 erfolgte (act. 1 Rz. 20 und 27; act. 9 Rz. 20), zur Kenntnis gebracht. Auch die Klägerin schien davon auszugehen, dass der Nachtrag S-07 noch nicht genehmigt war; ansonsten hätte sie die Beklagte im E-Mail vom 25. Februar 2011 nicht um "Bestätigung" und "Bestellung" des Nachtrags S-07 aufgefordert. Ohnehin enthalten die Konstruktionspläne und Stücklisten, wie bereits ausgeführt, keine Hinweise zu den Mehrmassen.

Eine Genehmigung des Nachtrags S-07 würde sodann am Erfordernis der Schriftlichkeit scheitern. Zwar ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass kein Anwendungsfall von Ziff. 1.5 Abs. 5 der Spezifikation Stahlbau vorliegt (vgl. Ziff. 2.4.4.2 hiervor). Das Schriftlichkeitserfordernis ergibt sich indessen nicht aus Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau, sondern aus Ziff. 1.9.3 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten (act. 3/4), worin Folgendes festgehalten wird:

"Der Lieferant ist verpflichtet, uns Änderungen, die er im Hinblick auf eine erfolgreiche Vertragserfüllung für notwendig oder zweckmässig hält, vorzuschlagen. Nach schriftlicher Zustimmung durch uns, sind diese Änderungen seitens Lieferanten auszuführen. Soweit eine Änderung eine Kostenmehrung oder -minderung und/oder Terminüberschreitung nach sich zieht, ist der Lieferant verpflichtet, hierauf gleichzeitig mit dem Änderungsvorschlag oder unverzüglich nach Eingang des Änderungsverlangens hinzuweisen und ein entsprechendes Nachtragsangebot vorzulegen. Die Änderung gilt in diesem Fall erst dann als verbindlich vereinbart, wenn über die Vergütung der Mehrkosten oder die Berücksichtigung der Minderkosten sowie über den Terminplan eine ergänzende schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen ist."

Die Klausel erfasst nicht nur Beststellungsänderungen im Sinne von Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau, sondern generell etwaige Änderungen, die zu Mehrkosten führen. Da die Allgemeinen Einkaufsbedingungen gegenüber der Spezifikation Stahlbau vorgehen (vgl. Ziff. 2.4.4.3 hiervor), lässt sich aus Ziff. 1.5 der Spezifikation Stahlbau auch keine Ausnahme von diesem generellen Erfordernis der Schriftlichkeit für Änderungen, die zu Mehrkosten führen, ableiten.

Vereinbaren die Parteien gemäss Art. 16 Abs. 1 OR einen Formvorbehalt, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Art. 16 Abs. 2 OR stellt eine Vermutung zugunsten der einfachen Schriftlichkeit auf, welche eine eigenhändige Unterschrift erfordert. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Einhaltung der Form als Gültigkeitserfordernis und nicht lediglich zu Beweis Zwecken gewollt war. Die Vermutung kann einerseits durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Parteien eine blosser Beweisform vereinbart haben, und andererseits, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Vertrag durch übereinstimmenden Abschlusswillen trotz Nichteinhaltung der vereinbarten Form zustande gekommen ist (SCHWENZER, in: BSK OR I, Art. 16 N. 6 ff.).

Unbestritten ist, dass die geltend gemachten Nachträge nie unterschrieben genehmigt wurden, mithin dem Erfordernis der Schriftlichkeit nicht entsprochen wurde. Ziff. 1.9.3 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen ist dem klaren Wortlaut nach als Gültigkeitsvorschrift formuliert. Aus dem E-Mailverkehr (act. 3/22; act. 3/32; act. 3/56) geht weder hervor, dass sich die Parteien über eine Abweichung vom Erfordernis der Schriftlichkeit geeinigt haben, noch entsprechen die E-Mail selbst dem Erfordernis der Schriftlichkeit. Im Übrigen wurden die Nachträge S-20 bis S-29 (act. 11/51) unbestrittenermassen jeweils unterschrieben, das heisst, die Parteien lebten der vereinbarten Form nach. Es ergeben sich somit keine Hinweise, welche auf ein Abweichen vom Gültigkeitserfordernis schliessen lassen würden; die Klägerin nennt im Übrigen auch keine Beweismittel dafür (act. 1 Rz. 76).

Der Klägerin gelingt es damit nicht, eine Genehmigung des Nachtrags S-07 zu beweisen, was ihr als beweispflichtige Partei (vgl. Ziff. 2.3.4 hiervor) zum Nachteil gereicht.

2.8. Quantitativ

Die Klägerin verlangt für die von ihr geltend gemachten Mehrkosten CHF 235'181.50 (inkl. MwSt.). Sie bringt vor, dass gemäss den Ausschreibungsunterlagen für den Rauchgasreiniger und das Tanklager insgesamt 156 Tonnen Stahl nötig gewesen wären. Verbaut worden seien indes 253,15 Tonnen Stahl, was im Vergleich zu den beklagischen Angaben einer Mehrung von 97,15 Tonnen bzw. von über 60 % entspreche. Die Klägerin geht bei ihrer Berechnung von einem Tonnenpreis von CHF 1'563.– aus. Sie macht überdies geltend, dass für den Oberflächenschutz der Tragkonstruktion zusätzliche 1'610 Quadratmeter nötig geworden seien und rechnet dabei mit einem Quadratmeterpreis von CHF 41.80, was CHF 67'298.30 entspricht. Schliesslich macht die Klägerin (ohne Begründung) einen Abzug für die Treppenwange in der Höhe von CHF 1'375.– (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 30 Rz. 68 ff.).

Die Beklagte bestreitet sowohl die Mehrmassen Stahl von 97,15 Tonnen als auch das Ausmass der zusätzlichen 1'610 Quadratmeter für den Oberflächenschutz (act. 35 Rz. 80 ff.).

Die Klägerin trägt für die bestrittenen Stahlmassen und den Oberflächenschutz die Beweislast (vgl. Ziff. 2.3.4 f. hiervor), weshalb nachfolgend auf die von ihr diesbezüglich angeführten Beweismittel einzugehen ist.

Die von der Klägerin behaupteten 97,15 Tonnen Mehrmassen Stahl sind der Detailabrechnung über den Nachtrag Nr. S-07 vom 14. Mai 2012 zu entnehmen (act. 3/78; vgl. die Version mit handschriftlichen Ergänzungen act. 31/2). Der Nachtrag selber vom 25. Februar 2011 enthält noch keine Tonnenangaben (act. 3/33). Die Detailabrechnung über den Nachtrag Nr. S-07 gibt indes lediglich die von der Klägerin dargelegte Berechnung wieder. Weiterführende Hinweise auf die verbaute Stahlmenge oder den zusätzlichen Oberflächenschutz fehlen. Die Detailabrechnung über den Nachtrag Nr. S-07 stellt denn auch nicht mehr als eine Parteibehauptung der Klägerin dar und ist damit nicht geeignet, die von ihr behaupteten quantitativen Angaben zu beweisen.

Die provisorische Material- und Stücklisten vom 9. November 2010 (act. 3/18) enthalten zwar diverse Gewichtsangaben. Ein Gesamttotal der zu verbauenden Stahlmassen fehlt indessen. Überdies betreffen sie die erste Etappe des Stahlbaus, wie aus dem E-Mail vom 23. Dezember 2010 hervorgeht und wie die Klägerin selber ausführt (act. 1 Rz. 22; act. 35 Rz. 26; act. 3/23). Die Material- und Stücklisten vom 7. Dezember 2010 (act. 3/21) und die Pläne (act. 20/4-11; act. 3/19; act. 3/31) führt die Klägerin nicht als Beweismittel im Zusammenhang mit ihren Behauptungen zur Menge an (act. 30 Rz. 68 ff.). Aber auch aus den Material- und Stücklisten vom 7. Dezember 2010 geht das Gesamttotal der verbauten Stahlmasse von 253,15 Tonnen nicht hervor und die Pläne enthalten keine direkt zu erschliessenden Gewichtsangaben. Zudem lagen zu diesem Zeitpunkt noch keine abschliessenden Stücklisten vor, wie den E-Mails vom 14. Dezember 2010 (act. 3/22) und vom 23. Dezember 2010 (act. 3/23) zu entnehmen ist. Ohnehin sind die Pläne sowie die Material- und Stücklisten allesamt vor Freigabe der ersten Bauetappe des Stahlbaus am 23. Dezember 2010 (act. 1 Rz. 22; act. 30 Rz. 12; act. 3/23) entstanden und wären nur schon deshalb ungeeignet, die tatsächlich verbauten Stahlmassen zu beweisen.

Schliesslich offeriert die Klägerin K. _____ und L. _____ als Zeugen für die verbauten Stahlmassen und den zusätzlich nötig gewordenen Oberflächenschutz. Wie dem Handelsregisterauszug entnommen werden kann, ist L. _____ Geschäftsführer der Klägerin (act. 3/5). K. _____ ist Angestellter der Klägerin, was aus dem eingereichten E-Mail Verkehr hervorgeht (vgl. beispielhaft act. 3/22). Beide Zeugen stehen somit in einem Angestellten-/ bzw. Subordinationsverhältnis zur Klägerin. Es kann vorweggenommen werden, dass die beiden Zeugen nicht gegen den Parteistandpunkt der Klägerin aussagen werden. Ausserdem ist nicht ersichtlich, dass die Zeugen eigene sachdienliche und präzise Wahrnehmungen gemacht haben könnten, die geeignet wären, die tatsächlich verbauten Stahlmassen zu beweisen. Vielmehr ergeben sich die verbauten Tonnen regelmässig aus Lieferscheinen, Rapporten oder Rechnungen von Drittlieferanten. Solche Urkunden wurden von der Klägerin allerdings keine offeriert.

Die von der Klägerin angeführten Beweismittel sind damit nicht geeignet, die bestrittenen Stahlmassen und den Oberflächenschutz zu beweisen. Dies gereicht der Klägerin als beweisbelastete Partei zum Nachteil. Selbst wenn ein Anspruch der Klägerin aus dem "Nachtrag Mehrtonnage Stahl S-07" bejaht würde, müsste die Klage somit aus den dargelegten Gründen abgewiesen werden.

2.9. Fazit

Es besteht kein vertraglicher Anspruch auf Mehrvergütung. Der Klägerin gelingt aber auch der Beweis der von ihr behaupteten Mehrmassen Stahl auch in quantitativer Hinsicht nicht.

3. Haftung aus culpa in contrahendo

3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Mehrvergütung eventualiter auf die culpa in contrahendo Haftung und macht geltend, die Unrichtigkeit der Ausschreibungsgrundlagen betreffend die Dimensionierung der Stahlträger sei von der Beklagten zumindest fahrlässig herbeigeführt worden. Wäre das Vorausmass korrekt gewesen, hätten sich die Parteien auf einen angemessenen Pauschalpreis einigen können. Der Anspruch sei auch noch nicht verjährt, da die Klägerin erstmals am 14. Mai 2012 bei der Erstellung des Nachtrags S-07 genaue Kenntnis des Schadens gehabt habe. Die erste Betreibung datiere vom 11. Januar 2013 und die Klage vom 26. Juni 2013, weshalb die Verjährung stets rechtzeitig unterbrochen worden sei (act. 30 Rz. 108 ff.).

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Schadens und Verschuldens. Überdies erhebt sie die Verjährungseinrede und führt aus, dass die Klägerin selbst schon lange vor dem 14. Mai 2012 in der Lage gewesen sei, ihre Forderung genau zu beziffern (act. 35 Rz. 114).

3.2. Rechtliches

Dem Abschluss des Werkvertrages gehen wie im vorliegenden Fall Vertragsverhandlungen voraus. Schon durch die Aufnahme von Verhandlungen entsteht zwi-

schen den Beteiligten ein Treueverhältnis. Dieses verpflichtet die Verhandlungspartner zu einem Verhalten nach Treu und Glauben, da jeder, der mit einem andern in Verhandlungen tritt, erwarten darf, es mit einem redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben. Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die erwähnte Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so kann er dem andern für den dadurch entstehenden Schaden aus culpa in contrahendo haftbar werden. Als Beispiel wird etwa der Besteller angeführt, der dem Unternehmer mit Absicht oder aus Unsorgfalt unrichtige sachverständige Angaben über kostenbildende Faktoren liefert (GAUCH, a.a.O., Rz. 434 f., 440 und 1103). Die culpa in contrahendo Haftung setzt grundsätzlich ein Verschulden des Haftpflichtigen voraus. Derjenige, der aus der culpa in contrahendo Haftung in Anspruch genommen wird, hat zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Insbesondere derjenige, der zum Mittel der Ausschreibung greift, untersteht der culpa in contrahendo Haftung. Ob Fahrlässigkeit für die culpa in contrahendo genügt, hat das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid offen gelassen (BGE 130 III 345 E. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rz. 963 ff. und 1062). Es geht dabei in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo nach Art. 60 ff. OR richtet (BGE 134 III 390 E. 4.3.2). Die relative Verjährungsfrist beträgt nach Art. 67 Abs. 1 OR ein Jahr. Der Anspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Kenntnis des Anspruchs ist dann gegeben, wenn der Verletzte keinen Anlass und keine Möglichkeit zu weiterer Abklärung sowie genügend Unterlagen zur Klageerhebung hat. Das trifft zu, wenn das ungefähre Ausmass des Anspruchs bekannt ist, sodass eine Klageeinleitung vernünftigerweise zugemutet werden kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1558 f. m.w.H.).

3.3. Kein Verschulden

Dass die Beklagte in den Ausschreibungsunterlagen vorsätzlich falsche Angaben gemacht hätte, behauptet die Klägerin nicht. Ob bereits Fahrlässigkeit für die Bejahung einer culpa in contrahendo Haftung genügt, hat das Bundesgericht, wie erwähnt, jüngst offen gelassen. Die Frage braucht vorliegend auch nicht ent-

schieden zu werden, da der Beklagten kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann. Sie hat in ihren Ausschreibungsunterlagen mehrfach und eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass ihre quantitativen Angaben nur eine Schätzung darstellen würden (vgl. Ziff. 2.4.5 hiervor). Die Klägerin kann ihr die Unrichtigkeit folglich nicht vorwerfen. Dies gilt vorliegend um so mehr, als es gemäss vertraglicher Vereinbarung Aufgabe der Klägerin war, mit dem durchzuführenden Basic Engineering die statischen Grundlagen zu erarbeiten. Ein fahrlässiges Verhalten wäre höchstens dann in Betracht zu ziehen, wenn es die Beklagte unterlassen hätte, entsprechende Vorbehalte anzubringen. Angesichts der angebrachten Vorbehalte und den weiteren Umständen kann ihr jedenfalls kein unsorgfältiges bzw. gar treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden.

3.4. Verjährung

Die Klägerin führte in ihrem Schreiben vom 21. September 2012 aus, dass die Stahlbauarbeiten vor dem 25. Februar 2011 fertiggestellt wurden (act. 3/58). Die Klägerin hätte damit nach Abschluss der entsprechenden Stahlbauarbeiten in der Lage sein müssen, die verbauten Stahlmassen zu quantifizieren. Bereits im Dezember 2010 und im Januar 2011 verhandelten die Parteien über die Übernahme der Mehrkosten für die Mehrmassen Stahl (vgl. Ziff. 2.4 hiervor). Aufgrund der gescheiterten Verhandlungen musste die Klägerin schliesslich damit rechnen, dass die Beklagte die Übernahme der Mehrkosten ablehnen würde. Damit war ihr das ungefähre Ausmass ihres Anspruchs spätestens im Februar 2011 bekannt. Dass sie ihre Forderung betragsmässig erstmals am 14. Mai 2012 in der Detailabrechnung zum Nachtrag S-07 ausgewiesen hatte (act. 3/78), gereicht ihr zum Nachteil, zumal sie keine Gründe nennt, weshalb mit der Quantifizierung der Mehrtonnen bis zu diesem Zeitpunkt zugewartet hätte werden müssen. Mit der erstmaligen Betreuung am 11. Januar 2013 erfolgte die Unterbrechung der einjährigen Verjährungsfrist offensichtlich zu spät, weshalb ihr die Beklagte zudem zu Recht die Verjährungseinrede entgegenhalten kann / konnte.

3.5. Fazit

Da der Beklagten kein Verschulden vorzuwerfen ist und da überdies die Verjährung eingetreten wäre, kann die Klägerin ihre Forderung für die Mehrkosten auch nicht auf die culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage stützen.

4. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR

4.1. Die Beklagte bringt weiter vor, dass die Klägerin entgegen Ziff. 4.4 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen noch keine auf erste Aufforderung unwiderruflich zahlbare Bankgarantie für Werkmängel beigebracht habe. Die von der Klägerin gestellten Garantiescheine würden die vertraglichen Voraussetzungen nicht erfüllen. Gemäss der Bestellung vom 13. September 2010 sei die Schlusszahlung gegen die von der Klägerin zu stellende Bankgarantie zu leisten. Da ein Austauschverhältnis bestehe, erhebe die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR (act. 9 Rz. 59 und 91 ff.; act. 35 Rz. 18).

4.2. Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass die Bezahlung der Schlussrate und die Übergabe der Garantie Zug um Zug auszutauschen seien. Sie bestreitet indes, dass die Allgemeinen Einkaufsbedingungen Vertragsbestandteil bildeten, weshalb Ziff. 4.4 auch nicht angewendet werden könne. Überdies sei die Bestimmung als ungewöhnlich zu qualifizieren (act. 1 Rz. 91 ff.).

4.3. Gemäss Art. 82 OR muss derjenige, der bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, sofern keine Vorleistungspflicht besteht. Die gegenseitigen Pflichten müssen in einem Austauschverhältnis (Synallagma) zueinander stehen, wobei sich dies aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung ergibt. Die Einrede des Art. 82 OR steht nicht nur bei Nichterfüllung, sondern auch bei nicht gehöriger Erfüllung zur Verfügung (LEU, in: BSK OR I, Art. 82 N. 1 ff.).

4.4. Wie bereits aufgezeigt, wurden die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil (vgl. Ziff. 2.4.3 hiervor). Unter Ziff. 4.4 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen (act. 3/4 S. 2) wird festgehalten, dass eine auf erste

Anforderung unwiderruflich zahlbare direkte Bankgarantie von erstklassigen Bankinstituten, ausgestellt gemäss den einheitlichen Richtlinien für auf Anforderung zahlbare Garantien (ICC/Paris; Publikation Nr. 458), abzugeben sei. Auf diese Ziff. 4.4 wurde in der Bestellung H-10-1025, welche ebenfalls Vertragsbestandteil war (vgl. Ziff. 2.4.3 hiervor), explizit hingewiesen (act. 3/15 S. 3), wobei festgehalten wurde, dass die Bankgarantie mit der Schlussrate zu leisten sei, sich die Form gemäss den Allgemeinen Einkaufsbedingungen richte und als Gerichtsstand D._____ zu bestimmen sei. Aufgrund dieses Verweises wurde die Klägerin gesondert auf die Voraussetzungen der zu leistenden Bankgarantie aufmerksam gemacht, weshalb die Ungewöhnlichkeitsregel ausser Betracht fällt (BGE 138 III 411 E. 3). Mit Schreiben vom 3. Juni 2013 hat die Beklagte die von der Klägerin beigebrachten Garantien bemängelt und sie aufgefordert, bis 14. Juni 2013 eine vertragskonforme Gewährleistungsgarantie zu übergeben (act. 3/86).

4.5. Die von der Klägerin beigebrachten Garantiescheine erfüllen die Voraussetzungen gemäss Ziff. 4.4 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen nicht (act. 3/83; act. 3/85). Zunächst wurden sie entgegen vertraglicher Vereinbarung nicht von erstklassigen Bankinstituten, sondern von einer Versicherungsgesellschaft abgegeben. Darüber hinaus handelt es sich nicht um eine auf erste Anforderung hin zu leistende Garantie, da die Versicherungsgesellschaft nur als Solidarbürge einzustehen hat.

4.6. Die Klägerin hat damit die fällig gewordene Bankgarantie, welche im Austausch zur Schlusszahlung erfolgen sollte, zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bzw. der Klageeinleitung (Art. 62 ZPO) noch nicht gehörig beigebracht. Selbst wenn man entgegen den bereits ausgeführten Gründen, welche zur Klageabweisung führen, von einer Forderung zugunsten der Klägerin ausginge, müsste die Klage zurzeit abgewiesen werden, da der Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR zustünde.

5. Ergebnis

Es besteht weder ein vertraglicher Anspruch noch ein Anspruch gestützt auf die culpa in contrahendo Haftung auf Vergütung der Mehrmassen. Auch in quantitati-

ver Hinsicht gelingt der Beweis der behaupteten Mehrmassen nicht. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Klägerin als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

6.2. Die Höhe der Entscheidgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Entscheidgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

6.3. Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Vorliegend beträgt der aufgrund der Einigung (Vergleich vom 4. Juni 2014, Verfügung vom 6. Juni 2014) verbleibende Streitwert CHF 235'181.50.

6.4. Angesichts des Umfangs der Akten, der mehrfachen gerichtlichen Verfügungen, des Verfahrensaufwandes, einschliesslich der Durchführung einer – in diesem Punkt – nicht erfolgreichen Vergleichsverhandlung und schliesslich der Komplexität der Rechtsfragen rechtfertigt es sich, die nach § 4 GebV OG bemessene Gerichtsgebühr um rund 1/2 zu erhöhen und auf CHF 21'000.– festzusetzen sowie aus dem Kostenvorschuss der Klägerin zu beziehen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf CHF 26'000.– festzusetzen ist. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies aufgrund der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts

des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 21'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 26'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 235'181.50.

Zürich, 24. August 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Adrian Joss