



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Ersatzoberrichterin Maya Knüsel, die Handelsrichter Christoph Pfenninger, Anja Widmer und Jakob Haag sowie Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

**Urteil vom 12. Juli 2019**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Anlagestiftung,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Real AG, (vormals: C.\_\_\_\_\_ Real AG),**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. HSG, LL.M. Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Sachverhalt und Verfahren .....</b>	<b>5</b>
A. Sachverhaltsübersicht.....	5
a. Parteien und ihre Stellung.....	5
b. Prozessgegenstand .....	5
B. Prozessverlauf .....	6
<b>Erwägungen .....</b>	<b>9</b>
1. Formelles .....	9
1.1. Örtliche Zuständigkeit .....	9
1.2. Sachliche Zuständigkeit .....	9
2. Unbestrittener Sachverhalt .....	10
2.1. Totalunternehmervertrag.....	10
2.2. Erstvermietungsauftrag .....	10
2.3. Unzulässigkeit einer Verkaufsnutzung der Erdgeschossflächen .....	11
2.4. Schadenersatzforderung der J._____ AG gegenüber der Klägerin .....	14
3. Voraussetzungen eines Werkmangels .....	15
4. Vereinbarung einer Verkaufsnutzung aller Mietflächen? .....	17
4.1. Parteistandpunkte .....	17
4.2. Rechtliches.....	18
4.3. Tatsächlicher Konsens.....	21
4.3.1. Einleitung .....	21
4.3.2. Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 (act. 3/33) .....	21
4.3.3. Zusicherung in der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" (act. 53/6)? .....	22
4.3.4. Zusicherung in Vertragsbeilagen und Plänen? .....	23
4.3.5. Zusicherung in der Bruttorenditeberechnung (act. 3/17)?.....	25
4.3.6. Zusicherung durch die Mietzinsgarantie? .....	27
4.3.7. Zusicherung durch den Erstvermietungsauftrag? .....	29
4.3.8. Zusicherung im Baubeschrieb vom 10. Mai 2006 (act. 3/18)?.....	30
4.3.9. Zusicherung im Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22)? .....	31
4.3.10. Zusicherung in der Beilage 5 (act. 3/23)? .....	32
4.3.11. Referenzobjekte.....	33
4.3.12. Nachträgliches Parteiverhalten .....	33
4.3.13. Zwischenfazit .....	36
4.4. Normativer Konsens.....	37
4.4.1. Einleitung .....	37
4.4.2. Wortlaut.....	37
4.4.3. Vertragszweck/Sachgerechtigkeit.....	38
4.4.4. Mietzinsgarantie.....	38
4.4.5. Zwischenfazit .....	39
4.5. Fazit .....	39
5. Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Erstvermietungsauftrags .....	39
5.1. Einleitung .....	39

5.2.	Parteistandpunkte .....	40
5.3.	Rechtliches.....	40
5.4.	Pflicht der Beklagten zur Einholung der "Betriebsbewilligung"?.....	41
5.5.	Vereinbarungen in den Mietverträgen zur "Betriebsbewilligung" .....	43
5.6.	Zwischenfazit .....	46
5.7.	Sorgfaltspflichtverletzung .....	47
5.8.	Fazit .....	49
6.	Ergebnis.....	49
7.	Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	50
7.1.	Gerichtskosten .....	50
7.2.	Parteientschädigung .....	50
	<b>Entscheid-Dispositiv .....</b>	<b>51</b>

**Rechtsbegehren**

(act. 1 S. 2; act. 52 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 6'954'926.45 zu bezahlen, zuzüglich
2. Zins zu 5 % auf CHF 2'200'000.00 seit 14. Juli 2006;  
Zins zu 5 % auf CHF 500'000.00 seit 31. Juli 2006;  
Zins zu 5 % auf CHF 1'000'000.00 seit 16. Juli 2007;  
Zins zu 5 % auf CHF 3'229'926.45 seit 27. August 2007;  
Zins zu 5 % auf CHF 25'000.00 seit 7. Dezember 2012;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlicher MWST von 8 % auf der Prozessentschädigung, zulasten der Beklagten."

*Eventualantrag zu Ziff. 2:*

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Zins zu 5% bezahlen auf

- CHF 687'740.81 inkl. MWST seit 14. Juli 2006;
- CHF 156'304.73 inkl. MWST seit 31. Juli 2006;
- CHF 312'609.46 inkl. MWST seit 16. Juli 2007;
- CHF 1'094'133.10 inkl. MWST seit 27. August 2007;
- CHF 1'000'350.26 inkl. MWST seit 5. Oktober 2007;
- CHF 1'000'350.26 inkl. MWST seit 1. November 2007;
- CHF 1'125'394.05 inkl. MWST seit 6. Dezember 2007;
- CHF 844'045.53 inkl. MWST seit 7. Februar 2008;
- CHF 708'998.25 inkl. MWST seit 22. Mai 2008 und
- CHF 25'000.00 inkl. MWST seit 7. Dezember 2012."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

1. Die Klägerin ist eine Stiftung mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt die gemeinschaftliche Anlage und Verwaltung der ihr anvertrauten Vermögenswerte (act. 3/3).

2. Bei der Beklagten, vormals C.\_\_\_\_ Real AG (act. 4/2), handelt es sich um eine Aktiengesellschaft. Sie hat ihren Sitz in D.\_\_\_\_/AR. Die Gesellschaft bezweckt u.a. die Planung, Vermietung, Vermarktung, Verwaltung und sonstige Bewirtschaftung von Immobilien sowie die Tätigkeit als General- und Totalunternehmerin. Die Umfirmierung von C.\_\_\_\_ Real AG auf die heutige B.\_\_\_\_ Real AG erfolgte am tt.mm.2016.

#### b. Prozessgegenstand

1. Die Parteien haben mit Datum vom 16. Juni 2006 einen Totalunternehmer-Werkvertrag ("Totalunternehmervertrag") abgeschlossen (act. 3/5). Mit diesem übertrug die Klägerin der Beklagten die Planung, Errichtung und teilweise Erstvermietung des Gewerbe- und Fachmarktzentrums "E.\_\_\_\_" an der F.\_\_\_\_-Strasse 1 in G.\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_ auf dem Grundstück Parzelle-Nr. 2. Die Abnahme des Werkes erfolgte am 19. März 2008 (act. 3/56).

2. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin aus dem genannten Werkvertrag eine Forderung von insgesamt CHF 6'954'926.45 zuzüglich Zins gemäss Rechtsbegehren geltend. Sie behauptet einen Minderwert des Fachmarktzentrums aufgrund eines von der Beklagten zu vertretenden Mangels und macht daher eine Werklohnminderung geltend. Der Minderwert belaufe sich auf insgesamt CHF 6'929'926.45 zuzüglich Zins. Zusätzlich verlangt die Klägerin Schadenersatz aus Verletzung des Erstvermietungsauftrags gemäss Art. 398 Abs. 2

i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR in der Höhe von CHF 25'000.00 zuzüglich Zins (act. 1 S. 6 ff.).

3. Die Beklagte erachtet sämtliche Forderungen als unbegründet und beantragt demgemäss die Abweisung der Klage (act. 24 S. 2 ff.).

4. Die Parteien (auf Klägerseite die damalige C.\_\_\_\_\_ Real AG) standen sich 2012/2013 in umgekehrten Parteirollen im Zusammenhang mit dem genannten Werkvertrag bereits einmal vor dem hiesigen Handelsgericht gegenüber. Der damalige Prozess lief unter der Nummer HG120210, hatte einen Verspätungsschaden zum Thema und wurde schliesslich vor Handelsgericht am 20. November 2013 vergleichsweise erledigt (act. 3/7).

#### B. Prozessverlauf

1. Am 19. Dezember 2014 überbrachte die Klägerin dem hiesigen Gericht die Klageschrift vom 17. Dezember 2014 mit obgenanntem Rechtsbegehren (act. 1).

2. Mit Präsidialverfügung vom 19. Dezember 2014 wurde (u.a.) der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 90'000.00 zu leisten (Prot. S. 2 f.). Dieser ging innert Frist ein (act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 10. Februar 2015 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 14. April 2015 ersuchte die Beklagte um eine Fristerstreckung für die Klageantwort im Umfang "von 6 bis 9 Monaten" (act. 12), welche am 15. April 2015 präsidialiter um zwei Monate und damit bis zum 18. Juni 2015 bewilligt wurde (Prot. S. 6). Mit Eingabe vom 6. Mai 2015 ersuchte die Beklagte gleichwohl um eine ausserordentliche und letztmalige Fristerstreckung bis 10. Juli 2015 (act. 18), wobei der Antrag mit Präsidialverfügung vom 7. Mai 2015 abgewiesen wurde (Prot. S. 8). Da die Beklagte innert Frist keine Klageantwort eingereicht hatte, wurde ihr hierfür mit Verfügung vom 23. Juni 2015 eine einmalige Nachfrist bis 14. Juli 2015 angesetzt (Prot. S. 9). Die Klageantwort wurde schliesslich unter dem 10. Juli 2015 erstattet (act. 24). Am 15. Juli 2015 verfügte der Präsident die Zustellung der Klageantwort an die Klägerin und die Delegation der Verfahrensleitung (Prot. S. 10).

3. In der Folge wurde zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, welche nach zweimaliger Verschiebung (vgl. act. 28 f.; Prot. S. 10) schliesslich am 12. April 2016 stattfand. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (Prot. S. 11 f.).

4. Sodann änderte sich die Gerichtsbesetzung infolge der Pensionierung von Oberrichter Peter Helm; der Vorsitz wurde neu von Oberrichter Roland Schmid übernommen.

5. Mit Eingabe vom 14. April 2016 stellte die Beklagte den Antrag, es sei der Referent, Handelsrichter M.\_\_\_\_\_, wegen Befangenheit für das weitere Verfahren ab sofort in den Ausstand zu stellen und es sei die Sache einem anderen Referenten bzw. einer anderen Referentin zuzuteilen. Zudem ersuchte die Beklagte in prozessualer Hinsicht, es seien die Akten aus dem Verfahren C.\_\_\_\_\_ Real AG gegen A.\_\_\_\_\_ Anlagestiftung (Geschäfts-Nr. HG120210) zur Beurteilung dieses Ausstandsgesuchs beizuziehen (act. 30). Handelsrichter M.\_\_\_\_\_ erklärte daraufhin mit Eingabe vom 2. Mai 2016, nicht befangen zu sein (act. 36). Zudem nahm die Klägerin mit Eingabe vom 2. Mai 2016 zu den beklaglichen Begehren Stellung (act. 34 f.). Hierauf hielt die Beklagte mit Eingabe vom 26. Mai 2016 an ihrem Gesuch fest (act. 41), wozu sich die Klägerin mit Eingabe vom 9. Juni 2016 äusserte (act. 42). Die letztgenannte klägerische Stellungnahme wurde der Beklagten am 14. Juni 2016 zugestellt (Prot. S. 19; act. 43). Mit Beschluss vom 12. Juli 2016 wurde das Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter M.\_\_\_\_\_ abgewiesen ebenso wie der Antrag der Beklagten auf Aktenbeizug betr. Geschäfts-Nr. HG120210 (act. 44).

6. Mit Eingabe vom 15. September 2016 (gleichentags überbracht) reichte die Klägerin ein Gesuch um superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ein (act. 46). Dieses wurde mit Präsidialverfügung vom 16. September 2016 abgewiesen (act. 48).

7. Mit Verfügung vom 28. November 2016 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 50). Diese datiert vom 20. Februar 2017 und wurde gleichentags eingereicht (act. 52). Unter dem 3. April 2017 erfolgte die Fristansetzung zur Duplik (act. 55), welche am 22. Juni 2017 erstattet wurde (act. 57).

Mit Verfügung vom 5. September 2017 wurde diese zweite Rechtsschrift mit Beilagen der Gegenpartei zugestellt und gleichzeitig Aktenschluss erklärt (act. 59).

8. Am 13. September 2017 ersuchte die Klägerin um Fristansetzung zur Stellungnahme zu den Noven in der Duplik der Beklagten (act. 61). Mit Verfügung vom 13. September 2017 wurde der Klägerin zur Ausübung des Replikrechts eine einmalige Frist bis zum 9. Oktober 2017 angesetzt (act. 62). Mit Eingabe vom 9. Oktober 2017 nahm die Klägerin zu den Noven der Beklagten Stellung (act. 64), welche Stellungnahme der Beklagten mit Verfügung vom 24. November 2017 zugestellt wurde (act. 65). Am 28. November 2017 ersuchte die Beklagte ihrerseits um eine Fristansetzung zur Stellungnahme (act. 67), welchem Antrag mit Verfügung vom 29. November 2017 entsprochen wurde (act. 68). Am 28. Dezember 2017 ging die Stellungnahme der Beklagten vom 21. Dezember 2017 ein (act. 70). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 29. Januar 2018 zugestellt (act. 72). Die Klägerin reichte unter Berufung auf ihr unbedingtes Replikrecht am 12. Februar 2018 eine weitere Stellungnahme ein (act. 74), welche von der Beklagten am 21. Februar 2018 in Empfang genommen wurde (act. 75).

9. Mit Eingabe vom 5. März 2018 stellte die Beklagte einen Antrag auf Beschränkung des Verfahrens hinsichtlich der Fragen des Vorliegens eines Werkmangels, der Genehmigung eines allfälligen offenen Werkmangels mit der Werkabnahme und der rechtzeitigen und rechtsgenügenden Mängelrüge (act. 76). Der Klägerin wurde hierzu mit Verfügung vom 8. März 2018 das rechtliche Gehör gewährt (act. 77). Die Klägerin beantragte mit Eingabe vom 9. März 2018 die Abweisung des prozessualen Antrags (act. 79), wozu sich die Beklagte unter dem 22. März 2018 unaufgefordert äusserte (act. 81). Am 18. April 2018 nahm die Klägerin ihrerseits und abermals unter Hinweis auf ihr unbedingtes Replikrecht hierzu Stellung (act. 83). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten am 8. Mai 2018 zugestellt (act. 84). Mit Verfügung vom 13. Juni 2018 wurde der prozessuale Antrag auf Verfahrensbeschränkung abgewiesen. Die Parteien wurden überdies aufgefordert zu erklären, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten. Bei Stillschweigen würde ein Verzicht auf Hauptverhandlung angenommen (act. 85). Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 28. Juni 2018 auf die

Hauptverhandlung zu verzichten (act. 87). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen und verzichtete damit stillschweigend auf die Durchführung einer Hauptverhandlung.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Örtliche Zuständigkeit

Der hier relevante Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 enthält eine Gerichtsstandsvereinbarung (act. 3/5). Demgemäss kamen die Parteien überein, dass allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag ausschliesslich vom Handelsgericht des Kantons Zürich beurteilt werden sollen (act. 3/5 Ziff. 13). Die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit ist im Lichte der inhaltlichen und formellen Voraussetzungen nicht zu beanstanden, womit das Handelsgericht örtlich zuständig ist (vgl. Art. 406 ZPO i.V.m. Art. 9 GestG).

#### 1.2. Sachliche Zuständigkeit

1.2.1. Art. 406 ZPO bezieht sich nur auf Vereinbarungen über die örtliche, nicht jedoch auf solche über die sachliche Zuständigkeit (BGE 138 III 471). Namentlich handelsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO, die im Kanton Zürich zwingend in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts fallen (vgl. § 44 lit. b GOG), sind der Parteidisposition entzogen.

1.2.2. Da beide Parteien – als Stiftung und als AG – im Handelsregister eingetragen sind (vgl. act. 3/3 und act. 3/4), der nach Art. 93 ZPO bestimmte Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (vgl. act. 1 S. 2 und act. 6) und die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist (vgl. act. 1 S. 7; act. 3/3-5), ist das Handelsgericht im ordentlichen Verfahren zur Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche zuständig.

## 2. Unbestrittener Sachverhalt

### 2.1. Totalunternehmervertrag

2.1.1. Die Beklagte hat sich gegenüber der Klägerin als Grundeigentümerin im Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 (act. 3/5) zur Planung und schlüsselfertigen Erstellung des Bauwerks verpflichtet.

2.1.2. In Ziff. 1.1 des Totalunternehmervertrags wurde das Bauwerk als "Neubau Gewerbe- und Fachmarktzentrum E.\_\_\_\_\_" bezeichnet (act. 3/5 Ziff. 1.1). In Ergänzung zu den Regelungen im Totalunternehmervertrag wurden die von der Beklagten nach Massgabe des Totalunternehmervertrags zu erbringenden Leistungen und die Spezifikationen des Werks in den in Ziff. 1.2 aufgeführten Vertragsbeilagen definiert, wobei die Reihenfolge der aufgeführten Dokumente und Normen gleichzeitig als Rangordnung gilt. Zum Vertragsbestandteil wurden damit unter anderem die Bruttorenditeberechnung der Totalunternehmung vom 25. April 2006 (act. 3/17), der Baubeschrieb der Totalunternehmung inkl. Sicherheits- und Nutzungsplan vom 10. Mai 2006 (act. 3/18), das Dokument Flächeninventar + Mieterspiegel vom 14. März 2006 (act. 3/14) und der Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22) erklärt.

2.1.3. Die Parteien haben im Totalunternehmervertrag sodann die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91) für anwendbar erklärt (act. 3/5 Ziff. 1.2).

2.1.4. Für die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen gemäss Totalunternehmervertrag vereinbarten die Parteien einen pauschalen Werklohn von CHF 22'168'000.– inkl. MWST. Dieser Werkpreis ist der Beklagten durch die Klägerin bezahlt worden und bildete bereits Gegenstand der Auseinandersetzung, die vor Handelsgericht am 20. November 2013 im Verfahren HG120210 vergleichsweise beigelegt worden ist (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 24 Rz. S. 33).

### 2.2. Erstvermietungsantrag

2.2.1. Der im Rahmen dieses Totalunternehmervertrags vereinbarte Erstvermietungsantrag der Beklagten bezog sich auf eine Fläche von insgesamt ca. 1'800 Quadratmetern im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentrums, auf eine

Lagerfläche von ca. 298 Quadratmetern sowie auf acht Parkplätze, für welche im Zeitpunkt des Abschlusses des Totalunternehmervertrags noch keine Mietverträge bestanden (vgl. Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags; act. 3/5 S. 8 ff.). Mit Bezug auf die übrigen Flächen im Fachmarktzentrum bestand bei Abschluss des Totalunternehmervertrags bereits ein Mietvertrag zwischen der Beklagten und der I.\_\_\_\_\_ AG (datierend vom 1. Juli 2005) für den Betrieb eines Verkaufsgeschäfts für Artikel aus den Bereichen "Food" und "Non-Food" (act. 3/8). Das Verkaufskonzept besteht aus einem Engros-Handel für Grossverbraucher nach dem "Cash&Carry-System" (act. 1 Rz. 26 f; act. 24 S. 3). Diesen ursprünglich von der Beklagten mit der I.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossenen Mietvertrag über eine Fläche von insgesamt ca. 5'884 Quadratmetern hat die Klägerin mit Abschluss des Totalunternehmervertrags mit allen Rechten und Pflichten übernommen (act. 3/5; Ziff. 2.4 betr. "Erstvermietung/ Mietzinsgarantie/ Incentive").

2.2.2. Im Zuge der entsprechenden Erstvermietung schloss die Beklagte nach Abschluss des Totalunternehmervertrags namens und in Vertretung der Klägerin Mietverträge mit der J.\_\_\_\_\_ AG (Mietvertrag vom 9. Februar 2007 [act. 3/9]) und der K.\_\_\_\_\_ GmbH (Mietvertrag vom 30. Mai 2007 [act. 3/10]) betreffend die Flächen im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentrums zum Betrieb von Verkaufsgeschäften ab. Als Mietbeginn war der Dezember 2007 vorgesehen.

2.2.3. Der Mietvertrag mit der J.\_\_\_\_\_ AG wurde durch die Mietvertragsparteien mit Aufhebungsvertrag und damit einvernehmlich per 31. Oktober 2012 beendet (act. 3/11). Die Klägerin verpflichtete sich dabei u.a. zur Leistung einer Inkonvenienzentschädigung an die J.\_\_\_\_\_ AG von CHF 25'000.– (act. 3/11). Der Mietvertrag mit der K.\_\_\_\_\_ GmbH war im Zeitpunkt der Klageeinreichung weiterhin (unverändert) in Kraft (act. 1 Rz. 88 ff.; act. 24 S. 44; act. 3/10).

### 2.3. Unzulässigkeit einer Verkaufsnutzung der Erdgeschossflächen

2.3.1. Im Baugesuch vom 2. März 2005 beantragte die Beklagte eine Bewilligung für das *"Erstellen eines Gewerbegebäudes mit einem Anteil Büronutzung, Flachdach ext. begrünt"* (act. 3/33 Ziff. 1). Unter der Nutzung wurden im Baugesuch die

Beschreibungen "Gewerbe" und "Dienstleistung" angekreuzt (act. 58/13). Gestützt darauf erteilte die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ am 9. Februar 2006 die Gesamtbaubewilligung für das Projekt, welche unangefochten blieb und in Rechtskraft erwuchs. Eine konkrete Nutzung wurde damit jedoch noch nicht bewilligt. Vielmehr ordnete die Gemeinde an, dass die Nutzung mit den Bestimmungen in Artikel 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ vereinbar sein müsse. Diesbezüglich seien Massnahmen wie etwa das Verweigern der "Betriebsbewilligung" vorbehalten (act. 3/33 Ziff. 4).

2.3.2. Im Rahmen einer in der Projektänderung erwirkten Zusatzbewilligung vom 30. März 2007 hielt die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ fest, dass die in der Gesamtbewilligung vom 9. Februar 2006 verfügten Auflagen nach wie vor Gültigkeit beanspruchen. Ausdrücklich ordnete sie an, dass vor dem Verkauf oder der Vermietung von Räumlichkeiten die jeweilige Firma mit ihrer Nutzung der Gemeinde bekanntzugeben und eine Genehmigung einzuholen sei (act. 1 Rz. 110 ff.; act. 24 S. 46; act. 3/34).

2.3.3. Die Nutzung durch die I.\_\_\_\_\_ AG bewilligte die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ mit Entscheid vom 13. Februar 2007 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_497/2009 vom 8. Juni 2010 E. 3.2). Die Nutzung für die K.\_\_\_\_\_ GmbH sowie die J.\_\_\_\_\_ AG wurde indessen erst mit der "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni 2007 gestattet. Die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ erteilte diese "Betriebsbewilligung" in einer Art "Anzeigeverfahren" ohne öffentliche Ausschreibung und ohne Publikation (act. 1 Rz. 121 ff.; act. 24 S. 47).

2.3.4. Durch das Unterbleiben der Publikation der "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni 2007 erlangten etwaige Einsprecher zunächst keine Kenntnis vom Bauvorhaben. Erst später erfuhr die ... [Partei] G.\_\_\_\_\_ -L.\_\_\_\_\_ gerüchteweise von der "Betriebsbewilligung". Darauf reichte die ... [Partei] G.\_\_\_\_\_ -L.\_\_\_\_\_ eine nicht fristgebundene Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsstatthalteramt Bern gegen die Baukommission G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ bzw. gegen die Betriebsbewilligung vom 28. Juni 2007 ein. Die Beschwerde wurde hierauf an die kantonale Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) Bern überwiesen. Mit Entscheid vom 9. Januar 2008 stellte die BVE fest, dass die "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni

2007 nichtig sei, da "Betriebsbewilligungen" im Baurecht unbekannt seien (act. 3/43). Sie trat deshalb auf die Beschwerde der ... [Partei] G.\_\_\_\_-L.\_\_\_\_ nicht ein und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde G.\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_ zurück. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 21. April 2008 dahingehend gut, dass es den Entscheid der BVE aufhob, insoweit die Nichtigkeit der "Betriebsbewilligung" festgestellt wurde. Es wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück und wies im Übrigen die Beschwerde ab. Das Gericht trug der BVE namentlich auf zu prüfen, ob das Rechtsmittel rechtzeitig eingereicht worden sei. Weiter hatte die Vorinstanz zu klären, ob die ... [Partei] G.\_\_\_\_-L.\_\_\_\_ als private Organisation befugt sei, Baubeschwerde zu führen (act. 3/36 insbesondere E. 2.9). Mit Entscheid vom 21. April 2009 hiess die BVE die Beschwerde der ... [Partei] G.\_\_\_\_-L.\_\_\_\_ gut und hob die "Betriebsbewilligung" der Einwohnergemeinde G.\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_ vom 28. Juni 2007 auf (act. 3/44).

2.3.5. Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die Parteien als auch die ... [Partei] G.\_\_\_\_-L.\_\_\_\_ wiederum Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 1. Oktober 2009 insoweit teilweise gut, als es die Nutzung durch die I.\_\_\_\_ AG bereits als rechtskräftig bewilligt beurteilte. Es kam jedoch zum Schluss, dass die Nutzungen der K.\_\_\_\_ GmbH und der J.\_\_\_\_ AG wegen mangelnder Zonenkonformität nicht bewilligt werden können (act. 3/37).

2.3.6. Die Parteien sowie die ... [Partei] G.\_\_\_\_-L.\_\_\_\_ erhoben gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerden mit Urteil vom 8. Juni 2010 ab (1C\_497/2009 E. 4; act. 3/16), womit die Unzulässigkeit der Verkaufsnutzung durch die J.\_\_\_\_ AG und die K.\_\_\_\_ GmbH von ca. 1'800 Quadratmetern im Erdgeschoss des Gewerbe- und Fachmarktzentrums "E.\_\_\_\_" höchstrichterlich festgehalten wurde. Das Bundesgericht folgte den Auffassungen der kantonalen Vorinstanzen, welche zum Schluss

gekommen waren, dass Art. 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ für das Grundstück eine *ausgewogene* Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe verlange.

2.3.7. Mit Verfügung vom 20. September 2010 eröffnete die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ ein Wiederherstellungsverfahren (des rechtmässigen Zustands) betreffend die Verkaufsnutzung des Gewerbe- und Fachmarktzentrums durch die K.\_\_\_\_\_ GmbH und die J.\_\_\_\_\_ AG (act. 3/46). Am 27. April 2012 entschied die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ sodann über die nachträglichen Baugesuche um Ausnahmegewilligung der Klägerin, der Beklagten sowie der Mieterinnen J.\_\_\_\_\_ AG und K.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Gesuche der Klägerin, der J.\_\_\_\_\_ AG sowie der K.\_\_\_\_\_ GmbH wurden abgewiesen, auf das Gesuch der Beklagten wurde nicht eingetreten. Die Verkaufsnutzung durch die J.\_\_\_\_\_ AG und K.\_\_\_\_\_ GmbH wurde nach Ablauf von einem Jahr ab Rechtskraft des Entscheids verboten (act. 3/50). Gegen diesen Entscheid erhoben die Klägerin, die J.\_\_\_\_\_ AG und die K.\_\_\_\_\_ GmbH Beschwerde, welche mit Entscheid der BVE vom 22. Oktober 2012 abgewiesen wurden (act. 3/41; act. 1 Rz. 135 ff; act. 24 S. 49). Die K.\_\_\_\_\_ GmbH zog diesen Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern weiter, welches das Rechtsmittel mit Entscheid vom 3. Juli 2013 abwies (act. 3/53). Auch die dagegen ans Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde mit Urteil vom 28. März 2014 abgewiesen (Urteil des Bundesgerichts 1C\_691/2013; act. 3/38).

2.3.8. Da das Bundesgericht im Urteil vom 8. Juni 2010 zum Schluss kam, dass die Verkaufsnutzungen durch die Mieterinnen J.\_\_\_\_\_ AG und K.\_\_\_\_\_ GmbH unzulässig sind sowie das nachträgliche Baugesuch mit Gesuch um Ausnahmegewilligung von der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ mit Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 27. April 2012 rechtskräftig abgewiesen wurde, stand fest, dass die J.\_\_\_\_\_ AG sowie die K.\_\_\_\_\_ GmbH ihr jeweiliges Mietobjekt zukünftig nicht mehr als Verkaufsflächen nutzen durften (act. 1 Rz. 134 ff; act. 14 S. 58 ff.).

#### 2.4. Schadenersatzforderung der J.\_\_\_\_\_ AG gegenüber der Klägerin

2.4.1. Mit Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 27. April 2012 wurde der J.\_\_\_\_\_ AG wie ausgeführt untersagt, nach Ablauf von einem Jahr ab Rechtskraft

des Entscheids eine Verkaufsnutzung auszuüben oder ausüben zu lassen. Da die J.\_\_\_\_\_ AG gegen den vorgenannten Entscheid kein Rechtsmittel ergriff, erwuchs dieser nach Ablauf der dreissigtägigen Beschwerdefrist in Rechtskraft, weshalb sich der Verkauf im Gewerbe- und Fachmarktzentrum E.\_\_\_\_\_ durch die J.\_\_\_\_\_ AG nur noch bis im Mai 2013 als zulässig erwies (act. 52 Rz. 492 ff.; act. 57 S. 86 ff.).

2.4.2. Der am 9. Februar 2007 zwischen der Klägerin und der J.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossene Mietvertrag sah eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren mit Optionsrechten zur Verlängerung des Mietverhältnisses um je weitere fünf Jahre vor. Die J.\_\_\_\_\_ AG machte von ihrem Optionsrecht mit Schreiben vom 19. August 2011 Gebrauch, womit das Mietverhältnis bis zum 31. März 2018 verlängert wurde (act. 3/9; act. 3/11). Die J.\_\_\_\_\_ AG stellte darauf hin gegenüber der Klägerin Schadenersatzforderungen für nutzlos gewordene Investitionen im Umfang von ca. CHF 420'000.–. Am 24./ 28. August 2012 schloss die Klägerin mit der J.\_\_\_\_\_ AG einen Aufhebungsvertrag, wonach das Mietverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Bau- und Wiederherstellungsentscheids der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ vom 27. April 2012, spätestens jedoch per 31. Dezember 2013 aufgelöst werden sollte (act. 3/11). Zudem verpflichtete sich die Klägerin, der J.\_\_\_\_\_ AG eine Inkonvenienzentschädigung in der Höhe von CHF 25'000.– zu leisten, welche ihr mit Valuta vom 7. Dezember 2012 überwiesen wurde (act. 52 Rz. 493 ff.; act. 57 S. 86 ff.).

### 3. Voraussetzungen eines Werkmangels

3.1. Die Klägerin erblickt vorliegend darin einen Werkmangel, dass die von der Beklagten *zugesicherte rechtliche* Eigenschaft, wonach sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten, fehle (act. 1 Rz. 223).

3.2. Gemäss Art. 166 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer dafür einzustehen, dass sein Werk keine Mängel aufweist. Ein Werkmangel nach Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Ei-

genschaft nicht aufweist oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). Als Zusicherung ist eine vertraglich bindende Erklärung des Unternehmers zu verstehen, dass sein versprochenes Werk eine bestimmte Eigenschaft aufweist. Die Unterscheidung zwischen zugesicherten und sonst wie vereinbarten Eigenschaften ist rechtlich bedeutungslos. Jede Eigenschaftsvereinbarung beruht auf den (tatsächlich oder normativ) übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Anmerkungen 6.2 und 6.3 zu Art. 166 SIA-Norm 118).

3.3. Die zugesicherte Eigenschaft kann sich aus Worten, Zeichnungen, Mustern, Modellen oder dergleichen ergeben. Sie kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N. 1372 ff.). Dabei kann eine solche Eigenschaft insbesondere auch aus dem Leistungsbeschrieb oder aus den Plänen hervorgehen, sofern sie deren Vertragsbestandteile sind.

3.4. Von der Zusicherung einer Werkeigenschaft zu unterscheiden ist das selbständige Garantieverprechen. Es bezieht sich auf einen bestimmten (meist wirtschaftlichen) Erfolg (wie Umsatz oder Rendite), der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Werks hinausgeht (indem er noch von anderen Faktoren abhängt wie beispielsweise der Absatzgelegenheit, dem Kundenkreis, der Konjunktur etc.), also nicht Gegenstand der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung ist. Indem der Unternehmer vertraglich einen solchen Erfolg garantiert, übernimmt er eine Schadenersatzpflicht für den Fall, dass der Erfolg ausbleibt. Bleibt der Erfolg tatsächlich aus, so ist das Werk deswegen nicht mangelhaft und die Regel der Mängelhaftung gelangen nicht zur Anwendung (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anmerkung 6.5 zu Art. 166 SIA-Norm 118; zur Abgrenzung BGE 122 III 426 E. 4).

3.5. Nach der Natur des Mangels gibt es tatsächliche und rechtliche Werkmängel. Ein tatsächlicher oder ein rechtlicher Mangel liegt vor, je nachdem, ob die vertraglich geforderte Beschaffenheit, von der das Werk im Einzelfall abweicht, durch tatsächliche oder durch rechtliche Kriterien bestimmt ist. Die rechtlichen Kriterien

sind zur Hauptsache Sicherheits- oder andere Vorschriften des öffentlichen Rechts, welche die Benutzung, den Gebrauch und den Vertrieb von Gebäuden, Maschinen, Apparaten und weiteren Produkten reglementieren (GAUCH, a.a.O., N. 1432 und 1460 ff.).

3.6. Vorliegend behauptet die Klägerin einen rechtlichen Mangel aufgrund des Umstands, dass sich eine Nutzung der Erdgeschossflächen als Verkaufsflächen als unvereinbar mit Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ erwiesen hat. Sie weist in diesem Zusammenhang unter anderem auf ein Urteil des Appellationshofs des Kantons Freiburg vom 20. September 1988 hin, wonach das Nichteinhalten von feuerpolizeilichen Vorschriften bei einem Cheminéebau einen rechtlichen Mangel darstellt (act. 52 Rz. 20, mit Verweis auf GAUCH, a.a.O., N. 1432 m.w.H.).

3.7. Es erscheint fraglich, ob auch im vorliegenden Fall von einem rechtlichen *Werkmangel* auszugehen wäre. Während beim Cheminéebau objektivierbare feuerpolizeiliche Vorgaben zu beachten sind, geht es im vorliegenden Fall um die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Nutzungsvorschriften, die eine ausgewogene Nutzung zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben bezwecken und insoweit einen grösseren Ermessensspielraum aufweisen. Es ist unbestritten, dass es nicht darum ging, ob das *Werk überhaupt* nutzbar war oder nicht. Die Zusicherung einer bestimmten künftigen Nutzungsmöglichkeit erschiene einem selbständigen Garantieverprechen jedoch naheliegender. Die Frage braucht jedoch nicht weiter vertieft zu werden, da es der Klägerin nicht gelingt darzulegen, dass eine Vereinbarung gemäss ihrem Verständnis vorliegt, wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht.

#### 4. Vereinbarung einer Verkaufsnutzung aller Mietflächen?

##### 4.1. Parteistandpunkte

4.1.1. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihr zugesichert, dass sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte aus den Bereichen "Food" und "Non-Food" genutzt werden könnten. Diese Zusicherung

habe sich insbesondere auf die Mietflächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss bezogen. Die von der Beklagten zugesicherte Eigenschaft habe dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien entsprochen (act. 1 Rz. 24 und 218 ff.; act. 52 Rz. 55 ff.). Diese Zusicherung sei ausdrücklich, eventualiter konkludent und subeventualiter stillschweigend erfolgt. Infolge des Bundesgerichtsurteils vom 8. Juni 2010, welches eine ausgewogene Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe vorsehe, fehle es an der zugesicherten Eigenschaft, womit ein Werkmangel vorliege. Dieser habe zu einem Minderwert des Werkes geführt (act. 1 Rz. 218 ff; act. 52 S. 11 ff.).

4.1.2. Die Beklagte bestreitet, dass es einen tatsächlichen Willen hinsichtlich einer Zusicherung über die Nutzung *sämtlicher* Mietflächen als Detailhandelsverkaufsflächen gegeben habe (act. 24 S. 34). Es treffe jedoch zu, dass die Parteien aufgrund der bei Vertragsschluss vorliegenden Gesamtbaubewilligung und später auch aufgrund der "Betriebsbewilligung" bis im Januar 2008 davon ausgegangen seien, dass die fraglichen 1'800 Quadratmeter im Erdgeschoss einer Fachmarktnutzung zugänglich sein würden. Eine verbindliche Zusicherung stelle dies jedoch keinesfalls dar (act. 24 S. 4 f.).

## 4.2. Rechtliches

4.2.1. 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 (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 135 III 410 E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 4D\_71/2017 vom 31. Januar 2018 E. 5.1).

4.2.2. 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 (objektive Auslegung). Nur wenn ein tatsächlicher 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 tatsächlichen 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 (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).

4.2.3. Die Klägerin trägt vorliegend die Beweislast dafür, dass ihr die Beklagte die Nutzung sämtlicher Flächen (im Erdgeschoss sowie in den Obergeschossen) als Verkaufsflächen zugesichert hat (Art. 8 ZGB). Damit ist im vorliegenden Konsensstreit zunächst (vor der objektiven Auslegung) zu prüfen, ob ein dahingehender tatsächlicher Konsens besteht.

### 4.3. Tatsächlicher Konsens

#### 4.3.1. Einleitung

Dass im Totalunternehmervertrag vom 16. Juni 2006 (act. 3/5) eine ausdrückliche Zusicherung bzw. Vereinbarung im Sinne des klägerischen Verständnisses bestehen würde, ist nicht ersichtlich. Es ist daher nachfolgend in Würdigung der vertraglichen Grundlagen (inkl. Beilagen etc.) sowie der Umstände zu prüfen, ob ein entsprechender tatsächlicher Konsens zu bejahen ist.

#### 4.3.2. Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 (act. 3/33)

4.3.2.1. Die Gesamtbaubewilligung vom 3. April 2006 (act. 3/33) wurde zum Vertragsbestandteil erhoben, was aus Ziff. 1.2 des Totalunternehmervertrags vom 16. Juni 2006 hervorgeht (act. 3/5).

4.3.2.2. Wie bereits ausgeführt, wurde hinsichtlich der Nutzung in der Gesamtbaubewilligung darauf hingewiesen, dass diese mit Artikel 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ vereinbar sein müsse und entsprechende Massnahmen wie das Verweigern der "Betriebsbewilligung" (vgl. act. 3/35) vorbehalten seien (act. 3/33 S. 3 Ziff. 4; vgl. Ziff. 2.3.1 hiervor).

4.3.2.3. Daraus erschliesst sich, dass noch ein Vorbehalt hinsichtlich der konkreten zu bewilligenden Nutzung bestand, der Vertragsbestandteil war, auch wenn die Parteien zunächst davon ausgingen, dass eine langfristige Nutzung durch die J.\_\_\_\_\_ AG und die K.\_\_\_\_\_ GmbH möglich sei (act. 24 S. 5). In der Rangordnung bezüglich der Geltung war die Gesamtbaubewilligung oberhalb des Punktes "*alle örtlichen Bauvorschriften, alle Vorschriften (komm., kant., eidg.) inkl. Gesundheitsämter, etc.*" aufgeführt, weshalb entgegen der Klägerin nicht gefolgert werden kann, diese vermöchte keinen Vorbehalt im werkvertragsrechtlichen Verhältnis zwischen den Parteien zu begründen (act. 52 Rz. 508). Fehl geht angesichts dessen auch die klägerische Argumentation, die Beklagte hätte das Werk nicht den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechend erstellt oder wäre gehalten gewesen, im Voraus eine Ausnahmegewilligung einzuholen (act. 52 Rz. 510).

4.3.2.4. Die Parteien haben sodann in Anbetracht des Vorbehalts in der Gesamtbaubewilligung betreffend die konkrete Nutzung keine weiteren vertraglichen Regelungen getroffen, was sich jedoch aufgedrängt hätte, wenn es beabsichtigt gewesen wäre, ein etwaiges Nutzungsrisiko (über die Mietzinsgarantie hinaus) auf die Beklagte zu übertragen. Daran ändert auch nichts, wenn die Beklagte in Ziff. 1.5 des Totalunternehmervertrags für das Einholen der Bewilligungen "*welcher Art auch immer*" als verantwortlich erklärt wurde (act. 3/5 Ziff. 1.5), zumal damit nur eine Regelung darüber getroffen wird, wer von den Parteien etwaige Bewilligungen einzuholen hat und nicht, wer das Risiko einer Nichtbewilligung trägt. Ohnehin war es jedoch Sache der Mieterinnen, für das Einholen der Nutzungsbewilligungen besorgt zu sein (vgl. Ziff. 5.5 hernach).

4.3.2.5. Dass die Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 mit einem entsprechenden Vorbehalt hinsichtlich der künftigen Nutzung zum Vertragsbestandteil erhoben wurde, spricht somit gegen das klägerische Vertragsverständnis.

4.3.3. Zusicherung in der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" (act. 53/6)?

4.3.3.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe in der "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" vom 25. Juni/30. August/4. September 2007 (act. 53/6) die Nutzung der Flächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss ausdrücklich als *Verkaufsflächen* zugesichert (act. 52 Rz. 55 ff.). Die Beklagte bringt dagegen vor, die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" sei nicht zum Vertragsinhalt erhoben worden und sei lediglich in Bezug auf die flächenbedingten Tragbarkeitsvoraussetzungen zu verstehen (act. 57 S. 42 ff.).

4.3.3.2. Die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" wurde von der N.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_ & P.\_\_\_\_\_ AG, Dipl. Bauingenieure ETH/FH, mithin einer Subunternehmerin der Beklagten erstellt (act. 53/6). Diese Vereinbarung bildet nicht Bestandteil des Totalunternehmervertrags bzw. von Vereinbarungen zwischen den Parteien. Daran ändert entgegen der Klägerin (act. 52 Rz. 58 ff.) nichts, dass gemäss Ziff. 3 Abs. 3 und 4 des Totalunternehmervertrags die Beklagte als Totalunternehmerin der Klägerin als Bauherrin für die Leistungen der Subplaner etc. uneingeschränkt haftet bzw. mit diesen ein direktes Forderungsrecht der Klägerin zu

vereinbaren hat (act. 3/5). Wie aus dem Dokument erhellt, wurde die "Nutzungsvereinbarung Tragstruktur" von der Beklagten, dem Architekten und Bauingenieur unterzeichnet (act. 53/6 S. 14).

4.3.3.3. Aus dem Umstand, dass Ziff. 2.1.2 der SIA-Norm 260 (Grundlagen Projektierung von Tragwerken; Ausgabe 2003; act. 53/9) die Festlegung von Nutzungsanforderungen eines Tragwerkkonzepts in einer Nutzungsvereinbarung vorsieht, kann entgegen der Klägerin (act. 52 Rz. 64) auch nicht geschlossen werden, die Nutzungsvereinbarung entspreche einer *nachträglichen* Nutzungsvereinbarung zwischen den Parteien.

4.3.3.4. Ohnehin ist festzuhalten, dass die Nutzungsvereinbarung die Nutzung des Gebäudes im Hinblick auf die Tragstruktur beschreibt und als Grundlage für die Projektierung der Tragkonstruktion dient (act. 53/6 Ziff. 1 und 2.1 S. 4). Die unter Ziff. 3.2 vereinbarte Nutzung "*Verkaufsfläche*" ist deshalb im Hinblick auf die flächenbedingten Tragbarkeitsvoraussetzungen zu verstehen (act. 53/6 S. 5). Wie die Beklagte richtigerweise vorträgt (act. 57 S. 43 f.), ist der Begriff "*Verkaufsfläche*" in einem technischen Kontext zu sehen und lässt nicht auf eine reine Fachmarktnutzung schliessen. "*Verkaufsflächen*" können auch zu Lager- und Fabrikationszwecken verwendet werden.

4.3.3.5. Aus der "*Nutzungsvereinbarung Tragstruktur*" lässt sich demnach keine Zusicherung hinsichtlich einer ausschliesslichen Fachmarktnutzung herleiten.

#### 4.3.4. Zusicherung in Vertragsbeilagen und Plänen?

4.3.4.1. Ferner bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe an unzähligen Stellen in Vertragsbeilagen sowie in unter der Verantwortung der Beklagten erstellten Plänen die Zusicherung abgegeben, dass sämtliche Flächen im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss als Verkaufsflächen genutzt werden könnten (act. 1 Rz. 24 ff; act. 52 Rz. 68 ff.).

4.3.4.2. Die Klägerin führt dazu unter anderem den "Nutzungs- und Sicherheitsplan von Q.\_\_\_\_\_ + R.\_\_\_\_\_" an, wobei sie auf Seite 5 des Plans hinweist (act. 52 Rz. 70; act. 3/21). In der Skizzierung des Längsschnittes des Gebäudes

werden die jeweiligen Ebenen als "Verkaufsflächen" bezeichnet (act. 3/21 S. 5). Auf der Seite 3 desselbigen Plans wird jedoch unter Ziff. 2 "Beschreibung des Bauwerks" Folgendes festgehalten (act. 3/21 S. 3):

*"Bauvorhaben:*

*Neubau Gewerbegebäude mit Lager-, Technik- und Infrastrukturräumen im 2. Untergeschoss, Parkgarage und Infrastrukturräumen im 1. Untergeschoss, Ladenflächen, Parkflächen und Anlieferung im Erdgeschoss, Laden- und Lagerflächen im 1. Obergeschoss und 2. Obergeschoss.*

*Nutzungsbeschreibung:*

*2. Untergeschoss: Lagerräume, Technikräume, Infrastrukturräume*

*1. Untergeschoss: Parkgarage, Infrastrukturräume*

*Erdgeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume, Anlieferung und Parkierung*

*1. Obergeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume*

*2. Obergeschoss: Verkaufsräume, Infrastrukturräume"*

Urheberin des Nutzungs- und Sicherheitsplans vom 10. Mai 2006 ist eine Drittperson, nämlich das genannte Ingenieurbüro. Es bildet nicht Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien (act. 3/5 Ziff. 1.2; act. 57 S. 45).

Eine ganzheitliche Würdigung des Nutzungs- und Sicherheitsplans ergibt zudem, dass diese nicht im Sinne der klägerischen Interpretation verstanden werden kann, wonach sämtliche Geschäftsräume als Verkaufsflächen zu nutzen wären. Gegenteiliges ist der Fall, zumal explizit Infrastrukturräume unter der Nutzungsbeschreibung erwähnt sind. Hinsichtlich einer konkreten Nutzung ist keine nähere Umschreibung zu finden. Ohnehin wären die aufgeführten Begriffe wiederum in einem technischen Kontext zu verstehen, da sich der Plan mit Maximallasten beschäftigt.

4.3.4.3. Weiter führt die Klägerin an, in den Ausführungsplänen in Vertragsbeilage 13 (act. 3/24-27) finde sich die wörtliche Bezeichnung der Flächen im ersten und zweiten Obergeschoss jeweils als "Verkaufsraum" bzw. als "Verkaufsfläche[n]".

Sodann seien für die Nutzung der Flächen mit Bezug auf das erste Obergeschoss etwa Bereiche wie "FOOD gesamt", "Fleisch-Vorbereitung, "Fleisch-Bedienung" etc. festgehalten (act. 1 Rz. 63 ff.; act. 52 Rz. 70). Dem entgegnet die Beklagte, es handle sich um Submissionspläne, welche die provisorische Ausführungsplanung betreffen. Die Pläne würden die im Mai 2006 im Zeitpunkt der Erstellung aktuellen Verhältnisse wiedergeben. Da sich die Beklagte zur Vornahme des Innenausbaus verpflichtet habe, würden die Submissionspläne des Architekten die entsprechenden Bezeichnungen tragen. Dies könne demnach nicht als verbindliche Zusicherung jeder zukünftigen Nutzung verstanden werden, sondern beschreibe den Planungsstand im Mai 2006 (act. 24 S. 39 f.; act. 57 S. 45 f.).

4.3.4.4. In den für die Baubewilligung am 2. März 2005 – vor Abschluss des Mietvertrags mit der I. \_\_\_\_\_ AG – eingereichten Baueingabeplänen werden die Flächen im ersten und zweiten Obergeschoss mit "*Gewerbe*" und "*Dienstleistung*" beschrieben. Lediglich in den Plänen zum Erdgeschoss findet sich die Angabe "*Fachmarkt*" (act. 58/4). Dies untermauert die beklagte Argumentation, wonach die Submissionspläne lediglich den dannzumal aktuellen Planungsstand wiedergegeben haben und nicht als Zusicherung verstanden werden können (act. 57 S. 45). Der Totalunternehmervertrag wurde überdies erst danach – am 16. Juni 2006 – abgeschlossen.

4.3.5. Zusicherung in der Bruttorenditeberechnung (act. 3/17)?

4.3.5.1. Die Klägerin macht sodann geltend, der Pauschalwerkpreis von CHF 22'168'000.– sei für die Erstellung des Werks auf der Grundlage einer von der Beklagten erstellten Bruttorenditeberechnung vereinbart worden, welche von einer ausschliesslichen Vollvermietung der Flächen (im Erdgeschoss sowie im ersten und zweiten Obergeschoss) an Verkaufsgeschäfte ausgegangen sei. Bei dem von der Beklagten in der Bruttorenditenberechnung vom 25. April 2006 zugrunde gelegten Nettomietzins in der Höhe von CHF 1'695'270.– pro Jahr (inklusive CHF 471'770.– aus der Vermietung der nicht an die I. \_\_\_\_\_ AG vermieteten Ladenflächen) habe es sich um den im Zeitpunkt des Abschlusses des Totalunternehmervertrags (16. Juni 2006) massgeblichen Marktmietzins aus der Vermietung sämtlicher Flächen im Fachmarktzentrum zum Betrieb von Verkaufsgeschäften gehandelt.

schäften gehandelt. Hätte im Zeitpunkt des Abschlusses des Totalunternehmervertrags davon ausgegangen werden müssen, dass die Fläche von 1'800 Quadratmetern im Erdgeschoss des Fachmarktzentrums nicht zur Nutzung durch Verkaufsgeschäfte vermietet werden könne, sondern lediglich (im Sinne der Regelung in Art. 51 Baureglement 1994 der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_) zur Nutzung durch Produktionsbetriebe (Werkhof, Werkstatt, Produktion), so hätte der Bruttorenditeberechnung ein deutlich tieferer Nettomiettertrag aus der Vermietung der genannten Fläche zugrunde gelegt werden müssen. Unter Berücksichtigung von Produktionsflächen hätten die Parteien damit einen geringeren Totalunternehmerpreis vereinbart (act.1 Rz. 30 ff.; act. 52 Rz. 71 ff.).

4.3.5.2. Die Beklagte hält dem entgegen, es sei vielmehr so gewesen, dass bei Vornahme der entsprechenden Berechnungen nur der Landpreis und der Werklohn bekannte und feste Grössen gewesen seien; bei den restlichen Angaben, insbesondere bei den geschätzten Mieterträgen und bei der geschätzten Bruttorendite, habe es sich vielmehr für jedermann erkenntlich um Annahmen und planmässige Überlegungen der Parteien bezüglich künftiger, nicht gewisser Sachverhalte, keineswegs um irgendwelche Zusicherungen gehandelt. Soweit sie – die Beklagte – danach beim Abschluss des verbindlichen Totalunternehmervertrags knapp zwei Monate später dazu bereit gewesen sei, für irgendwelche Mieterträge aus Mieten der von ihr gefundenen Mieter zu haften, habe sie denn auch die Mietzinsgarantie abgegeben. Dass sie aber keineswegs eine ewige Garantie habe abgeben wollen (und das von der Klägerin auch nicht gefordert worden sei) ergebe sich bereits daraus, dass die Mietzinsgarantie auf eine Laufzeit von 60 Monaten ab Eröffnung des Gebäudes beschränkt worden sei (act. 24 S. 23 ff. und S. 35 ff.; act. 57 S. 46 ff.).

4.3.5.3. Der Bruttorenditeberechnung (act. 3/17) entnimmt man im Wesentlichen die Parameter für die Anlagekosten von CHF 26'604'300.– sowie einen Mietzins-ertrag von CHF 1'695'270.–, wobei eine Bruttorendite von 6.37 % errechnet wurde. Aus der Überschrift "*Bruttorenditeberechnung*" ist – mit der Beklagten – zu folgern, dass es im erwähnten Dokument nicht um die Ermittlung des Werkpreises ging, sondern vielmehr der Landerwerb und die Werkvertragssumme fixe Para-

meter bildeten. Dass mit den deklarierten Zahlen für die Mieterträge und die Bruttorendite mehr als Annahmen und Erwartungen zum Ausdruck gebracht werden, entnimmt man diesem Dokument nicht.

4.3.5.4. Der Nettomietzinsertrag von CHF 1'695'270.–, welcher auf der Bruttorenditeberechnung angegeben ist, wird alsdann im "Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006" (act. 3/14) aufgeschlüsselt. Daraus gehen einerseits die bereits mit der I. \_\_\_\_\_ AG vermieten Flächen samt Mietzinseinnahmen hervor (Grosshandel Food und Non-Food), welche in der Kolonne "*Status/Abschluss*" mit "*unterschrieben*" gekennzeichnet sind. Andererseits findet sich bei den übrigen noch nicht vermieteten Flächen in der Kolonne "*Status/Abschluss*" der Hinweis "*in Verhandlung*". Ferner ist festgehalten, dass im "Laden 1 EG" die J. \_\_\_\_\_ AG eine Miete von ca. 800 Quadratmetern am 16. Mai 2006 mündlich zugesichert habe. Hinsichtlich des Ladens 2 im Erdgeschoss werden verschiedene Interessenten aufgeführt (S. \_\_\_\_\_, T. \_\_\_\_\_, U. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ etc.), bei denen es sich um Unternehmen handelt, welche Verkaufsgeschäfte betreiben (act. 1 Rz. 49; act. 24 S. 37).

4.3.5.5. Zwar lässt sich dem Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006 entnehmen, dass zum damaligen Zeitpunkt beabsichtigt war, die weiteren Flächen als "*Ladenflächen*" zu vermieten. Wie die Beklagte selber einräumt, gingen die Parteien bis im Januar 2008 davon aus, die fraglichen Flächen im Erdgeschoss seien als Fachmärkte nutzbar (act. 24 S. 34 f.). Aus dem Hinweis "*in Verhandlung*" erhellt indes, dass es sich bei den Angaben nicht um eine verbindliche Zusicherung handelt, und zwar weder mit Bezug auf die Grösse noch mit Bezug auf die Art der Nutzung, welche zu den genannten Mieterträgen führen sollte. Ein Rechtsbindungswille lässt sich mithin weder ausdrücklich, konkludent noch stillschweigend ableiten.

4.3.6. Zusicherung durch die Mietzinsgarantie?

4.3.6.1. Die Klägerin argumentiert, die Vereinbarung einer Mietzinsgarantie in Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags stelle eine Zusicherung dar, wonach die Flächen auch effektiv als Verkaufsflächen genutzt werden könnten, da die Partei-

en ansonsten Mieterträge in Höhe, wie sie bei der Vermietung an Produktionsbetriebe anfallen, besichert hätten (act. 52 Rz. 76).

4.3.6.2. Die Beklagte erwidert, dass sie eine für die Dauer von 60 Monaten beschränkte Mietzinsgarantie abgegeben habe, weshalb eine vertragliche Haftung der Beklagten darüber hinaus der getroffenen Vereinbarung offensichtlich widersprechen würde (act. 57 S. 47 ff.).

4.3.6.3. In Ziffer 2.4 des Totalunternehmervertrags (Abs. 4 und 5) hat die Beklagte für die Dauer von fünf Jahren ab dem 30. November 2007 eine Mietzinsgarantie für den Mietertrag von jährlich CHF 471'770.– (exkl. MWST) aus der Vermietung der Flächen übernommen, welche bei Abschluss des Totalunternehmervertrags nicht bereits an die I. \_\_\_\_\_ AG vermietet waren. Für den Fall, dass die Nettomietzinseinnahmen während der Dauer der Mietzinsgarantie die Garantiesumme unterschreiten sollten, verpflichtete sich die Beklagte, die jährlich resultierende Differenz per 31. Dezember auszugleichen (act. 1 Rz. 152 ff; act. 24 S. 50; act. 3/5 Ziff. 2.4).

Insbesondere wird in Ziff. 2.4 Folgendes festgehalten (act. 3/5):

*"Auf der Basis des Mieterspiegels vom 14. März 2006 (Beilage 2), welcher Bestandteil des vorliegenden Vertrages bildet, gehen die Parteien davon aus, dass durch die Vermietung der übrigen, nicht an die Mieterin I. \_\_\_\_\_ AG vermieteten Flächen (Erdgeschoss: ca. 1'800 m<sup>2</sup>; 2. Untergeschoss: ca. 298 m<sup>2</sup>; acht Parkplätze, nachfolgend "Flächen") ab dem 30. November 2007 jährliche Nettomietzinseinnahmen von CHF 471'770.– realisiert werden können."*

Hinsichtlich des Zwecks der Mietzinsgarantie wird sodann Folgendes festgeschrieben (act. 3/5 Ziff. 2.4):

*"Die von der Totalunternehmung gestellte Mietzinsgarantie deckt ausschliesslich Mietzinsausfälle (Nettomietzins gemäss Mieterspiegel vom 14. März 2006), welche die Bauherrin während der Dauer der Mietzinsgarantie dadurch erleidet, dass die Flächen nicht oder unter dem gemäss Mieterspiegel vom 14. März 2006 angegebenen Gesamtnettomietzins von CHF 471'770.– vermietet sind."*

4.3.6.4. Aus dem Umstand der Vereinbarung einer Mietzinsgarantie für die noch nicht vermieteten Flächen ist zu schliessen, dass die Erzielung des prognostizierten Mietertrags von den Parteien keineswegs für sicher gehalten wurde, ansonsten die Vereinbarung einer solchen entbehrlich gewesen wäre. Dies stellt auch die gewählte Formulierung klar, wonach die Parteien *davon ausgehen*, dass ein jährlicher Gesamtnettomietzins von CHF 471'770.– erzielt werden könne. Zudem sollte die Mietzinsgarantie ausschliesslich das Risiko abdecken, dass die Flächen nicht den Erwartungen entsprechend vermietet werden konnten. Alle übrigen aus der Vermietung resultierenden Risiken wurden der Bauherrin bzw. der Klägerin übertragen. Daraus erhellt, dass in Bezug auf eine etwaige Nutzung gerade keine Zusicherung erblickt werden kann, auch nicht konkludent bzw. stillschweigend.

#### 4.3.7. Zusicherung durch den Erstvermietungsauftrag?

4.3.7.1. Die Klägerin macht sodann geltend, die Beklagte habe durch die Übernahme des Erstvermietungsauftrags der Flächen im Erdgeschoss gemäss Flächeninventar und Mieterspiegel vom 14. März 2006 zugesichert, dass die Flächen durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten (act. 52 Rz. 77).

4.3.7.2. Die Beklagte hält dem entgegen, das Abgeben der beschränkten Mietzinsgarantie und die damit zusammenhängende Zusicherung der Erstvermietung dieser Flächen stelle eine bewusste Entscheidung gegen die Abgabe einer generellen Mietzinsgarantie dar (act. 57 Rz. 49).

4.3.7.3. Zur genaueren Erörterung des Erstvermietungsauftrags kann auf Ziff. 5 hernach verwiesen werden. Eine Zusicherung im Sinne des klägerischen Verständnisses lässt sich dem Erstvermietungsauftrag indes nicht entnehmen. Vielmehr indiziert die Formulierung in Ziff. 2.4 Abs. 8 des Totalunternehmervertrags (act. 3/5) "*Gelingt es der Totalunternehmung einen Mietvertrag für diese Flächen abzuschliessen, reduziert sich der Umfang der von der Totalunternehmung gewährten Sicherstellung entsprechend*", dass die Vermietung der noch nicht an die I. \_\_\_\_\_ AG vermieteten Flächen mit Unsicherheiten behaftet war.

#### 4.3.8. Zusicherung im Baubeschrieb vom 10. Mai 2006 (act. 3/18)?

4.3.8.1. Die Klägerin verweist hier auf die im Baubeschrieb aufgeführten Begriffe des Ladenbaus. Der Umstand, dass im Baubeschrieb hinsichtlich der nicht an die I. \_\_\_\_\_ AG vermieteten Flächen von einem "Ladenausbau" die Rede sei, zeige auf, dass die Parteien bei Abschluss des Totalunternehmervertrags davon ausgegangen seien, dass die Drittmietter einen "Ladenausbau" vornehmen würden. Es sei in diesem Zusammenhang von keinem anderen Ausbau die Rede, insbesondere auch nicht von einem Ausbau für Gewerbe oder Produktionsbetriebe. Damit habe die Beklagte (welche den betreffenden Baubeschrieb erstellt habe) der Klägerin zugesichert, dass die fraglichen Flächen (d.h. die "Ladenfläche für Drittmietter" im Umfang von 1'800 Quadratmeter im Erdgeschoss des Fachmarktzentrums) durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden könnten. Gemäss Regelung auf Seite 15 des Baubeschriebs sei die Beklagte ausserdem verpflichtet gewesen, im Fachmarktzentrum neben Kundenliften sowie einem "Warenlift" für die I. \_\_\_\_\_ AG auch einen "Warenlift Drittmietter" einzubauen. Die Bezeichnung "Warenlift" resp. "Warenlift Drittmietter" zeige ebenfalls auf, dass die fraglichen Transportanlagen dem Warenumschatz von Verkaufsgeschäften dienen sollten, und nicht auf die Bedürfnisse von allfälligen Produktionsbetrieben ausgerichtet gewesen seien. Schliesslich sei unter der BKP-Position 411 auf S. 22 des Baubeschriebs festgehalten, dass durch die Beklagte "Einkaufswagenstationen" zu realisieren seien. Dies bestätige ebenfalls den Willen der Parteien (und die Zusicherung der Beklagten), dass die Flächen im Fachmarktzentrum ausschliesslich durch Verkaufsgeschäfte genutzt werden sollten und konnten (in denen die Kunden ihre Einkäufe mit Hilfe von Einkaufswagen tätigen würden). Zudem regle der Baubeschrieb auf S. 24 den Übergang von den Parkplätzen vom Gehweg zum Vorplatz im Bereich "Kundeneingang". Der Haupteingang werde damit im Baubeschrieb ausdrücklich als "Kundeneingang" bezeichnet. Diese Bezeichnung des Haupteinganges wäre von der Beklagten nicht gewählt worden, wenn sie nicht davon ausgegangen wäre, dass sämtliche Flächen ausschliesslich durch Verkaufsgeschäfte genutzt und entsprechend vollumfänglich an Mieter, welche Verkaufsgeschäfte betreiben, vermietet werden sollten (act. 1 Rz. 39 ff.).

4.3.8.2. Die Beklagte sieht auch hier keine Zusicherung für eine ausschliessliche Nutzung mit Verkaufsflächen. Entsprechendes lasse sich auch nicht aus den im Baubeschrieb ersichtlichen Warenlift für Drittmietler, den Einkaufswagenstationen und dem Kundeneingang sehen. Überdies seien Warenlifte und Kundeneingänge auch in Produktionsbetrieben gang und gäbe, und Einkaufswagen habe es schon nur wegen der Mieterin I.\_\_\_\_\_ AG gebraucht (act. 24 S. 36).

4.3.8.3. Im Baubeschrieb werden primär technische Details zu Vorbereitungsarbeiten, zum Rohbau, zum Innenausbau sowie zu Erschliessungen festgehalten. Eine Zusicherung, dass die Mietflächen im Erdgeschoss von 1'800 Quadratmetern durch Fachmärkte genutzt werden können, ist im Baubeschrieb vom 10. Mai 2006 nicht zu erblicken. Es trifft zwar zu, dass es dem Ansinnen beider Parteien entsprach, das Gebäude so zu nutzen, was aber nicht bedeutet, dass eine entsprechende Zusicherung abgegeben wurde. Zudem wird ausdrücklich festgehalten, dass der Baubeschrieb nur den Grundausbau der Flächen der I.\_\_\_\_\_ AG enthalte und der restliche Ausbau zu Lasten der Mieter erfolge, was nur bedingt Rückschlüsse auf die definitive Nutzung zuliesse (act. 3/18 S. 1).

4.3.9. Zusicherung im Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22)?

4.3.9.1. Die Klägerin bringt vor, dass im Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 in Ziff. 2, in welchem der Ausbau der Mietflächen definiert werde, ausschliesslich von Verkaufsräumen die Rede sei. Zudem seien Kunden-WCs vorgesehen. Es liege auf der Hand, dass Kunden-WC's nur für Verkaufsgeschäfte und nicht für Produktionsbetriebe gebraucht würden. Es zeige, dass die Nutzung von Verkaufsgeschäften und keinesfalls von Produktionsbetrieben geplant gewesen sei (act. 1 Rz. 59 ff; act. 52 Rz. 78).

4.3.9.2. Die Beklagte entgegnet, der Begriff "Verkaufsräume" sei nicht "sensu technico" zu verstehen. Die übrigen Bauposten wie Kunden-WCs seien primär im Hinblick auf die Mieterin I.\_\_\_\_\_ AG gebaut worden und auch bei einem Produktionsbetrieb nützlich (act. 24 S. 38; act. 52 S. 49).

4.3.9.3. Der Grobbaubeschrieb vom 12. Mai 2006 (act. 3/22) bildet als Beilage 4 Bestandteil des Totalunternehmervertrags. Er enthält die durch die Vermieterin zur Verfügung gestellten Investitionen für Konstruktionselemente und ihre Funktionsweise resp. die Oberflächenbeschaffenheit im Bereich der Mietflächen (Wände Decken etc.). Hinsichtlich einer *konkreten* Nutzung lässt sich dem Beschrieb nichts entnehmen. Was unter den Begrifflichkeiten "Verkaufsräume, interne Treppenhäuser, interne Nebenräume" (vgl. act. 3/22 Ziff. 2.4 und Ziff. 2.6) detailliert im Hinblick auf die zukünftige Nutzung zu verstehen wäre, wird im Grobbaubeschrieb nirgends festgehalten. Im Kontext dieses Grobbaubeschriebs kann der Begriff "Verkaufsräume" demnach nicht als Zusicherung im Sinne der klägerischen Auffassung interpretiert werden. Auch der Umstand, dass Kunden-WCs etc. gebaut wurden, erstaunt im Hinblick auf die bereits erfolgte Vermietung an die I. \_\_\_\_\_ AG nicht. Ohnehin liesse sich aus dem Grobbaubeschrieb nicht schliessen, dass für die noch nicht vermieteten Flächen keinesfalls Produktionsbetriebe denkbar gewesen wären, zumal bei Produktionsbetrieben keine standardisierten Ausbauvorgaben bestehen, was auch die Klägerin nicht substantiiert bestreitet (act. 24 S. 38; act. 52 S. 197).

#### 4.3.10. Zusicherung in der Beilage 5 (act. 3/23)?

4.3.10.1. Die Klägerin will in der Beilage 5 zum Totalunternehmervertrag "Schnittstellen zwischen Vermieterin C. \_\_\_\_\_ AG und den Drittmieterrinnen im EG der Gewerke W. \_\_\_\_\_" darin eine Zusicherung erblicken, dass auf S. 1 des Dokuments die Fläche im Erdgeschoss als "Fachmarktfläche" bezeichnet sei. Ferner sei an verschiedenen Stellen die Bezeichnung "*Mall*" (zu Deutsch: Einkaufszentrum) zu finden (act. 1 Rz. 63).

4.3.10.2. Die Beklagte bestreitet, dass darin eine Zusicherung gesehen werden könne (act. 24 Rz. 63).

4.3.10.3. In der erwähnten Beilage 5, welche unbestrittenermassen Bestandteil des Totalunternehmervertrags ist, finden sich technische Beschriebe hinsichtlich Lüftungsanlagen, Heizungsanlagen, sanitäre Anlagen etc. (act. 3/23). Die Wortwahl "Fachmarktfläche" bzw. "*Mall*" mag in diesem Kontext keine Zusicherung zu

begründen. Es kann sinngemäss auf die Ausführungen in Ziff. 4.3.9.3 hiervor verwiesen werden.

#### 4.3.11. Referenzobjekte

4.3.11.1. Die Klägerin liess bereits vorgängig verschiedene Projekte durch die Beklagte realisieren. Im Einzelnen handelte es sich um das "AA.\_\_\_\_ center" in AB.\_\_\_\_ sowie um den "AC.\_\_\_\_" und das "AD.\_\_\_\_" in AE.\_\_\_\_. Dabei handelt es sich um regionale Einkaufszentren mit Supermärkten mit Food- und Non-Food Angeboten (act. 1 Rz. 73 ff. und 141 ff.; act. 24 S. 42; act. 52 Rz. 590).

4.3.11.2. In Ziff. 1.3 des Totalunternehmervertrags wurden diese Projekte als Referenzobjekte aufgeführt, wobei festgehalten wurde, dass diese herbeigezogen würden, wenn Unklarheiten hinsichtlich der Leistungsqualität in den Unterlagen der Werkdefinition bestünden (act. 3/5).

4.3.11.3. Die Klägerin argumentiert nun, dass es sich bei den drei genannten Projekten ebenfalls um Fachmarktzentren mit – ausschliesslich – Verkaufsflächen handle, woraus zu folgern sei, dass die Parteien den Willen gehabt hätten, das vorliegend streitgegenständliche Gewerbe- und Fachmarktzentrum ebenfalls mit ausschliesslicher Verkaufsnutzung auszugestalten (act. 1 Rz. 75).

4.3.11.4. Dem hält die Beklagte richtigerweise entgegen, dass die Formulierung in Ziff. 1.3 des Totalunternehmervertrags (insbesondere: "Leistungsqualität") erkennen lässt, dass die Referenzobjekte hinsichtlich der Bau- und Gebäudequalität herangezogen werden sollten und nicht für standortabhängige Themen wie die Nutzung bzw. die Zonenkonformität (act. 24 S. 42). Es lässt sich aus diesem Umstand jedenfalls keine Zusicherung einer bestimmten Nutzung von Flächen ableiten.

#### 4.3.12. Nachträgliches Parteiverhalten

4.3.12.1. E-Mails vom 14. März 2008 (act. 25/2) und vom 23. Mai 2007 (act. 3/40)

Schliesslich ist zu prüfen, ob aufgrund von nachträglichem Parteiverhalten auf das klägerische Vertragsverständnis geschlossen werden müsste. In einer E-Mail vom

14. März 2008 von AF.\_\_\_\_\_ der Beklagten an Vertreter der Klägerin – welches rund neun Woche vor der Werkabnahme versandt wurde – schrieb dieser, dass die "Betriebsbewilligung" sowie die Prüfung der Zonenkonformität nicht Sache der Totalunternehmerin bzw. der Beklagten sei, womit impliziert wird, dass die Beklagte nicht der Auffassung gewesen war, Risiken hinsichtlich einer umfassenden Verkaufsnutzung tragen zu müssen (act. 25/2). In diesem Sinne äusserte sich AF.\_\_\_\_\_ ebenfalls bereits schon in einer E-Mail vom 23. Mai 2007 an Vertreter der Klägerin (act. 3/40).

#### 4.3.12.2. Vereinbarung vom 15. Mai 2008 (act. 3/31)

Die Beklagte hat sich in der Vereinbarung vom 15. Mai 2008 in Ziff. 4 verpflichtet, auf eigene Kosten die erforderlichen Verfahren betreffend die Zonenkonformität fortzuführen. Die Klägerin folgert daraus, die Beklagte hätte eine solche Verpflichtung kaum übernommen, wenn sie der Auffassung gewesen wäre, für die fehlende Möglichkeit einer Nutzung durch Verkaufsgeschäft im Erdgeschoss nicht verantwortlich zu sein (act. 1 Rz. 78 f.). Die Beklagte entgegnet, es sei darin keine Anerkennung einer Rechtspflicht zu sehen. Sie sei mitunter auch aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehungen mit der J.\_\_\_\_\_ AG und der K.\_\_\_\_\_ GmbH daran interessiert gewesen, die Zulässigkeit dieser Nutzungen zu erwirken. Zudem habe die Klägerin eine bedeutende Teilzahlung des Werklohnes zurückgehalten (act. 24 S. 43).

Aus der vorgebrachten Vereinbarung (act. 3/31 Ziff. 4) geht indes nicht hervor, dass die Beklagte einen Werkmangel anerkannt hätte, zumal sich die Klägerin ihrerseits verpflichtete, die Beklagte in den Verfahren bezüglich der Zonenkonformität zu unterstützen und eine Beteiligung an den Kosten zu prüfen. In wessen Risikosphäre die fehlenden Bewilligungen hätten liegen sollen (Eigentümerin, Mieterinnen oder Generalunternehmerin), lässt sich der Vereinbarung nicht entnehmen. Die Vereinbarung bezog sich zudem nur auf die Beschwerdeverfahren bis vor Bundesgericht und nicht auf das Gesuch um Ausnahmebewilligung und die Anfechtung der Wiederherstellungsverfügung (act. 57 S. 63).

#### 4.3.12.3. Anerkennungshandlungen?

Es ist unbestritten, dass sowohl die Klägerin als auch die Beklagte im Zusammenhang mit den Bewilligungen bezüglich der Verkaufsnutzungen aktiv wurden und Eingaben an Behörden bzw. Gerichte gemacht haben. Die Klägerin will in diesem Handeln eine Anerkennung des Werkmangels erblicken, da die Beklagte Nachbesserungshandlungen unternommen habe (act. 52 Rz. 140 ff.), was von der Beklagten unter anderem unter Hinweis auf ihre Stellungnahme vom 16. Juli 2010 bestritten wird (act. 57 S. 59 ff.).

Die Beklagte entgegnete in ihrer Stellungnahme vom 16. Juli 2010, dass keine Nachbesserungsverpflichtung bestehe, zumal sie als Nichteigentümerin auch gar nicht legitimiert sei, Anträge zu Umzonungen und dergleichen zu stellen. Dies sei Aufgabe der Klägerin als Eigentümerin. Sie, die Beklagte, werde sich dennoch weiterhin für die Mieterinnen einsetzen (act. 25/7 S. 9).

Die Anerkennung eines Werkmangels kann in den Unterstützungshandlungen der Beklagten nicht erblickt werden, zumal keine Anhaltspunkte vorliegen, dass diese vorbehaltlos erfolgt wären und überdies auch die Klägerin in verschiedenen Verfahren aktiv wurde. Ohnehin wären die diesbezüglichen beklagten Handlungen im Lichte des Erstvermietungsauftrags zu würdigen.

#### 4.3.12.4. Ausführungen in der Klageschrift vom 14. September 2012 (act. 3/30)

Die Klägerin verweist sodann auf die Klageschrift vom 14. September 2012 im Verfahren HG120210 (vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich) der vorliegenden Beklagten bzw. der dortigen Klägerin. Darin habe die Beklagte bestätigt, dass eine ausschliessliche Fachmarktnutzung der Flächen im Erdgeschoss vorgesehen gewesen sei (act. 1 Rz. 76). Die Beklagte bestreitet nicht, dass eine ausschliessliche Fachmarktnutzung beabsichtigt gewesen sei. Eine derartige sei jedoch nie zugesichert worden (act. 24 S. 42).

Die Klägerin zitiert dabei folgende Ausschnitte aus der erwähnten Klageschrift (act. 3/30 Rz. 55, 56 und 57):

*"Gemäss den Plänen, welche die Klägerin [C.\_\_\_\_\_ Real AG] im Rahmen des Baugesuchs vom 24. Februar 2005 eingereicht hatte, waren im Erdgeschoss drei Fachmärkte vorgesehen. Zur Abklärung des durch die geplante Fachmarktnutzung verursachten Verkehrsaufkommens hatte die Klägerin [C.\_\_\_\_\_ Real AG] im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ein Verkehrsgutachten einzuholen."*

*"Der Gesamtbauentscheid basiert somit auf der mittels entsprechender Pläne bekundeten Absicht der Klägerin [C.\_\_\_\_\_ Real AG], im Erdgeschoss Fachmärkte anzusiedeln."*

*"Allen Beteiligten und namentlich der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ war bei der Erteilung der Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 somit klar, dass die Liegenschaft durch die I.\_\_\_\_\_ AG und weitere, damals noch nicht bekannte Fachmärkte genutzt würde."*

Aus den zitierten Passagen lässt sich entnehmen, dass die heutige Beklagte – unbestrittenermassen – anfangs von einer entsprechenden Fachmarktnutzung ausgegangen ist. Dass sie eine solche zugesichert hätte, lässt sich daraus jedoch aus den gewählten Formulierungen (u.a. "vorgesehen", "Absicht") nicht ableiten.

4.3.12.5. Somit ist auch unter Würdigung des nachträglichen Parteiverhaltens nicht auf das klägerische Vertragsverständnis zu schliessen.

#### 4.3.13. Zwischenfazit

In Würdigung der genannten Beweismittel lässt sich kein tatsächlicher Konsens im Sinne des klägerischen Verständnisses ergründen, auch nicht konkludent oder stillschweigend. Angesichts dieses klaren Ergebnisses braucht auf weitere offerierte Beweismittel nicht weiter eingegangen zu werden.

#### 4.4. Normativer Konsens

##### 4.4.1. Einleitung

Zu prüfen bleibt, ob eine ausschliessliche Verkaufsnutzung aufgrund eines normativen Konsenses als zugesichert bzw. vereinbart zu gelten hat.

##### 4.4.2. Wortlaut

Die Klägerin bezeichnet das Projekt "E.\_\_\_\_\_" in ihren Rechtsschriften als "Fachmarktzentrum". Im Werkvertrag wurde das Projekt unter Ziff. 1 "Bezeichnung des Werks" als "Gewerbe- und Fachmarktzentrum" (act. 3/5) betitelt. Unter Gewerbe versteht man – nach Duden – nicht nur eine (selbstständige) dem Erwerb dienende berufliche Tätigkeit oder ein landwirtschaftlicher Betrieb, sondern auch die Gesamtheit der (produzierenden) kleinen und mittleren Betriebe bzw. (Handels-)Unternehmen (act. 53/4). Der Begriff "Gewerbe" suggeriert damit keine ausschliessliche Nutzung des Projekts "E.\_\_\_\_\_" als Fachmarktzentrum bzw. als Verkaufsnutzung, zumal auch produzierende Betriebe mitumfasst werden. Wäre eine ausschliessliche Fachmarktnutzung gemeint gewesen, hätte auch keine Notwendigkeit für zwei Begriffe ("Gewerbe" *und* "Fachmarktzentrum") bestanden. Vielmehr hätte man es im Vertrag – auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch – bei "Fachmarktzentrum" bewenden lassen können. Entsprechende Überlegungen gehen auch aus den Erwägungen des Bundesgerichts im Urteil vom 8. Juni 2010 hervor (Urteil des Bundesgerichts 1C\_497/2009 sowie 1C\_499/2009 vom 8. Juni 2010, E. 3.2; act. 3/16). Der Wortlaut im Totalunternehmervertrag entspricht damit nicht dem klägerischen Vertragsverständnis: Eine explizite, d.h. wörtliche Vorgabe oder Zusicherung, dass sämtliche Flächen bzw. dereinstigen Mietflächen als Verkaufsflächen genutzt werden könnten, entnimmt man dem Totalunternehmervertrag somit nicht.

Zwar trifft es zu, dass in den Beilagen bisweilen nur die Begrifflichkeiten "Fachmarktzentrum" bzw. "Verkaufsflächen" anzutreffen sind, was jedoch meist vor einem technischen Hintergrund zu verstehen ist und auch daher rührt, dass die Parteien zunächst davon ausgingen, eine entsprechende Nutzung mit den Mieterin-

nen I. \_\_\_\_\_ AG, J. \_\_\_\_\_ AG und K. \_\_\_\_\_ GmbH würde sich als zulässig erweisen.

#### 4.4.3. Vertragszweck/Sachgerechtigkeit

Im Rahmen eines Werkvertrages schuldet der Unternehmer dem Besteller die Herstellung eines Werkes bzw. einen bestimmten Erfolg. Die Übernahme von Risiken hinsichtlich einer bestimmten Nutzung, die sich aus der Anwendung von öffentlich-rechtlichen Nutzungsvorschriften ergeben, trägt typischerweise der Eigentümer des Werkes und nicht der Unternehmer. Wenn solche Risiken vom Eigentümer auf eine andere Person zu übertragen wären, wäre die Abgabe eines selbständigen Garantieversprechens naheliegend. Zu betonen gilt es im vorliegenden Kontext auch, dass es um die Auslegung einer baurechtlichen Bestimmung ging, die eine *ausgewogene* Nutzung für Produktions- und Dienstleistungsbetriebe verlangt. Die Beurteilung einer solchen Nutzung hängt mitunter von den Konzepten der jeweiligen Mieterinnen ab. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses standen diese abgesehen von der I. \_\_\_\_\_ AG noch nicht definitiv fest. Die Übernahme von Auslegungsrisiken öffentlich-rechtlicher Nutzungsvorschriften durch den Unternehmer liesse sich vorliegend mit dem werkvertraglichen Vertragszweck nicht in Einklang bringen. Auch unter Berücksichtigung von zeitlichen Aspekten erschliesst sich, dass eine Risikoallokation gemäss klägerischem Verständnis nicht sachgerecht erscheint: Vorliegend wurde die Unzulässigkeit der Verkaufsnutzung durch die J. \_\_\_\_\_ AG und die K. \_\_\_\_\_ GmbH erst Jahre nach Ablieferung des Werkes letztinstanzlich festgestellt.

#### 4.4.4. Mietzinsgarantie

Die Klägerin erhielt von der Beklagten wie ausgeführt eine Mietzinsgarantie für die Dauer von fünf Jahren ab dem 30. November 2007 für das ausschliessliche Risiko einer Nichtvermietung der Flächen (act. 3/5 Ziff. 2.4). Die Vereinbarung eines zusätzlichen Garantieverprechens ergäbe im gesamten Vertragskontext wenig Sinn, wenn die Angaben in den Beilagen etc. dem klägerischen Verständnis folgend als Zusicherung einer bestimmten Nutzungsart zu verstehen wären. Vielmehr ergibt sich aus dem Umkehrschluss, dass abgesehen vom umfangmässig

und zeitlich begrenzten Garantieverprechen, keine weiteren Risiken hinsichtlich einer etwaigen Nutzung durch die Beklagte zu tragen sind.

#### 4.4.5. Zwischenfazit

Auch eine normative Auslegung führt nicht zum klägerischen Vertragsverständnis.

#### 4.5. Fazit

Es besteht weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens dahingehend, dass die Beklagte der Klägerin eine Nutzung aller Flächen als Verkaufsflächen zugesichert hätte. Damit erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen eines Werkmangels zu prüfen.

### 5. Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Erstvermietungsauftrags

#### 5.1. Einleitung

Die Beklagte hat sich im Rahmen des Abschlusses des Totalunternehmervertrags zudem verpflichtet, die (noch nicht an die I. \_\_\_\_\_ AG vermieteten) Flächen namens der Klägerin an die Erstmieter zu vermieten. Der Erstvermietungsauftrag lautete unter anderem wie folgt (act. 3/5 Ziff. 2.4):

*"[...] Die Totalunternehmung ist verpflichtet, im Rahmen der Vermietung der Flächen (Erdgeschoss: ca. 1'800 m<sup>2</sup>; 2. Untergeschoss: ca. 298m<sup>2</sup>; acht Parkplätze) a) den Mietzins nach den Vorgaben im Mieterspiegel vom 14. März 2006 (Beilage 2) festzusetzen sowie b) branchenübliche, indexierte Mietverträge (Art. 269b OR) mit einer Laufdauer von mindestens fünf Jahren mit c) solventen Mietern zu vereinbaren. [...]"*

Die Beklagte hat sich damit insbesondere verpflichtet, im Rahmen der Erstvermietung die Mietflächen gemäss Flächeninventar + Mieterspiegel vom 14. März 2006 an solvente Erstmieter zu vermieten, mithin die Flächen im Erdgeschoss zu einem jährlichen Nettomietzins von CHF 235.– pro Quadratmeter (act. 3/14; act. 1 Rz. 88 ff.; act. 24 Rz. S. 44).

## 5.2. Parteistandpunkte

5.2.1. Die Klägerin wirft der Beklagten zunächst vor, sie hätte die erforderlichen "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen nicht rechtzeitig eingeholt. Im Wissen um die Zweifel bezüglich der Zonenkonformität seien mit den Mieterinnen die mietvertraglich vereinbarten Nutzungen abgeschlossen worden. Die Beklagte habe darauf verzichtet, vor Abschluss der Mietverträge rechtskräftige Bewilligungen einzuholen bzw. die Mietverträge an auflösende Bedingungen oder Kündigungsrechte zu knüpfen. Sie habe es zudem unterlassen, rechtzeitig abzuklären, ob eine Verkaufsnutzung der von ihr im Rahmen des Erstvermietungsauftrags an die J.\_\_\_\_\_ AG und die K.\_\_\_\_\_ GmbH vermieteten Flächen überhaupt zulässig sei, obwohl sie seit dem Gesamtbauentscheid vom 9. Februar 2006 sowie dem Zusatzentscheid vom 30. März 2007 darauf hingewiesen worden sei, dass eine Verkaufstätigkeit mit Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ übereinstimmen müsse. Hinzu komme, dass die Beklagte eine formell schwerwiegend fehlerhafte "Betriebsbewilligung" erwirkt habe, die auf Antrag der Beklagten durch die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ ohne Publikation erlassen worden sei. Sie habe sich damit begnügt, die künftigen Mieterinnen gegenüber der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ lediglich bekannt zu geben. Aufgrund dessen sei ihr die an die J.\_\_\_\_\_ AG geleistete Inkonvenienzentschädigung in Höhe von CHF 25'000.– zuzüglich Schadenszinsen zu ersetzen (act. 1 Rz. 110 ff. und 271 ff.; act. 52 Rz. 475 ff.).

5.2.2. Die Beklagte entgegnet dem, dass es nicht absehbar gewesen sei, dass aufgrund der von der zuständigen Bewilligungsbehörde gewählten Verfahrensart die "Betriebsbewilligung" würde angefochten werden können, wobei sie auch gar nie verpflichtet gewesen sei, die "Betriebsbewilligungen" einzuholen, da dies Sache der Mieterinnen gewesen sei. Ohnehin falle die Verfahrensgestaltung inklusive der Nichtanordnung öffentlicher Ausschreibungen und anderer Publikationen in die Verantwortung der Bewilligungsbehörde (act. 24 S. 5, 45 ff. und 61; act. 57 S. 86 ff.).

## 5.3. Rechtliches

Vorliegend bestand die Pflicht der Beklagten aus dem Erstvermietungsauftrag gemäss Ziff. 2.4 des Totalunternehmervertrags darin, Mietinteressenten für den Abschluss von Mietverträgen zu finden, den Abschluss der Verträge aktiv zu fördern und auf die Abschlussbereitschaft der interessierten Mietern hinzuwirken (Vermittlungstätigkeit) und schliesslich die Mietverträge mit den zukünftigen Mietern namens der Klägerin abzuschliessen. Folglich war die Beklagte für die Klägerin als Vermittlungsmäklerin nach Art. 412 OR ff. mit zusätzlichem Auftrag und Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss (Art. 394 OR ff.) tätig. Davon gehen die Parteien zu Recht aus (act. 1 Rz. 274; act. 24 S. 61). Die Beklagte haftet der Klägerin sowohl als Vermittlungsmäklerin nach Art. 412 ff. OR als auch als Beauftragte nach Art. 394 ff. OR für die sorgfältige Ausführung des Erstvermietungsauftrags (Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 OR; AMMANN, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. 2015, N. 8 ff. zu Art. 412 OR).

#### 5.4. Pflicht der Beklagten zur Einholung der "Betriebsbewilligung"?

5.4.1. Freilich wurde die Beklagte im Zusammenhang mit dem Einholen der erforderlichen "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen tätig, zumal sie von der Klägerin in Ziff. 10 des Totalunternehmervertrags (act. 3/5) auch umfassend zur Vertretung gegenüber Behörden bevollmächtigt wurde. Sie bestreitet jedoch, dass sie vertraglich dazu verpflichtet gewesen wäre, was es nachfolgend zu beurteilen gilt.

5.4.2. In Ziff. 1.5 des Totalunternehmervertrags vom 16. Juni 2006 ist unter dem Untertitel "Beschaffung von Informationen/ Unterlagen" folgende Regelung vorgesehen (act. 3/5):

*"Die Totalunternehmung ist verpflichtet, sich alle für die Werkherstellung notwendigen Informationen und Unterlagen rechtzeitig zu beschaffen sowie gestützt darauf, die gesamte notwendige Projektierung und Planung rechtzeitig vorzunehmen.*

*Die Totalunternehmung ist zudem für das rechtzeitige Einholen der für die Projektierung und Ausführung des Werkes noch ausstehenden Bewilligungen welcher Art auch immer im Namen der Bauherrin verantwortlich.*

[...]"

5.4.3. Die Klägerin leitet aus diesen Formulierungen ab, dass die Beklagte für die Einholung der "Betriebsbewilligungen" bzw. Nutzungsbewilligungen verantwortlich gewesen sei (act. 1 Rz. 91 ff.).

5.4.4. Der Wortlaut legt dieses klägerische Verständnis nicht nahe, da sich dieser auf die *Werkherstellung* bezieht und nicht auf eine etwaige Nutzung nach Vervollendung des Werkes. Daran ändert auch die von der Klägerin in Ziff. 1.4 aufgeführte Vollständigkeitsklausel nichts, zumal sich diese ebenfalls nur auf die *"qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werks nach den anerkannten Regeln der Baukunde"* bezieht (act. 3/5 Ziff. 1.4 Abs. 1). In diesem Zusammenhang ist auch Ziff. 1.4 Abs. 2 des Totalunternehmervertrags zu verstehen, gemäss welchem die vollständige, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Herstellung des Werks so auszulegen ist, wonach alle Leistungen umfasst werden, die erforderlich sind, um den im Werkvertrag dargelegten Leistungsumfang zu erbringen und die Anlagen zum vorgesehenen Zweck benutzen zu können (act. 3/5 Ziff. 1.4 Abs. 2). Gemeint sind damit die Bewilligungen in Bezug auf bauliche Aktivitäten, zumal wie dargelegt, die Zusicherung einer bestimmten Nutzung nicht Vertragsinhalt des Totalunternehmervertrags war.

5.4.5. Zu erinnern ist in systematischer Hinsicht überdies daran, dass die Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006, welche einen entsprechenden Vorbehalt hinsichtlich der konkreten Nutzung in Bezug auf Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ vorsah, ebenfalls Vertragsbestandteil war. Es wäre naheliegend gewesen, dass die Parteien eine Regelung getroffen hätten, wenn beabsichtigt gewesen wäre, das Nutzungsrisiko – über die abgegebene Mietzinsgarantie hinaus – der Beklagten zu überbinden.

5.4.6. Dass die Parteien diese Regelung nicht im Sinne der klägerischen Interpretation verstanden haben, erschliesst sich sodann aus der geführten E-Mail-Korrespondenz (vgl. Ziff. 4.3.12.1 hiervor). In einer E-Mail vom 23. Mai 2007 von AF.\_\_\_\_\_ (von der Beklagten) an Vertreter der Klägerin schrieb dieser, dass es Sache der Mieterin sei, die "Betriebsbewilligung" für die Nutzung einzuholen (act. 3/40). Selbiges geht aus einer E-Mail vom 14. März 2008 von AF.\_\_\_\_\_ an Vertreter der Klägerin hervor, worin dieser festhält, dass die "Betriebsbewilligung" und die Prüfung der Zonenkonformität nicht Sache der Beklagten als Totalunternehmerin sei (act. 25/2). Diese E-Mails blieben unwidersprochen (act. 24 S. 6; act. 52 Rz. 513).

5.4.7. Mit diesem Ergebnis stehen auch die in den Mietverträgen getroffenen Vereinbarungen überein, wie den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen ist.

5.5. Vereinbarungen in den Mietverträgen zur "Betriebsbewilligung"

5.5.1. Im zwischen der Klägerin und der K.\_\_\_\_\_ GmbH geschlossenen Mietvertrag vom 30. Mai 2007 ist unter Ziff. 6.20 folgende Regelung zu finden (act. 3/10 S. 11 f.):

"Bau- und gewerbepolizeiliche Bewilligungen/gesetzliche Vorschriften sowie der Feuer- und Gesundheitspolizei

*Die Mieterin verpflichtet sich die erforderlichen behördlichen Bewilligungen bei der zuständigen Behörde zu beantragen.*

*Sollten die behördlichen Bewilligungen der Mieterin auf Basis der Ausbauplanung vom 12. Februar 2007 (Anhang 5) und des Verwendungszweckes gemäss Ziff. 6.1 versagt werden, gilt der vorliegende Mietvertrag als nicht geschlossen. Bezüglich der Ausbaubewilligung verpflichtet sich die Mieterin sämtliche gesetzliche Vorschriften in ihrer Planung einzuhalten.*

[...]"

Aus dem Wortlaut erhellt, dass die Beklagte das Risiko hinsichtlich der Einholung etwaiger Bewilligungen auf die K.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin übertragen und den Vertrag an eine entsprechende Bedingung geknüpft hat.

5.5.2. Im zwischen der Klägerin und der J.\_\_\_\_\_ AG geschlossenen Mietvertrag vom 9. Februar 2007 ist unter Ziff. 6.20 die nachstehende Regelung zu finden (act. 3/9 S. 12):

*"Bau- und gewerbepolizeiliche Bewilligungen/gesetzliche Vorschriften sowie der Feuer- und Gesundheitspolizei*

*Alle gegebenenfalls für den Ausbau und die Benützung der Mietsache sowie für den Betrieb erforderlichen Bewilligungen sind von der Mieterin direkt und auf eigene Kosten einzuholen."*

Aus dem Wortlaut geht hervor, dass auch hier die J.\_\_\_\_\_ AG als Mieterin gehalten war, die erforderlichen Bewilligungen einzuholen. Eine Bedingung fand jedoch – anders als im Vertrag mit der K.\_\_\_\_\_ GmbH – im Vertragstext keine Erwähnung.

5.5.3. Entsprechendes wurde denn auch mit der I.\_\_\_\_\_ AG vereinbart. Im Mietvertrag vom 1. Juli 2005 ist unter Ziff. 6.20 unter dem Titel *"Bau- und gewerbepolizeiliche Bewilligungen/gesetzliche Vorschriften sowie Feuer- und Gesundheitspolizei"* das Folgende geregelt: *"Alle gegebenenfalls für den Ausbau und die Benützung der Mietsache sowie für den Betrieb erforderlichen Bewilligungen sind von der Mieterin direkt und auf eigene Kosten einzuholen."* (act. 3/8 S. 12).

5.5.4. Die Klägerin argumentiert nun, die aufgeführte Ziff. 6.20 der Mietverträge seien dahingehend zu verstehen, dass sie sich nicht auf die allgemeine Nutzungsbewilligung für eine Verkaufstätigkeit bezögen. Vielmehr seien damit Bewilligungen der Feuer- und Gesundheitspolizei oder im Falle der J.\_\_\_\_\_ AG auch notwendige Bewilligungen hinsichtlich des Verkaufs von Tiernahrungsmitteln und Tieren zu verstehen (act. 52 Rz. 482).

5.5.5. Diesem Verständnis widerspricht jedoch der Wortlaut der genannten Regelungen: Im Mietvertrag mit der K.\_\_\_\_\_ GmbH wird ausdrücklich sowohl auf den Verwendungszweck – womit die allgemeine Nutzung sprachlich mitumfasst wird – als auch auf den Ausbau der Mietsache Bezug genommen. Im Mietvertrag mit der J.\_\_\_\_\_ AG finden die Begriffe "Ausbau", "Benützung" sowie "Betrieb" Verwendung, die ebenfalls für eine umfassende Verantwortlichkeit der Mieterinnen zur Einholung der erforderlichen Bewilligungen sprechen und nicht für eine einschränkende im Sinne des klägerischen Verständnisses.

5.5.6. Auch das Argument der Klägerin, es handle sich bei der Bewilligung der konkreten Nutzung des Werkes um eine Teilbaubewilligung, welche als Teil der von der Beklagten einzuholenden Baubewilligung zu verstehen sei, verfängt nicht (act. 52 Rz. 480 f.). Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat in seinem Urteil vom 21. April 2008 (100.2008.23241U) in Erw. 2.5 ff. zusammengefasst nämlich Folgendes ausgeführt (act. 3/36 S. 9 f.): Die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ habe in ihrem Gesamtbauentscheid vom 9. Februar 2006 und zur Zusatzbewilligung vom 30. März 2007 vorbehalten, eine konkrete Nutzung nur zu bewilligen, wenn damit kein grösserer Publikums-Fahrverkehr verbunden sei. Mit diesem Vorgehen habe die Gemeinde zum Ausdruck gebracht, dass sie das Verkehrsaufkommen nicht nur als Problem der Luftreinhaltung, sondern auch als Frage der Zonenkonformität betrachte und Letzteres erst prüfen werde, wenn ihr die konkrete Nutzung bekannt sei. Vor dem Hintergrund, dass eine reine Zweckänderung ohne bauliche Vorkehren (etwa Änderung des Betriebskonzepts) genügen könne für eine Bewilligungspflicht, wenn Zonenvorschriften berührt würden, schein eine separate Baubewilligung für die Aufnahme einer konkreten, die Zonenordnung berührenden Nutzung als folgerichtig. Namentlich könne im Lichte von Art. 51 des Baureglements der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ nicht vornherein ausgeschlossen sein, dass es Fachmärkte mit und solche ohne grossen Publikums-Fahrverkehr gebe.

5.5.7. Daraus geht hervor, dass sich aus der Bezeichnung "Baubewilligung" nicht ableiten lässt, dass die Teilbaubewilligung hinsichtlich einer konkreten Nutzung ohne Weiteres durch die Beklagte einzuholen gewesen wäre, zumal eine Bewilli-

gung der Nutzung von den konkreten Konzepten (der Mieterinnen) abhing und nicht mit der Baute als solches in Zusammenhang stand. Dass die Beklagte zudem auch gehalten gewesen wäre, für die Mieterinnen konkrete Nutzungskonzepte auszuarbeiten, behauptet die Klägerin nicht. Damit lässt sich aus dem Begriff "Baubewilligung" entgegen der Klägerin nicht ableiten, dass die Beklagte zur Einholung derselbigen verpflichtet gewesen wäre. Zu erinnern ist überdies erneut, dass die Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 mit dem entsprechenden Vorbehalt hinsichtlich der Nutzung zum Vertragsbestandteil erhoben wurde (act. 3/33; vgl. Ziff. 4.3.2 hiervor).

5.5.8. Ebenfalls ist zu erwähnen, dass im Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 27. April 2012 die Parteistellung der Beklagten aberkannt wurde. Es wurde ausgeführt, dass die Beklagte weder Eigentümerin noch Nutzerin der fraglichen Grundstücke sei. Es sei nicht erkennbar, dass die Beklagte in ihren eigenen Interessen direkt und unmittelbar betroffen sei. Lediglich aufgrund ihrer vertraglichen Beziehungen zur Klägerin wurde sie dem Verfahren beigegeben (act. 3/50 Ziff. 3.2 S. 11). Auch daraus erhellt, dass es nicht der Beklagten, sondern den Mieterinnen oblag, die konkrete Nutzung bewilligen zu lassen, da die Beklagte dazu nicht legitimiert war.

5.5.9. Nicht zuletzt spricht der Umstand, dass die Klägerin mit der J.\_\_\_\_\_ AG eine verhältnismässig geringe Inkonvenienzentschädigung von CHF 25'000.– im Vergleich zu den gesamten geltend gemachten nutzlosen Investitionskosten von ca. CHF 420'000.– vereinbart hat, dafür, dass auch sie davon ausging, dass das Nutzungsrisiko bei den Mieterinnen lag.

## 5.6. Zwischenfazit

Damit ist festzuhalten, dass das Einholen der "Betriebsbewilligung" bzw. etwaiger Nutzungsbewilligungen nicht der Beklagten, sondern den Mieterinnen oblag. Angesichts dieses klaren Ergebnisses sowohl einer subjektiven als auch objektiven Auslegung ist eine Befragung der von der Klägerin offerierten Zeugen entbehrlich. Selbst wenn man zu einem anderen Auslegungsergebnis käme, läge jedoch keine

Sorgfaltspflichtverletzung vor, wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht.

## 5.7. Sorgfaltspflichtverletzung

5.7.1. Soweit die Klägerin die Sorgfaltspflichtverletzung damit begründet, die Beklagte habe die Bewilligungen für die Nutzung der Mieterinnen nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt bzw. sie hätte die Rechtslage vorgängig abklären müssen, ist ihr zu entgegnen, dass die Vorgehensweise mit einer der Gesamtbaubewilligung nachfolgenden Teilbaubewilligung die konkrete Nutzung zu bewilligen, von der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ festgelegt wurde, was vom Verwaltungsgericht Bern im Urteil vom 21. April 2008 nicht beanstandet wurde (vgl. Ziff. 5.5.6 hier- vor). Zudem war die Gesamtbaubewilligung, welche die spätere Teilbewilligung der konkreten Nutzung vorbehielt, der Klägerin als Vertragsbestandteil bekannt. Was für weitere rechtliche Abklärungen die Beklagte im Vorfeld hätte treffen müssen, ist nicht ersichtlich. Wie die Behörden die Frage der konkreten Nutzung beurteilen würden, lässt sich mit Gewissheit nicht vorhersagen. Zudem wurde die beantragte Nutzung von der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ zunächst bewilligt. Es kann der Beklagten auch nicht vorgeworfen werden, dass sie die Rechtsfolgen im Zusammenhang mit den fehlerhaften Verfahrenshandlungen hätte erkennen müssen, zumal sich die Rechtslage nicht als völlig eindeutig erwies (vgl. Ziff. 2.3.4 ff. hiervor). Zu erwähnen ist zudem, dass die Beklagte keine Erfolgshaftung hinsichtlich dem Einholen der Nutzungsbewilligungen traf, da sie lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden schuldete.

5.7.2. Das Vorbringen, die Beklagte habe es versäumt, die Mietverträge an auflösende Bedingungen zu knüpfen, vermag ebenfalls keine Sorgfaltspflichtverletzung zu begründen. Im Mietvertrag mit der K.\_\_\_\_\_ GmbH wurde eine entsprechende Bedingung in Ziff. 6.20 vereinbart. Zwar wurde dies im Mietvertrag mit der J.\_\_\_\_\_ AG unterlassen und es wurde auch kein explizites Kündigungsrecht vereinbart, jedoch geht aus jener Ziff. 6.20 klar hervor, dass das Risiko für fehlende Bewilligungen für den Betrieb und die Benutzung der Mieterin J.\_\_\_\_\_ AG überbunden wurde. Inwiefern angesichts dessen durch das Nichtanbringen einer Bedingung oder eines Kündigungsrechts eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen

könnte bzw. die Beklagte keine ausreichende Absicherung vereinbart hätte, vermag die Klägerin nicht darzutun. Solches ist auch nicht ersichtlich, da es unstatthaft erscheint, wenn die J.\_\_\_\_\_ AG trotz Übernahme des Nutzungsrisikos gegenüber der Klägerin etwaige aus nicht bewilligter Nutzung resultierende Schadenersatzansprüche erhebt. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte nach Erteilung der "Betriebsbewilligung" vom 28. Juni 2007 von der J.\_\_\_\_\_ AG ein Dokument (datierend vom 10. Juli 2007) unterzeichnen liess, worin die J.\_\_\_\_\_ AG bestätigte, von der Gesamtbaubewilligung vom 9. Februar 2006 Kenntnis genommen zu haben (act. 25/10; act. 3/33; act. 3/35).

5.7.3. Zum Vorwurf, die Beklagte habe eine formell unrichtige "Betriebsbewilligung" erwirkt, gilt es Folgendes festzuhalten: Die Gemeinde schlug der Beklagten entweder eine öffentliche Bekanntmachung der Nutzung mit Einsprachemöglichkeit oder den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ohne vorherige Publikation vor (Entscheid der BVE des Kantons Bern 110/2012/72 vom 22. Oktober 2012, Sachverhalt Ziff. 2; act. 3/41). In ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2007 sprach sich die Beklagte für eine Bewilligung der vorgesehenen Nutzungen ohne Publikation aus (act. 3/42). Die Beklagte bringt dazu vor, die Parteien hätten weitere Verzögerungen und Erschwernisse vermeiden wollen. Es sei sogar die Klägerin gewesen, die sich einer Publikation dezidiert widersetzt habe (act. 24 S. 47).

5.7.4. Mit der Beklagten ist zu schliessen, dass die Kompetenz der Verfahrensgestaltung der Bewilligungsbehörde obliegt (act. 24 S. 24). Private dürfen grundsätzlich auf die Handlungen der Behörden vertrauen. Anlass zur Überprüfung besteht dort, wo die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage leicht erkennbar ist (HÄFELIN, MÜLLER, UHLMANN [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 656 f.). Die Klägerin begründet nicht näher, inwiefern die beklagtische Stellungnahme vom 11. Juni 2007 kausal zur von der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ gewählten Vorgehensweise gewesen wäre, zumal die beiden Vorschläge hinsichtlich des weiteren Vorgehens von der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_ aus kamen und die Beklagte dazu lediglich Stellung nahm. Dass sie sich für die Variante ohne weitere Verzögerung aussprach, erscheint in Anbetracht, dass die Parteien weitere Verzögerungen und Erschwernisse vermeiden wollten, nicht als

sorgfaltswidrig (act. 24 S. 47; act. 52 Rz. 613). Die verfahrensrechtlichen Fehler der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_, welche zur Aufhebung der "Betriebsbewilligung" führte, können der Beklagten jedenfalls nicht angelastet werden, da nicht ersichtlich ist, inwiefern die Beklagte ein diesbezügliches Verschulden treffen sollte.

#### 5.8. Fazit

Die Klägerin hat keine Ansprüche gegenüber der Beklagten aus einer Verletzung des Erstvermietungsauftrags.

### 6. Ergebnis

6.1. Zwar hegten beide Parteien bis zu den abschlägigen behördlichen Entscheidungen die Erwartung, dass das Gewerbe- und Fachmarktzentrum "E.\_\_\_\_\_" einer (langfristigen) Nutzung durch die I.\_\_\_\_\_ AG, J.\_\_\_\_\_ AG und K.\_\_\_\_\_ GmbH zugänglich sein würde. Der Klägerin gelingt es jedoch nicht darzutun, dass ihr die Beklagte *zugesichert* habe, sämtliche Flächen im Gewerbe- und Fachmarktzentrum durch Verkaufsgeschäfte nutzen zu können. Ein entsprechender Rechtsbindungswille hinsichtlich einer dahingehenden Vereinbarung lässt sich weder ausdrücklich, konkludent noch stillschweigend ergründen. Auch eine normative Auslegung der Vertragsdokumente führt zu keinem Auslegungsergebnis gemäss klägerischem Verständnis. Demzufolge liegt kein Werkmangel im rechtlichen Sinn vor und es erübrigt sich, die weiteren Voraussetzungen einer Mängelhaftung zu prüfen.

6.2. Was den Schadenersatzanspruch bezüglich des Erstvermietungsauftrags betrifft, gelingt es der Klägerin nicht darzulegen, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die erforderlichen Nutzungsbewilligungen einzuholen. Auch im Übrigen ist der Beklagten keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen.

6.3. Im Ergebnis führt dies zur vollumfänglichen Klageabweisung.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 6'954'926.45 (vgl. act. 1S. 2). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 90'500.–. Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und soweit möglich vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

### 7.2. Parteientschädigung

Vorliegend hat die Beklagte eine Parteientschädigung beantragt, welche ihr aufgrund ihres vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist. Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 6'954'926.45 beträgt die Grundgebühr rund CHF 83'500.–. Für die Vergleichsverhandlung, den zweiten Schriftenwechsel sowie die weiteren notwendig gewordenen Stellungnahmen ist ein Zuschlag von insgesamt rund 50% der Grundgebühr zu berechnen. Folglich ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der

Höhe von CHF 125'000.– zu bezahlen. Die Beklagte verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 57 S. 2), macht aber keine ausserordentlichen Umstände geltend, welche - in Anbetracht der Möglichkeit des Vorsteuer-Abzugs - eine zusätzliche Berücksichtigung rechtfertigen würden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76). Es ist daher keine Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 90'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt; der von ihr geleistete Kostenvorschuss wird zur teilweisen Kostendeckung herangezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 125'000.– 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 6'954'926.45.

Zürich, 12. Juli 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler