



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Christoph Pfenninger, Michael Küttel und Bernhard Lauper sowie der Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil vom 5. Mai 2020

in Sachen

A._____ Versicherungen AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,
vertreten durch Fürsprecher X2._____,

gegen

B._____ Anlagestiftung,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 12'965'000 zuzüglich Zins seit Klageeinreichung zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zulasten der Beklagten."

I. Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

1. Die Parteien und ihre Stellung

Die *Klägerin* ist eine in C.____ [Ort] domizilierte Aktiengesellschaft und bezweckt den Betrieb jeder Art von Versicherung sowie aller ... Die *Beklagte* ist eine Stiftung mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt die ... und Verwaltung der ihr anvertrauten Sie ist bzw. war Eigentümerin mehrerer Grundstücke an der D.____-Strasse/E.____-Weg in F.____ (ZH).

2. Prozessgegenstand

2.1. Am 15. Oktober 2012 schloss die Beklagte mit der G.____ Generalunternehmung AG (fortan "G.____") einen Totalunternehmer-Werkvertrag ab. Letztere verpflichtete sich darin zur schlüsselfertigen Erstellung und betriebsbereiten Übergabe der Überbauung D.____-Strasse ... bzw. "H.____" auf den Grundstücken der Beklagten in F.____. Das Werk war vertraglich definiert als Wohnüberbauung bestehend aus vier Mehrfamilienhäusern mit 145 Wohnungen, vier Atelier-Wohnungen, Gewerbeflächen, einer Tiefgarage mit 197 Parkplätzen sowie 29 oberirdischen Parkplätzen (act. 3/15 Ziff. 1.1). Vereinbart wurde ein Pauschalpreis von CHF 69'498'216.– inkl. MwSt. (act. 1 Rz. 12; act. 12 Rz. 10; act. 3/15). Nach Baubeginn am 27. November 2013 (act. 1 Rz. 13; act. 12 Rz. 571) zahlte die Beklagte der G.____ 13 Akontozahlungen über insgesamt CHF 37'712'000.– sowie CHF 8'244.20 für eine Leistung der I.____ AG (act. 1 Rz. 18; act. 12 Rz. 78). Am 24. Juni 2014 stellte die Klägerin eine Erfüllungsgarantie über CHF 6.9 Mio. zu Gunsten der Beklagten zwecks Besicherung der werkvertraglichen Verpflichtungen der G.____ aus (act. 1 Rz. 6; act. 12 Rz. 544, 573; vgl. act.

3/1). Mit Urteil vom 6. Januar 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich den Konkurs über die G.____ (act. 1 Rz. 7; act. 12 Rz. 82). Die Beklagte kündigte darauf mit Schreiben vom 2. Februar 2015 den Werkvertrag mit der G.____ und rief am 30. März 2015 die Erfüllungsgarantie im vollen Betrag ab, worauf die Klägerin ihr CHF 6.9 Mio. ausbezahlte (act. 1 Rz. 7, 21.3; act. 12 Rz. 86, 105 ff.). Auf Antrag der Klägerin kollozierte die Konkursverwaltung der G.____ sodann einen Anspruch gegen die Beklagte aus der Abrechnung des Bauprojekts "H.____", welchen sich die Klägerin gestützt auf Art. 260 SchKG am 12. Dezember 2016 abtreten liess und mit vorliegender Klage geltend macht (act. 1 Rz. 8 f.; act. 12 Rz. 416 ff.). Die Beklagte führte ihrerseits das Bauprojekt unter Beizug der J.____ AG als Ersatz-Totalunternehmerin weiter und liess es durch Letztere fertigstellen (act. 1 Rz. 1; act. 12 Rz. 92, 110).

2.2. Prozessgegenstand ist primär die im Konkurs der G.____ an die Klägerin abgetretene Forderung der Ersteren gegen die Beklagte. Die G.____ erstellte zwischen 27. November 2013 (Baubeginn) und 2. Februar 2015 (Kündigung des Werkvertrags) ein Teilwerk. Die Klägerin erachtet dieses von der G.____ erstellte Teilwerk als von der Beklagten ungenügend entschädigt. Zudem habe die Beklagte durch Ziehung der Erfüllungsgarantie den Saldo der Bauabrechnung weiter zu Ungunsten der G.____ verschoben. Die Beklagte hält die Forderung der Klägerin für unberechtigt, eventualiter stellt sie ihr verrechenbare Gegenforderungen entgegen. Strittig ist zuletzt, ob die Beklagte Vorteile aus dem Konkurs der G.____ gezogen hat und ob sie sich diese allenfalls anrechnen lassen muss.

3. Wesentliche Parteistandpunkte

3.1. Die Klägerin macht geltend, ihr, bzw. der Konkursmasse der G.____, stehe ein Teilvergütungsanspruch für das Teilwerk zu (act. 1 Rz. 36 f.). Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung seien rund 63% der Leistungen erbracht gewesen. Es sei von einem Teilwerkwert von CHF 43'785'000.– auszugehen (63% des Pauschalpreises). Hiervon seien die Zahlungen der Beklagten von CHF 37'720'422.– an die G.____ abzuziehen und hernach die von der Beklagten gezogene Erfüllungsgarantie von CHF 6.9 Mio. zu addieren (act. 1 Rz. 36 f.). Die Beklagte sei zu verpflichten, die Differenz von rund CHF 12'965'000.– (CHF 43.785 Mio. - CHF 37.72

Mio. + CHF 6.9 Mio.) zu bezahlen (act. 1 Rz. 37). Die Gegenforderungen der Beklagten seien nicht (genügend) ausgewiesen (act. 1 Rz. 48). Sollten sie ausgewiesen sein, müsste sich die Beklagte aber auch die Vorteile, die sie aus dem Konkurs der G._____ gezogen habe, anrechnen lassen (act. 1 Rz. 49).

3.2. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage (act. 12 S. 2). Sie macht im Wesentlichen zunächst geltend, der Klägerin komme mangels gültiger Abtretung keine Aktivlegitimation zu (act. 32 Rz. 27 ff.), eventualiter sei der Teilanspruch der Klägerin aus der Erfüllungsgarantie über CHF 6.9 Mio. nicht Teil des abgetretenen Anspruchs (act. 12 Rz. 577 ff.; act. 32 Rz. 35 ff.). Sodann behauptet die Beklagte, sie habe mit den Akontozahlungen bereits zu viel an die G._____ geleistet, weshalb die Klägerin keinen Vergütungsanspruch habe (vgl. act. 12 Rz. 28, 40, 427, 429, 452; act. 32 Rz. 19). Die Klägerin substantiiere den Wert des Teilwerks jedenfalls ungenügend (act. 32 Rz. 20 ff.). Eventualiter bzw. subeventualiter erklärt die Beklagte, sie verfüge über eine Forderung von CHF 8'640'275.05 (act. 12 Rz. 414 f.; act. 32 Rz. 19), welche einer allfälligen Werklohnforderung anzurechnen bzw. mit dieser zu verrechnen sei (act. 12 Rz. 531 ff.; act. 32 Rz. 55 ff.). Vorteile aus dem Konkurs der G._____ lägen keine vor; ein entsprechender Abzug sei nicht gerechtfertigt (act. 12 Rz. 782 ff.). Zudem verfüge sie über einen Honorarminderungsanspruch von rund CHF 8 Mio. (act. 32 Rz. 74).

B. Prozessverlauf

Am 21. Dezember 2017 (Datum Poststempel) machte die Klägerin vorliegende Klage (act. 1) anhängig und leistete den hierauf geforderten Kostenvorschuss von CHF 135'000.– fristgerecht (act. 4; act. 6). Innert hernach angesetzter und erstreckter Frist (act. 7; act. 10) erstattete die Beklagte am 16. April 2018 die Klageantwort (act. 12). Nachdem die Beklagte die Teilnahme an einer Vergleichsverhandlung abgelehnt hatte, wurde mit Verfügung vom 7. Mai 2018 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 18). Den zugleich von der Klägerin geforderten weiteren Kostenvorschuss über CHF 67'500.– leistete diese innert Frist (act. 18; act. 20). Die Klägerin replizierte sodann am 9. Juli 2018 (act. 21). Nachdem die als Duplik bezeichnete Eingabe der Beklagten vom 16. Oktober 2018 infolge Weitschweifigkeit derselben nicht als Duplik entgegen genommen wurde (act. 27)

und das gegen diesen Entscheid eingereichte Wiedererwägungsgesuch der Beklagten (act. 29) abgewiesen worden war (act. 30), reichte die Beklagte ihre verbesserte Duplik mit Eingabe vom 19. November 2018 hier ein (act. 32). Dazu nahm die Klägerin mit Eingabe vom 6. Dezember 2018 unaufgefordert Stellung (act. 36), woraufhin die Beklagte am 24. Dezember 2018 ihrerseits eine weitere Stellungnahme einreichte (act. 38). Weitere Eingaben gingen nicht ein. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 19. Februar 2019 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 14 f.). Mit Verfügung vom 31. März 2020 (act. 43) wurde den Parteien – unter Hinweis auf den eingetretenen Aktenschluss – Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – vorbehalten der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten, was sowohl die Klägerin als auch die Beklagte mit Eingaben vom 28. April 2020 (act. 45) und 29. April 2020 (act. 46) taten. Der Prozess ist nunmehr spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

II. Formelles

1. Das Gericht tritt auf eine Klage nur ein, sofern die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 f. ZPO). Prozessvoraussetzung ist – *inter alia* – auch die Prozessführungsbefugnis (BGE 144 III 552 E. 4.1.2 S. 555), deren Fehlen entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 32 Rz. 30, 34) nicht zur Abweisung, sondern zum Nichteintreten auf die Klage führen würde. Zur Prozessführung für eine konkursite Gesellschaft ist jeder (kollozierte) Gläubiger berechtigt, dem Ansprüche der Masse abgetreten worden sind (Art. 260 Abs. 1 SchKG; BGE 121 III 488 E. 2b, S. 492). Ob der eingeklagte Anspruch von der Abtretung umfasst und die klagende Gläubigerin befugt ist, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen, ergibt sich aus der Abtretungserklärung des Konkursamtes. Letztere ist sinngemäss nach den Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen auszulegen (vgl. Art. 18 OR; BGE 107 III 91 E. 1 S. 92 f.; 92 III 57 E. 1 S. 61; BGer 4A_381/2012 vom 8. November 2012 E. 3.2).

2. Die Klägerin leitet ihre Prozessführungsbefugnis aus Art. 260 Abs. 1 SchKG ab. Sie reicht hierzu unter anderem eine Abtretungserklärung des Konkursamts

Oerlikon-Zürich vom 12. Dezember 2016 und eine Fristerstreckungsverfügung zur Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs vom 15. Juni 2017 ins Recht (act. 1 Rz. 6-9; act. 3/8-9). Die Beklagte wendet dagegen ein, die Klägerin sei nicht zur Prozessführung befugt, da die Abtretung nicht an die Klägerin, sondern an eine nicht existierende "A._____" erfolgt sei. Die Abtretung sei ungültig bzw. nichtig (act. 32 Rz. 30-34). Zudem sei der geltend gemachte Teilanspruch der Klägerin aus der Erfüllungsgarantie über CHF 6.9 Mio. nicht Teil der abgetretenen Forderung (act. 32 Rz. 35 ff.).

3. Die Klägerin ist – wenngleich unter der Bezeichnung "A._____, K._____-Strasse .../..., Postfach ..., ... Zürich" – im Kollokationsplan der G._____ als Gläubigerin aufgeführt (vgl. act. 3/35 S. 113). Dies räumt die Beklagte zunächst ein (act. 12 Rz. 418 ff.), bestreitet dies indes später (act. 12 Rz. 575; act. 32 Rz. 31). Die ungenaue Bezeichnung der Klägerin ist ein Kanzleiversehen des Konkursamtes und darauf zurückzuführen, dass die Klägerin verschiedene Adressen und Bezeichnungen verwendet (vgl. act. 37/42). Namentlich betreibt bzw. betrieb die Klägerin, die in C._____ domiziliert ist, einen Standort unter der Bezeichnung "A._____" an der K._____-Strasse in Zürich. Die Korrespondenz dieses Standortes erfolgte dabei unter Angabe der Bezeichnung "A._____" und der Adresse in Zürich sowie unter Beifügung der Firma der Klägerin (vgl. act. 3/1, 5-6). Gestützt darauf nahm das Konkursamt (fälschlicherweise) nicht die Klägerin selbst, sondern deren Bezeichnung am Standort K._____-Strasse in Zürich als Gläubigerin in den Kollokationsplan auf (vgl. act. 3/35 S. 113). Damit bestehen aufgrund der im Recht liegenden Unterlagen keine Zweifel daran, dass die Klägerin kollozierte Gläubigerin ist. Dies erweist sich auch aus folgenden Gründen als zutreffend:

3.1. Kolloziert wurde ein Regressanspruch der Klägerin aus der (durch die Beklagte gezogene) Erfüllungsgarantie Nr. BG ... über CHF 6.9 Mio. (act. 3/35 S. 113; vgl. act. 3/1). Aus dieser Erfüllungsgarantie ergibt sich, dass sich die Klägerin zur Leistung der Garantiesumme verpflichtete (vgl. act. 3/1). Gläubigerin der kollozierten Forderung kann damit schon deshalb nur die Klägerin sein. Dies wusste auch die Beklagte, welche den Garantieabruf an die Klägerin richtete und dieses Schreiben in Kopie auch an die "A._____" in Zürich sandte (act. 3/3). Ent-

sprechend ging die Beklagte von der Gläubigereigenschaft der Beklagten aus, bzw. davon, dass es sich bei der im Kollokationsplan aufgeführten "A._____" um die Klägerin handelte. Die Beklagte wusste damit auch, dass es sich bei der "A._____" in Zürich lediglich um einen Standort der Klägerin handelt (act. 3/3). Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie heute ausführt, sie würde nicht wissen, wer die "A._____" in Zürich sei (vgl. act. 32 Rz. 30; act. 36 Rz. 26). Ihre Zweifel an der Identität der Klägerin als kollozierte Gläubigerin erweisen sich als vorgeschoben und sind nicht haltbar.

3.2. Die der Kollokation zugrunde liegenden Forderungsanmeldungen vom 5. März 2015 (vgl. act. 3/5) und vom 16. September 2015 (vgl. act. 3/6) wurden wohl unter Angabe der Bezeichnung "A._____" und der Adresse in Zürich gemacht, jedoch ist auch auf diesen Schreiben die Firma der Klägerin aufgeführt (act. 3/5-6). Die Schreiben lassen damit keinen anderen Schluss zu, als dass die Klägerin als Gläubigerin der angemeldeten Forderungen auftreten wollte, und dass diese Schreiben am Standort K._____-Strasse der Klägerin in Zürich erstellt wurden (act. 3/5-6). Dass das Konkursamt nichtsdestotrotz nicht die Firma und die Sitzadresse der Klägerin, sondern deren Standort an der K._____-Strasse in Zürich als Gläubigerin im Kollokationsplan aufführte, hat nicht zur Folge, dass die Klägerin deswegen ihre Gläubigereigenschaft verlieren würde. Ohnehin verlangen die firmenrechtlichen Vorschriften lediglich die vollständige und unveränderte Wiedergabe der im Handelsregister eingetragenen Firma auf der Korrespondenz, nicht jedoch die Sitzadresse (vgl. Art. 954a Abs. 1 OR). Diesem Erfordernis kam die Klägerin in ihren Forderungseingaben nach (vgl. act. 3/5-6), womit sie die ungenaue Bezeichnung im Kollokationsplan nicht zu vertreten hat und ihr diese nicht zum Nachteil gereicht.

4. Gestützt auf die ungenaue Bezeichnung im Kollokationsplan wurde mit Verfügung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 12. Dezember 2016 ein "Anspruch gegenüber B._____ Anlagestiftung, ... Zürich, aus der Abrechnung des Projekts "H._____", F._____ ZH" abgetreten (act. 3/8). Diese Abtretung erfolgte an den Standort der Klägerin an der K._____-Strasse in Zürich und nicht explizit an die Klägerin selbst (vgl. act. 3/8). Da die ungenaue Bezeichnung im Kollokati-

onsplan an der Gläubigereigenschaft der Klägerin nichts ändert (vgl. E. II.3.), ist sie kollozierte Gläubigerin im Sinne von Art. 260 SchKG. Die ungenaue Bezeichnung führt daher nicht zur Nichtigkeit der Abtretungsverfügung, da es sich hierbei lediglich um einen Folgefehler handelt (vgl. act. 37/42 und die korrigierte Abtretung vom 3. Dezember 2018, act. 37/43), bzw. da es sich im Gesamtzusammenhang eindeutig und zweifelsfrei ergibt, dass die Abtretung an die Klägerin erfolgte. Die Klagefrist wurde sodann bis am 31. Dezember 2017 verlängert (vgl. act. 3/9), womit die Klägerin die vorliegende Klage mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 rechtzeitig anhängig machte (vgl. act. 1).

5. Damit erweist sich die Klägerin als prozessführungsbefugt im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG. Die Einwände der Beklagten verfangen nicht. Soweit die Beklagte behauptet, die Vorbringen der Klägerin vom 6. Dezember 2018 seien, da sie nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels erfolgten, nicht mehr zu beachten (vgl. act. 38 Rz. 2 ff. und Art. 229 ZPO), sei angemerkt, dass betreffend die Prüfung der Prozessvoraussetzungen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Untersuchungsgrundsatz). Diesbezügliche Noven können somit ohnehin bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO; vgl. ZÜRCHER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 60 N 4).

6. Ob der abgetretene Anspruch auch einen Teilanspruch aus der Erfüllungsgarantie umfasst, bedarf an dieser Stelle keiner Prüfung. Die für die Zulässigkeit einer Klage massgebenden Tatsachen können einfach- oder doppelrelevant sein. Tatsachen sind doppelrelevant, wenn sie sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Klage massgebend sind (vgl. BGE 141 III 294 E. 5.1 S. 297 f.). Für die Beurteilung der Zulässigkeit sind die von der Klägerin behaupteten Tatsachen als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht. Diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind nur dann zu beachten, wenn der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Beklagte unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 141 III 294 E. 5.2 S. 298 f.; 137 III 32 E. 2.3 S. 34 f.). Ob der abgetretene Anspruch aus der Abrechnung des Pro-

jekts "H._____" auch einen Teilanspruch aus der Erfüllungsgarantie umfasst, ist letztlich eine Frage der Aktivlegitimation. Die Behauptung der Klägerin, der abgetretene Anspruch umfasse diesen Teilanspruch, ist damit eine doppelrelevante Tatsache und – da der klägerische Vortrag nicht auf Anhieb als fadenscheinig und inkohärent erscheint – als wahr zu unterstellen. Damit ist die Prozessführungsbezugnis der Klägerin auch für diesen Teilanspruch gegeben.

7. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit sind gegeben: Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 18 ZPO bzw. Art. 31 ZPO örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich ohne weiteres aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

III. Materielles

A. Unbestrittener Sachverhalt

Mit Email vom 19. Dezember 2014 teilte die G._____ der Beklagten mit, dass die Arbeiten am Bauprojekt eingestellt würden. Daraufhin forderte die Beklagte die G._____ am 23. Dezember 2014 auf, die Arbeiten bis am 15. Januar 2015 wieder aufzunehmen (act. 12 Rz. 81). Noch vor Ablauf dieser Frist eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich mit Urteil vom 6. Januar 2015 den Konkurs über die G._____ (act. 1 Rz. 7; act. 12 Rz. 82). Mit Schreiben vom 16. Januar 2015 teilte das Konkursamt Oerlikon-Zürich mit, dass es nicht in den mit der Beklagten abgeschlossenen Werkvertrag eintreten werde. Am 19. Januar 2015 forderte die Beklagte die durch das Konkursamt vertretene konkursite G._____ erneut auf, die Arbeiten wieder aufzunehmen. Hierauf liess das Konkursamt mit Schreiben vom 22. Januar 2015 verlauten, dass der Werkvertrag seitens der G._____ nicht mehr erfüllt werde (act. 12 Rz. 83 ff.). Die Beklagte kündigte hernach mit Schreiben vom 2. Februar 2015 den Werkvertrag mit der G._____ (act. 1 Rz. 7, 21.3; act. 12 Rz. 86, 105 ff.), beanspruchte das teilausgeführte Werk für sich und führte das Projekt unter Beizug eines Ersatztotalunternehmers zu Ende (act. 1 Rz. 1, 22; act. 12 Rz. 14 f.). Am 30. März 2015 rief die Beklagte die Erfüllungsgarantie bei

der Klägerin ab (act. 3/3), worauf ihr diese am 23. April 2015 den maximalen Garantiebetrug von CHF 6.9 Mio. überwies (act. 3/4).

B. Parteivorbringen

1. Die *Klägerin* macht im Wesentlichen geltend, sie verfüge über einen Teilvergütungsanspruch aus Werkvertragsleistungen gegen die Beklagte aus dem ihr abgetretenen Anspruch "Abrechnung des Projekts "H._____", F.____ ZH" (act. 1 Rz. 35 f.) über CHF 12.965 Mio. Dieser errechne sich aus dem Projektwert zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung, abzüglich der durch die Beklagte geleisteten Zahlungen und zuzüglich der von der Beklagten abgerufenen Erfüllungsgarantie. Der Projektwert zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung sei dabei das Produkt des Mittelwertes der um 10% erhöhten Leistungsprozente gemäss dem ereignisgebundenen Zahlungsplan der 13. und der 14. Akontozahlung einerseits und dem vereinbarten Pauschalpreis andererseits. Die Leistungsprozente würden sich nach dem Zahlungsplan richten, da die Akontozahlungen nach Massgabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes bzw. nur bei Erreichen eines mit einem Leistungserfolg verbundenen Meilensteins fällig und zahlbar gewesen seien. Diese Ableitung sei verlässlich, da die Akontorechnungen nur unter der Voraussetzung des schriftlichen Nachweises (Fotografien), dass die bis zum entsprechenden Fälligkeitstermin von der G.____ zu erbringenden Leistungen tatsächlich im vollen Umfang erbracht sein würden, zahlbar gewesen seien. Die minutiös dokumentierten Zahlungsgesuche seien jeweils von der G.____ an die Bauherrenvertretung, die L.____ GmbH, zur Prüfung weitergeleitet worden, welche die geprüften Zahlungsgesuche ihrerseits mit einer Empfehlung an die Beklagte weitergeleitet habe. Diese Zahlungsmodalitäten seien vereinbart worden, um die Beklagte dagegen abzusichern, dass sie mehr bezahle als das, was auf der Baustelle verbaut worden sei und kraft Akzessionsprinzip in ihr Eigentum übergegangen sei. Dieser Sicherungsgedanke werde im Totalunternehmervertrag mehrfach bestätigt. Vor diesem Hintergrund habe die G.____ bis Ende 2014 13 Zahlungsgesuche in Höhe von CHF 37'712'000.– (inkl. MwSt.) an die Bauherrenvertretung gerichtet, welche allesamt honoriert worden seien. Eine Leistung der I.____ AG für "verdichtetes Zuschütten" im Betrag von CHF 8'244.– (inkl. MwSt.) sei von der

Beklagten direkt vergütet worden. Mit Bezahlung der 13. Akontorechnung seien 54.3% des Werkpreises vergütet gewesen. Dies entspreche – da der Zahlungsplan so aufgebaut gewesen sei, dass bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der G._____ effektiv erbrachten Leistungen abgegolten gewesen seien, mithin die bezahlte Abgeltung nur 90% der von der G._____ effektiv erbrachten Leistungen reflektieren würde – einem Leistungswert von 60.3%. Mit der Bezahlung der bevorstehenden 14. Akontorechnung wären 58.8% des Werkpreises bezahlt gewesen bzw. hätte die G._____ 65.3% der Leistungen erbracht. Da bereits mehr als 50% der Leistungen der 14. Etappe geleistet worden seien, sei vorderhand von einem Mittelwert zwischen 60.3% und 65.3% und damit von einem Leistungsstand von 63% auszugehen. Entsprechend habe der Teilwertwert per Konkurseröffnung 63% des vereinbarten Pauschalpreises von rund CHF 69.5 Mio. betragen, mithin rund CHF 43.785 Mio. (act. 1 Rz. 36; act. 21 Rz. 12 f.).

2. Die *Beklagte* hält dem entgegen, die Klägerin habe es versäumt, den Wert des von ihr zu vergütenden Werkteils zu substantiieren (act. 12 Rz. 545, 770; act. 32 Rz. 20 ff.). Der Zahlungsplan habe nicht dem Zweck gedient, verbindlich festzuhalten, wie weit das Bauprojekt vorangeschritten sei. Es sei einzig darum gegangen, zu vereinbaren, wann die G._____ eine Teilzahlung des Pauschalpreises erhalten könne und müsse. Dies habe die laufende Versorgung der G._____ mit flüssigen Mitteln bezweckt, so dass sie ihrerseits ihren vertraglichen Pflichten gegenüber den Subunternehmern nachkommen könne (act. 12 Rz. 613, act. 32 Rz. 45). Die Akontozahlungen bzw. die diesen zugrunde liegenden Ereignisse seien vom konkreten Baufortschritt losgelöst. Es handle sich beim Zahlungsplan lediglich um eine approximative Annäherung des Zahlungsstroms an den bei Vertragsschluss in Aussicht genommenen Baufortschritt des Bauprojekts (act. 32 Rz. 45). Die Zusammenarbeit der Parteien habe auf einem Vertrauensverhältnis beruht, was sich daran zeige, dass die Unterlagen, die von der G._____ als Beleg für das Erreichen eines im Zahlungsplan festgelegten Ereignisses vorzulegen gewesen seien, sich auf wenige Dokumente beschränkt hätten. Sie würden den tatsächlichen Leistungs- bzw. Baustand nicht präzise belegen können (act. 12 Rz. 614). Die Übereinstimmung des behaupteten mit dem tatsächlichen Leistungs-

stand sei lediglich grob mittels Fotografien geprüft worden. Namentlich sei nicht überprüft worden, ob mit Bezug auf das jeweilige Zahlungsgesuch noch offene Subunternehmerforderungen bestanden hätten. Das vollständige Erreichen der Etappenziele gemäss Zahlungsplan bzw. das Erfüllen der damit verbundenen vertraglichen Pflichten werde deshalb bestritten (act. 12 Rz. 615, 618, 753). Die geleisteten CHF 37'720'244.20 (act. 12 Rz. 623, 745, 757) hätten weder "in tatsächlicher noch in buchhalterischer, finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht" dem Erfüllungsstand des Totalunternehmervertrages entsprochen (act. 12 Rz. 737). Zwar sei der Zahlungsplan so aufgebaut gewesen, dass bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der G._____ effektiv erbrachten Leistungen abgegolten würden. Dennoch treffe die Schlussfolgerung der Klägerin nicht zu, dass die Akontozahlungen einfach durch 0.9 zu dividieren seien, um den angeblichen Leistungsstand zu ermitteln (act. 12 Rz. 755). Ohnehin nicht geschuldet seien die letzten 5% der Schlusszahlung bzw. des Werklohnes, da die G._____ die hierfür erforderliche Mängelgarantie nicht geleistet habe (act. 12 Rz. 620 f., act. 32 Rz. 103).

C. Allgemeines zur Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

1. Unter der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Welche Tatsachen zu behaupten sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage und dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; 127 III 365 E. 2b S. 368). Dabei folgt die Behauptungslast der Beweislast (Art. 8 ZGB; BGE 132 III 186 E. 4). Bestreitet die Gegenpartei den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Die Vorbringen sind dann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368). Die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen haben im Rahmen der Parteivorträ-

ge, namentlich in der Klage bzw. in der Klageantwort zu erfolgen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO und Art. 222 Abs. 2 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.2.1 S. 521).

2. Das genügende Behaupten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird. Ist bereits die Behauptung nicht schlüssig, führt dies zur Abweisung der Klage, selbst wenn sie nicht bestritten wird. Einen schlüssigen Tatsachenvortrag hat die Gegenpartei dagegen zu bestreiten, andernfalls die Klage gutzuheissen ist (sofern der geltend gemachte Sachverhalt den Tatbestand erfüllt). Wird der schlüssige Tatsachenvortrag bestritten, vom Kläger in der Folge aber nicht substantiiert, führt dies ebenfalls zur Abweisung der Klage (MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 154/2018, S. 283 mit Hinweis auf BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5). Ein derartiger Tatsachenvortrag ist einem unbewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1). Umgekehrt ist über schlüssige und substantiierte Behauptungen, die überhaupt nicht, nicht schlüssig oder zwar schlüssig, aber unsubstantiiert bestritten werden, kein Beweis zu führen (Art. 150 Abs. 1 ZPO e contrario, vgl. MARKUS/HUBER-LEHMANN, a.a.O., S. 284). Pauschal bestrittene Behauptungen gelten als unbestritten und sind als solche vom Gericht dem Entscheid als wahr zugrunde zu legen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437 f.; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; 4A_178/2015 vom 11. September 2015 E. 2.6). Zu einem Beweisverfahren kommt es nur über rechtserhebliche Tatsachen, die substantiiert behauptet und substantiiert bestritten worden sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 68 f.).

D. Vorgehen bei der Anspruchsprüfung

1. Gegenstand dieses Prozesses ist ein Anspruch aus der *Abrechnung* des Bauprojekts "H._____". Ergibt sich im vorliegenden Abrechnungsprozess ein positiver Abrechnungssaldo, kann die Klage (teilweise) gutgeheissen werden. Steht dagegen bereits nach der Prüfung einzelner Abrechnungspositionen fest, dass der Abrechnungssaldo negativ ausfallen wird, führt dies zur Klageabweisung und die weiteren Abrechnungspositionen müssten nicht mehr geprüft werden.

2. Der Anspruch der Klägerin, der in diese Abrechnung einfließen soll, setzt sich im Wesentlichen aus *zwei Teilansprüchen* zusammen. Der erste Teilanspruch ist der offene Vergütungsanspruch der G._____ aus Werkvertragsleistungen. Er beträgt gemäss der Klägerin CHF 6'065'000.– (vgl. act. 1 Rz. 37). Der zweite Teilanspruch ist der Anspruch aus der Erfüllungsgarantie; er beträgt laut der Klägerin CHF 6'900'000.–. Die Addition dieser zwei Teilansprüche ergibt die eingeklagte Forderungssumme von CHF 12'965'000.–. Zunächst ist der erste Teilanspruch, der Teilvergütungsanspruch aus dem Werkvertrag, zu prüfen (vgl. E. III.E. sogleich). Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert des Teilwerks und den Zahlungen, die die G._____ für ihre Leistungen bereits erhalten hat. Die Höhe der bisherigen Zahlungen der Beklagten an die G._____ ist unbestritten und beträgt rund CHF 37.72 Mio. Umstritten ist der Wert des Teilwerks. Die Klägerin behauptet, das Teilwerk habe einen Wert von mindestens CHF 43.785 Mio., macht sie doch als Teilvergütungsanspruch aus dem Werkvertrag CHF 6'065'000.– geltend (CHF 43.785 Mio. - CHF 37.72 Mio. = CHF 6'065'000.–). Die Beklagte bestreitet dies unter dem Hinweis, sie habe mit den ausbezahlten CHF 37.72 Mio. bereits zu viel für das Teilwerk bezahlt (act. 12 Rz. 40, 427, 452, 482, 485, 757).

E. Teilvergütungsanspruch aus Werkvertragsleistungen

1. Rechtliches

1.1. Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig, verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Vertrag zurücktreten (Art. 366 Abs. 1 OR). Diese Regelung ist lückenhaft und bedarf einer Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht (Art. 102-109 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 675 mit Hinweisen). Der Rücktritt des Besteller vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR oder nach Art. 366 Abs. 1 OR bewirkt, dass der Vertrag *ex tunc* aufgelöst wird. Ein solcher Rücktritt lässt die noch offenen Leistungspflichten erlöschen und begründet die Pflicht zur Rückgabe des bereits Empfangenen. Hat indessen der Unternehmer im Zeitpunkt des Rücktritts mit der

Ausführung des Werkes schon begonnen, steht es dem Besteller frei, den Vertrag gegen Vergütung des bereits Geleisteten *ex nunc* aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen. Verlangt der Besteller diese Auflösung, erfolgt keine Rückabwicklung des Vertrages. Der Unternehmer wird aber von der Pflicht zur Vollendung des Werkes (bzw. zur Ersatzleistung im Sinne von Art. 211 Abs. 1 SchKG bei Nichteintritt der Konkursverwaltung in den Werkvertrag im Konkurs des Unternehmers) und der Besteller von der Vergütungspflicht für den noch nicht ausgeführten Werkteil befreit (BGE 116 II 450 E. 2.a. S. 452).

1.2. Die bereits geleistete Arbeit ist soweit vergütungspflichtig, als die Vertragsleistungen des Unternehmers in den ausgeführten Werkteil eingeflossen oder für den Besteller sonst wie verwertbar, d.h. brauchbar, sind. Für die Brauchbarkeit spricht insbesondere, wenn das Werk durch den Besteller bzw. durch einen von ihm beauftragten Dritten fertiggestellt werden kann. Die Bezahlung, die der Besteller dem Unternehmer für den brauchbaren Werkteil schuldet, bemisst sich dabei grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie die Teilvergütung, die der Besteller nach Art. 378 Abs. 1 OR leisten müsste. Der Besteller ist namentlich nicht zur vollen Schadloshaltung im Sinne von Art. 377 OR verpflichtet, soweit der Grund für die verzugsbedingte Vertragsauflösung im vertragswidrigen Verhalten des Unternehmers liegt (vgl. GAUCH, a.a.O., N 687, 730, 760 f.). Die Höhe der Vergütung, die der Besteller für das Geleistete schuldet, bemisst sich auf Grund der vertraglichen Preisabrede. Hat der Unternehmer bei der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages eine Leistung zu einem Pauschalpreis (bzw. eine Teilleistung zu einem Teilpauschalpreis) vollständig erbracht, schuldet der Besteller hierfür die volle Pauschale. Hat dagegen der Unternehmer eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, nur zum Teil ausgeführt, schuldet der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung. Vereinfacht gesagt hat der Unternehmer anhand der Pauschalberechnung (mit den einzelnen Leistungsposten, die zum Pauschalpreis addiert wurden) aufzuzeigen, welche einzelnen Leistungen zu welchem "Pauschalpreiswert" erbracht wurden (HGer ZH HG140107 vom 12. April 2017 E. 5.3.1). Diese Berechnungsart, die sich für die Bestimmung des geschuldeten Teilbetrages am Verhält-

nis zwischen dem Wert der erbrachten und dem Wert der ganzen Leistung orientiert, nimmt Rücksicht auf den möglichen Umstand, dass bestimmte Teile einer pauschal zu vergütenden Leistung teurer herzustellen sind als andere. Das verbietet namentlich, für die Berechnung des geschuldeten Teilbetrages einfach und nur auf den erreichten Leistungsstand abzustellen (etwa nach der simplen Formel: X% des Leistungsstandes = X% des Pauschalpreises; GAUCH, a.a.O., N 537 f. und Fn. 343 zu N 538). Umgekehrt darf aber im Sinne einer natürlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass ein vereinbarter (Teil-)Pauschalpreis dem Wert des *vollständig* erstellten (Teil-)Werks entspricht (KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 1051; vgl. HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Luzern 2005, N 322).

1.3. Einer differenzierterer Betrachtung bedarf es, wenn ein Gesamtwerk aus mehreren Teilwerken besteht, oder, wenn der Unternehmer in Abweichung des dispositiven Art. 372 Abs. 1 OR von seiner Vorleistungspflicht vertraglich ganz oder teilweise entbunden ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Besteller seine Vergütungspflicht etappenweise erfüllt. Gerade bei grossen bzw. teuer herzustellenden (Bau-)Werken wird eine schrittweise Vergütung des Gesamtwerkpreises oft vereinbart. Die Verknüpfung von Zahlungen und Baufortschritt lässt aber nicht zwingend den Schluss zu, dass die jeweilige Teilzahlung auch dem Wert des bis dahin Geleisteten entspricht bzw. das bisher Geleistete vergütet. Dies ist nur dann der Fall, wenn es sich bei den Zahlungen um Teilzahlungen handelt. Sie erfolgen im Unterschied zu Akontozahlungen *nicht vorläufig* in Anrechnung auf den gesamten Vergütungsanspruch, sondern sind eine *definitive Abgeltung* für bestimmte Teilleistungen (vgl. GAUCH, a.a.O. N 1163). In diesem Fall kann sich die Unternehmerin auf die natürliche Vermutung berufen, wonach der Wert des ausgeführten Teilwerks dem hierfür vereinbarten Teilwerkpreis entspricht. Sind sich die Parteien uneinig darüber, ob Teil- oder Akontozahlungen vereinbart wurden, ist der Werkvertrag diesbezüglich gegebenenfalls auslegungsbedürftig.

1.4. Im Unterschied zu Teilzahlungen sind Akontozahlungen vorläufige Zahlungen, wobei der Umfang der definitiv geschuldeten Leistung noch zu ermitteln ist (BGE 134 III 519 E. 5.2.3 S. 595). Sie können eigentliche Voraus- oder aber,

wenn der Unternehmer vollständig vorleistungspflichtig bleibt, Abschlagszahlungen sein. Akontozahlungen in Form einer Vorausleistung erlauben keinen Rückschluss auf den Wert des Werkes, da sie für noch zu erstellende und den Wert des Gesamtwerks erhöhende Werkteile erfolgen. Abschlagszahlungen fallen dagegen nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen an. Dies erlaubt unter Umständen ein Rückschluss von den Zahlungen auf den Wert der Leistungen.

1.4.1. Sind Abschlagszahlungen vereinbart, ist ein Rückschluss von den Zahlungen auf den Wert des Teilwerks grundsätzlich nur möglich, wenn Gewissheit über die Leistungen herrscht, welche mit der Abschlagszahlung abgegolten werden – analog der Vereinbarung von Teilzahlungen für Teilwerke. Diese Gewissheit kann erreicht werden, indem entweder vertraglich die einzelnen Leistungen definiert werden, welche mit einer Abschlagszahlung abgegolten werden. Die Abschlagszahlung muss in diesem Fall aufgrund eines überprüfbaren Zahlungsgesuchs des Unternehmers ausgerichtet werden, aus welchem die tatsächliche Ausführung der einzelnen Leistungen hervorgeht. Wurden die einzelnen Leistungen dagegen vertraglich nicht definiert, kann die notwendige Gewissheit erreicht werden, wenn die Abschlagszahlung als Abgeltung für Leistungen erfolgt, deren Erbringung mittels definitiver und überprüfbarer Ausmasse belegt wird. Die Höhe der jeweiligen Abschlagszahlung richtet sich dabei nach der Wertsumme der einzelnen Leistungen, die abgegolten werden sollen. Diese Abgeltung muss keine vollständige sein; die Parteien können namentlich einen Rückbehalt vereinbaren. Es muss aber klar sein, in welchem Umfang die erbrachten Leistungen tatsächlich abgegolten werden. Es bedarf mithin einer Vereinbarung darüber, wie die Zahlungspflicht vom Leistungswert abhängig sein soll (vgl. SCHUMACHER/MONN in: Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 147 N 4.3). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann die Honorierung eines Zahlungsgesuches lediglich ein Indiz dafür sein, dass der entsprechende Gegenwert erbracht wurde (vgl. Art. 81 Abs. 1 OR). In diesem Fall ist ein zuverlässiger Rückschluss von den Abschlagszahlungen auf den Wert des Teilwerks nicht möglich und der beweisbelastete Unternehmer hat die erbrachten Leistungen sowie deren "Pauschalpreiswert" substantiiert zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen.

1.4.2. Eine andere Beweislastverteilung ist nur möglich, wenn die Vertragsparteien einen Beweislastvertrag schliessen. In einem solchen wird bestimmt, welche Partei die Beweislast für eine bestimmte Tatsache zu tragen hat. In Beweislastverträgen im weiteren Sinne können die Parteien aber auch einen bestimmten Sachverhalt als massgebend erklären oder dazu eine Tatsachenvermutung begründen, aber jeweils den Beweis des Gegenteils zulassen. Solche Absprachen berühren die Beweislastverteilung nur mittelbar, weil unmittelbarer Regelungsinhalt nicht die rechtliche Folge eines *non liquet*, sondern die Feststellung von Sachverhaltselementen ist (vgl. JUNGO, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, Beweislast, N 351 f.; WALTER in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Art. 8 N 649 ff.). Begründen die Parteien eines Vertrages eine Tatsachenvermutung, so hat dies keine gänzliche Änderung der Beweislastverteilung zur Folge. Die beweisbelastete Partei ist nur hinsichtlich der Vermutungsbasis behauptungs- und beweisbelastet, nicht aber für die Vermutungsfolge, also den aufgrund der Vermutungsbasis abgeleiteten Sachumstand. Die Gegenpartei kann, um eine Vermutung zu ihren Lasten zu verhindern, entweder gegen die Vermutungsbasis den Gegenbeweis führen oder aber, bei bewiesener Vermutungsbasis, den Beweis des Gegenteils antreten. Schliessen die Parteien eines Werkvertrages einen Beweislastvertrag im weiteren Sinne, können sie also vertraglich die Tatsachenvermutung aufstellen, dass aufgrund des Erbringens einer Akontozahlung (Vermutungsbasis) zu vermuten ist, dass auch ein entsprechender Gegenwert erbracht wurde (Vermutungsfolge). Ob die Vertragsparteien eine entsprechende Tatsachenvermutung vereinbart haben, ist gegebenenfalls durch Auslegung des Werkvertrages zu ermitteln.

1.4.3. Erweist sich ein Werkvertrag als auslegungsbedürftig, so ist in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; subjektive Vertragsauslegung). Lässt sich eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht feststellen, ist der Vertrag objektiv auszulegen (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 97 f.; 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148; BGer 9C_305/2017 vom 20. Februar 2018 E. 6.2.1). Demnach sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien nach Massgabe des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den

gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 144 III 93 E. 5.2.2; 140 III 391 E. 2.3 S. 398; 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Massgebend ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 98; 140 III 391 E. 2.3 S. 398; 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGer 4A_482 vom 7. Mai 2019 E. 2.1).

2. Würdigung

2.1. Die Beklagte kündigte den Werkvertrag am 2. Februar 2015 fristlos gestützt auf Art. 4 Abs. 8 des Totalunternehmerwerkvertrages in Verbindung mit Art. 366 OR (vgl. act. 3/15; act. 3/29) und beanspruchte das bis dahin erstellte Werk für sich (vgl. act. 3/30 Rz. 2). Damit erfolgte der Rücktritt ex nunc und die Beklagte wurde von der Vergütungspflicht für den noch nicht erstellten Teil des Werks und die G._____ von der Pflicht zur Ersatzleistung im Sinne von Art. 211 Abs. 1 SchKG befreit (vgl. das Schreiben der Konkursverwaltung vom 16. Januar 2015, wonach diese nicht für die konkursite G._____ in den Werkvertrag eintreten würde, act. 14/6). Die Beklagte blieb aber für die bis zur Vertragsauflösung geleistete Arbeit der G._____ vergütungspflichtig, soweit Vertragsleistungen der G._____ in den Werkteil eingeflossen oder für die Beklagte sonst wie verwertbar waren. Dass das Teilwerk unbrauchbar gewesen wäre, behauptet die Beklagte nicht. Vielmehr konnte sie die Überbauung durch eine Dritte fertigstellen lassen (act. 1 Rz. 1, 22; act. 12 Rz. 14 f.). Dies indiziert die Brauchbarkeit des übernommenen Teilwerks. Die für dieses Teilwerk geschuldete Vergütung bemisst sich nach Art. 378 Abs. 1 OR analog. Die Beklagte ist aber nicht zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet (vgl. Art. 377 OR), da der Grund der Vertragsauflösung im vertragswidrigen Verhalten der G._____, nämlich in ihrer Weigerung, den Werkvertrag zu erfüllen, lag (vgl. die Mitteilung des Konkursamtes vom 22. Januar 2015, wonach die G._____ den Werkvertrag nicht mehr erfüllen werde, act. 14/8).

2.2. Damit der Teilvergütungsanspruch der G._____ für das Teilwerk bestimmt werden kann, obliegt es der Klägerin, zunächst substantiiert darzulegen, welche vertraglichen Leistungen die G._____ bis zur Vertragsauflösung erbracht hat. Ins-

besondere hat sie konkret aufzuzeigen, welche Leistungen die G._____ bzw. deren Subunternehmer in welchem Umfang wann erbracht haben. Sodann hat die Klägerin, da die Vergütung nach Massgabe des Vertrages zu erfolgen hat und ein Pauschalpreis vereinbart wurde, den Wert der erbrachten Leistungen, den Wert der ganzen Leistung und dessen Verhältnis angewendet auf den Pauschalpreis, zu behaupten (vgl. oben, E. III.E.1.2). Der so ermittelte Wert des Teilwerks ergibt, abzüglich der anerkannten Zahlungen der Beklagten, den verbleibenden Teilvergütungsanspruch aus dem Werkvertrag.

2.3. Diesen Obliegenheiten kommt die Klägerin nicht nach. Sie macht keine Ausführungen dazu, welche einzelnen vertraglichen Leistungen die G._____ bzw. deren Subunternehmerinnen bis zur Konkurseröffnung erbracht haben und welchen Wert das Teilwerk dadurch insgesamt hatte. Die Berechnung des Wertes des Teilwerks nimmt sie vielmehr abstrakt vor, indem sie gestützt auf die vertragliche Regelung der Akontozahlungen von den bereits geleisteten Zahlungen der Beklagten auf den Wert des teilausgeführten Werks schliesst. Ein derartiges Vertragsverständnis bestreitet die Beklagte demgegenüber.

2.4. Demnach ist der Werkvertrag auszulegen. Damit der von der Klägerin gezogene Rückschluss von einer Zahlung auf den Wert des Teilwerkes *ohne* den Nachweis der einzelnen Leistungen zulässig ist, müssten die Vertragsparteien (die G._____ und die Beklagte) entweder I) Teilzahlungen für Teilwerke, oder II) Abschlagszahlungen für vertraglich definierte und erbrachte Leistungen, oder III) Abschlagszahlungen für Leistungen, deren Erbringen vor Zahlung mittels definitiver Ausmasse nachzuweisen ist, oder IV) Akontozahlungen in Verbindung mit einer Tatsachenvermutung betreffend den Wert des Werks bei Honorierung der Zahlung vereinbart haben. Haben die Vertragsparteien Teilzahlungen für Teilwerke vereinbart, könnte sich die Klägerin auf die natürliche Vermutung der Parität von Preis und Wert berufen (vgl., E. III.E.1.3 a.E.). Diese natürliche Vermutung liesse sich analog anwenden, wenn Abschlagszahlungen für vertraglich definierte und erbrachte Leistungen oder Abschlagszahlungen für Leistungen, deren Erbringen mittels definitiver Ausmasse nachzuweisen ist, vereinbart wurden, da in diesen Fällen Leistung und Gegenleistung der Parteien bekannt sind. Bei der Ver-

einbarung von Abschlagszahlungen in Verbindung mit einer Tatsachenvermutung betreffend den Wert des Werks bei Honorierung der Zahlung kann sich die Klägerin dagegen nicht auf die Vermutung der Parität von Leistung und Wert berufen, da in diesem Falle bei Begleichung der Akontozahlung *nicht* bekannt ist, welche einzelnen Leistungen zu welchem Wert erbracht wurden. In diesem Fall bedarf es eines Beweislastvertrages im weiteren Sinne, in welchem die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Honorierung eines Zahlungsgesuches die Vermutung auslöst, dass das teilausgeführte Werk einen bestimmten Wert hat.

2.5. Ob die Vertragsparteien eine der Vereinbarungen getroffen haben, welche den von der Klägerin gezogenen Rückschluss erlaubt, ist nachfolgend zu untersuchen. Die einschlägige Ziffer 2.7 des Totalunternehmerwerkvertrages (act. 3/15, S. 12 f.) und der Zahlungsplan (act. 3/19), lauten wie folgt:

"2.7 Zahlungsmodalitäten/Zahlungsplan

Der Werkpreis ist nach Massgabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes gemäss ereignisgebundenem Zahlungsplan (Beilage j1) fällig und zahlbar. Die vereinbarten Teil- bzw. Akontozahlungen sind von der Totalunternehmung der Bauherrin zu den festgelegten Fälligkeitsterminen in einfacher Ausfertigung in Rechnung zu stellen. Die Rechnungen sind innerhalb von 30 Tagen ab Datum des Eingangs bei der Bauherrin unter der Voraussetzung zahlbar, dass ein schriftlicher (von der Totalunternehmung mittels Fotografien zu erbringender) Nachweis vorliegt, wonach die bis zum entsprechenden Fälligkeitstermin von der Totalunternehmung zu erbringenden Leistungen tatsächlich im vollen Umfang erbracht sind. Die Schlusszahlung wird indes erst fällig, wenn die vertraglich geschuldete Mängelgarantie gemäss Ziff. 14.2 geleistet worden ist und der Bauherrin die vollständige Anlagendokumentation gemäss Ziffer 13.2 vorliegt.

Für den Fall, dass Terminverzögerungen aufgetreten bzw. vorhersehbar sind und/oder dass Bestellungsänderungen pendent sind, die Minderkosten zur Folge haben, ist die Totalunternehmung verpflichtet, den Zahlungsplan anzupassen und der Bauherrin zur schriftlichen Genehmigung vorzulegen.

Ein Anspruch der Totalunternehmung auf Vorschusszahlungen oder Sicherstellungen besteht nicht.

Die Bauherrin zahlt alle Akontozahlungen und die Schlusszahlung auf ein (von der Totalunternehmung nach Massgabe der Konditionen in Muster-Beilage e4 zu errichtendes) Generalunternehmer-Konto ("GU-Konto") bei der Züricher Kantonalbank. Die Totalunternehmung verpflichtet sich, der Bauherrin dreimonatlich, erstmals per Ende des ersten Monats nach Baubeginn, ein schriftliches Reporting mit folgendem Inhalt abzugeben:

- a) Baukostenrapport nach BKP mit den Angaben gemäss Muster-Beilage es (mit Vollständigkeitserklärung der Totalunternehmung);
- b) Übersicht über die Subplaner und Subunternehmer, an welche in der Berichtsperiode ab dem GU-Konto Zahlungen geleistet worden sind;

- c) Beleg der ZKB mit dem aktuellen Saldo auf dem GU-Konto (auf Verlangen der Bauherrin).

[...]

Der ereignisgebundene Zahlungsplan ist so aufgebaut (resp. bei allfälligen künftigen Anpassungen so aufzubauen), dass bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen abgegolten werden. Nach Schlussabnahme des Werks werden 95% des Werkpreises entrichtet."

"ZAHLUNGSPLAN für optimiertes Projekt

Akontozahlung/Ereignis	Datum (Valuta)	eff. Auszahlungsbeträge inkl. 8% MwSt.	Summe der kumulierten Zahlungen	%
1. AK Eingabe Baugesuch	21. Nov. 12	2'419'000.00	2'419'000.00	3.5%
2. AK Ausschreibung und Ausführungsplanung 25% (Nachweis durch Leistungsverzeichnisse)		907'000.00	3'326'000.00	4.8%
3. AK Ausschreibung und Ausführungsplanung 55% (Nachweis durch Leistungsverzeichnisse)		1'296'000.00	4'622'000.00	6.7%
4. AK Erhalt der rechtskräftigen Baubewilligung		5'087'000.00	9'709'000.00	14.0%
5. AK Baufreigabe		1'501'000.00	11'210'000.00	16.1%
6. AK Baugrubenaushub 80% (= 70% Planum)		2'732'000.00	13'942'000.00	20.1%
7. AK Untergeschoss 50% fertig		4'558'000.00	18'500'000.00	26.6%
8. AK Untergeschoss fertig	15. Mai 14	3'596'000.00	22'096'000.00	31.8%
9. AK Decken über EG zu 50%	30. Jun 14	3'467'000.00	25'563'000.00	36.8%
10. AK Decken über 1. OG zu 75%	15. Aug. 14	2'905'000.00	26'468'000.00	41.0%
11. AK Decken über 3. OG fertig	15. Okt 14	2'905'000.00	31'373'000.00	45.1%
13. AK Decken über 4. OG fertig	15. Nov 14	2'905'000.00	34'278'000.00	49.3%
13. AK Decken über 5. OG fertig	15. Dez 14	3'434'000.00	37'712'000.00	54.3%
14. AK Fenster angeschlagen zu 50%	31. Jan 15	3'144'000.00	40'856'000.00	58.8%
15. AK Grundputz zu 50%	28. Feb 15	3'144'000.00	44'000'000.00	63.3%
16. AK Fassade isoliert zu 100%	15. Jun 15	3'144'000.00	47'144'000.00	67.8%
17. AK Küchen montiert zu 50%	15. Aug 15	3'144'000.00	50'288'000.00	72.4%
18. AK Unterlagsboden zu 100%	31. Aug 15	3'144'000.00	53'432'000.00	76.9%
19. AK Küchen montiert zu 100%	15. Nov 15	3'144'000.00	56'576'000.00	81.4%
20. AK Wege und Plätze fertiggestellt	15. Dez 15	3'144'000.00	59'720'000.00	85.9%
21. AK Inbetriebnahme H2	15. Dez 15	1'044'000.00	60'764'000.00	87.4%
22. AK Inbetriebnahme H4 und H3	15. Mrz 16	2'100'000.00	62'864'000.00	90.5%
23. AK Inbetriebnahme H1	15. Mai 16	3'144'000.00	66'008'000.00	95.0%
Schlusszahlung	15. Sep 16	3'490'216.00	69'008'000.00	100.0%
Total Werkpreis inkl. 8% MwSt.		69'498'216.00		

Das Ereignis versteht sich als Fälligkeitsdatum."

2.6. Vorwegzunehmen ist, dass es grundsätzlich dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprach, die Zahlungen der Beklagten an den Baufortschritt zu knüpfen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Ziffer 2.7 des Totalunter-

nehmerwerkvertrages (fortan "die Klausel"), wonach der Werkpreis "*nach Massgabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes gemäss ereignisgebundenem Zahlungsplan*" fällig und zahlbar sein sollte. Hätten die Parteien die Zahlungspflicht lediglich von definierten Zeitpunkten abhängig machen wollen, wäre es nicht nötig gewesen, den Werkpreis vom Leistungsstand und vom Baufortschritt abhängig zu machen und definierte Ereignisse (Meilensteine) im Zahlungsplan festzuhalten. Der Umstand, dass im Zahlungsplan für die 2.-6. Akontozahlung die Fälligkeitstermine offen gelassen wurden, zeigt, dass das Erreichen eines Meilensteines für die Fälligkeit einer Zahlung ausschlaggebend sein sollte und nicht ein bestimmtes Datum als Verfallstag. Der Einwand der Beklagten, die Akontozahlungen seien vom konkreten Baufortschritt losgelöst vereinbart worden (vgl. act. 32 Rz. 45), verfängt damit nicht. Die Beklagte konzediert selbst, dass eine Verknüpfung von Baufortschritt und Zahlungen bei Vertragsabschluss vorgesehen gewesen sei (vgl. act. 32 Rz. 45). Da die Klausel eine Anpassung des Zahlungsplanes bei Terminverzögerungen und Bestellungenänderungen vorsieht (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 2), ist davon auszugehen, dass es dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprach, einen Gleichlauf von Zahlungen und Baufortschritt auch während der Bauausführung beizubehalten.

2.7. Mangels anderer Anhaltspunkte ist insgesamt davon auszugehen, dass die Vertragsparteien einen Gleichlauf von Zahlungen und Baufortschritt anvisierten. Ob deshalb aus einer Zahlung nun auch ein Rückschluss auf den Wert des Teilwerks erfolgen kann, hängt aber zunächst davon ab, ob die Vertragsparteien Teil- oder Akontozahlungen vereinbart haben. Dies ist nachfolgend zu untersuchen.

2.7.1. Die Vertragsparteien bezeichnen die Zahlungen im Werkvertrag und im Zahlungsplan meistens als *Akontozahlungen* (act. 3/15 Ziff. 2.7, Ziff. 20 Abs. 5; act. 3/19). Nur die Klausel selbst spricht von "*Teil- bzw. Akontozahlungen*", ohne Präzisierung, was darunter zu verstehen ist. Aufgrund des Wortlautes ist davon auszugehen, dass die Zahlungen Akontozahlungen darstellen sollten.

2.7.2. Der Umstand, dass mit den Zahlungen "*maximal 90% der effektiv erbrachten Leistungen*" abgegolten werden sollen, spricht für die Vereinbarung von Akontozahlungen, da Teilzahlungen in Form von Teilpauschalen, welche die *vollstän-*

dige Vergütung einer erbrachten Leistung darstellen würden, bei dieser Formulierung ausser Betracht fallen. Die Vereinbarung von Teilzahlungen für Teilwerke wäre dann anzunehmen, wenn ein Konsens betreffend Herstellung eines bestimmbareren Teilwerkes und der hierfür zu leistenden Teilvergütung bestünde (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 363 OR; vgl. GAUCH, N 382). Aus der Klausel und dem Zahlungsplan ergibt sich lediglich eine Verknüpfung von Zahlungen und Baufortschritt, nicht aber, dass es sich bei den einzelnen Meilensteinen um einzelne Teilwerke handeln sollte, für welche eine Teilpauschale vereinbart worden wäre. Die einzelnen Meilensteine sind zu rudimentär umschrieben, als dass sie genügend definierte Teilwerke darstellen könnten. Insbesondere enthält der Werkvertrag auch keinen Leistungsbeschreibung für die Arbeiten zwischen den einzelnen Meilensteinen. Demnach ergibt die teleologische Auslegung, dass die Vertragsparteien Akonto- und keine Teilzahlungen vereinbart haben.

2.7.3. Für die Vereinbarung von Akontozahlungen spricht auch die Systematik des Vertrages. Hätten die Vertragsparteien Teilpauschalen für Teilwerke vereinbaren wollen, hätten sie eine entsprechende Regelung unter Ziffer 2.1 des Werkvertrages ("Pauschalpreis") getroffen und für die einzelnen Teilwerke unter Ziff. 2.2 ("Im Werkpreis enthaltene Leistungen") separat einen genauen Leistungsumfang für jedes einzelne Teilwerk definiert. Das haben sie nicht getan, obschon sie an anderer Stelle für einzelne Teilleistungen mit definiertem Leistungsumfang Teilpauschalen vereinbart haben (vgl. act. 3/15 Ziff. 1.10 Abs. 5 a. E. und Ziff. 20). Gegen eine Vereinbarung von Teilwerken spricht sodann, dass das Werk lediglich in drei, separat abzunehmenden Etappen zu erstellen war (vgl. act. 3/15 Ziff. 4 Abs. 5 und Ziff. 13.1 Abs. 7). Der Zahlungsplan ist demgegenüber in 23 Akontozahlungen und eine Schlusszahlung unterteilt. Sollten die Meilensteine des Zahlungsplanes einzelne Teilwerke definieren, wäre auch deren Erwähnung unter Ziffer 4 ("Bauprogramm") und Ziffer 13.1 ("Werkabnahme") zu erwarten gewesen. Somit ergibt auch eine systematische Auslegung, dass es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, Akontozahlungen zu vereinbaren.

2.8. Zusammenfassend ist aufgrund einer Auslegung gemäss Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Vertragsparteien Akontozahlungen vereinbart

haben. Damit kann sich die Klägerin nicht auf die Vermutung stützen, dass die Zahlungen als Teilpauschalen dem Wert des Teilwerks entsprachen. Ein Rückschluss aus der Höhe der Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerks ist aber, wie ausgeführt (vgl. oben, E. III.E.1.4), nur möglich, wenn es sich bei den Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelt. Dies ist nachfolgend zu untersuchen.

2.8.1. Der Wortlaut der Klausel selbst unterscheidet nicht danach, ob es sich bei den Akontozahlungen um Voraus- oder um Abschlagszahlungen handelt. Die Klausel schreibt ausdrücklich vor, dass die Zahlungen "nach Massgabe des Leistungsstandes und des Baufortschrittes" erfolgen sollen (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7). Vorauszahlungen werden durch den Wortlaut somit nicht ausgeschlossen.

2.8.2. Es sind durchaus Zahlungspläne vorstellbar, die den Vorschuss für weitere Leistungen vom Erreichen eines bestimmten Baustandes abhängig machen. Der Umstand, dass die Klausel *Vorschusszahlungen* explizit ausschliesst (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 3), lässt nicht zwingend den Umkehrschluss zu, dass es sich bei den von den Vertragsparteien vereinbarten Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelt. Aufgrund der Einordnung des Ausschlusses nach der Bestimmung, wonach die Akontozahlung vom Erreichen eines Meilensteins abhängig ist, wollten die Vertragsparteien mutmasslich nur vereinbaren, dass kein Anspruch auf weitere Akontozahlungen besteht, solange nicht der nächste Meilenstein erreicht ist. Ein Hinweis, dass die Vertragsparteien Abschlagszahlungen vereinbaren wollten, könnte indes in der Formulierung am Ende der Klausel erblickt werden, wonach der Zahlungsplan so aufgebaut ist, dass "bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen" abgegolten werden (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 3 a. E.). Wird diese Bestimmung so verstanden, dass die G. _____ vor Erhalt einer Akontozahlung Leistungen zu erbringen hatte, deren Wert mindestens 10/9 der nächsten Akontozahlung betrug, handelte es sich bei der Akontozahlung klarerweise um eine Abschlagszahlung. Dieses Indiz allein reicht nicht aus für die Annahme, es habe dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprochen, Abschlagszahlungen zu vereinbaren, zumal es nicht einer eigentlichen Übung im Baugewerbe entspricht, Abschlagszahlungen zu vereinbaren (vgl. GAUCH, a.a.O.,

Rz. 1163; BÜHLER, Zürcher Kommentar Art. 363-379, Der Werkvertrag, 3. Auflage 1998, Art. 372 N 40). Insgesamt lässt weder die teleologische noch die systematische Auslegung den eindeutigen Schluss zu, dass es sich bei den Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handelte.

2.9. Aus dem Gesagten erhellt zusammenfassend, dass keine der Auslegungsmethoden zum eindeutigen Ergebnis führt, welche Art von Akontozahlungen (Vorschuss- oder Abschlagszahlungen oder eine Mischform derselben) die Vertragsparteien vereinbaren wollten. Eine abschliessende Bestimmung des hypothetischen Willens kann indessen offenbleiben. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Abschlagszahlungen vereinbart worden wären, wäre ein Rückschluss von der Zahlung auf den Wert des Teilwerkes nur möglich, wenn die Abschlagszahlungen als Gegenleistung für vertraglich definierte Leistungen bzw. durch definitive Ausmasse nachgewiesene Leistungen erfolgt wären. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist dies nicht der Fall.

2.9.1. Die Klausel hält fest, dass die Zahlbarkeit der Akontozahlung unter dem Vorbehalt des Nachweises der Erbringung der *Leistungen in vollem Umfang* steht. Ungeachtet dieser Vereinbarung sind im Totalunternehmerwerkvertrag den einzelnen Akontozahlungen keine Einzelleistungen zugeordnet. Dies hätten die Vertragsparteien aber vereinbart, wenn die Fälligkeit einer Akontozahlung nur dann hätte eintreten sollen, wenn bestimmte Leistungen zu einem bestimmten Wert in vollem Umfang erbracht sein mussten. Eine genaue Bestimmung der zu erbringenden Leistungen pro Meilenstein-Etappe wäre aber auch angesichts der Vereinbarung am Ende der Klausel zu erwarten gewesen, wonach "bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung *effektiv erbrachten Leistungen* abgegolten werden". Nur bei Bestimmung der Einzelleistungen pro Meilenstein-Etappe kann überprüft werden, ob die G._____ bei Erreichen des Meilensteins ihre Leistungen im vollen Umfang erbracht hat, bzw. ob mittels der Akontozahlung maximal 90% der von der G._____ effektiv erbrachten Leistungen abgegolten sein würden. Der Umstand, dass die Vertragsparteien den Akontozahlungen bzw. den Meilenstein-Etappen keine definierten Einzelleistungen zugeordnet haben, deutet angesichts ihrer Geschäftserfahrung darauf hin,

dass die Vertragsparteien im Voraus gar nicht genau vereinbaren wollten, welche einzelnen Leistungen die G._____ vor Fälligkeit der Akontozahlung erbringen sollte. Ein Rückschluss von Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerks aufgrund vertraglich definierter Leistungen scheidet damit aus.

2.9.2. Der Rückschluss auf den Wert des Teilwerks infolge einer Vereinbarung, wonach die Akontozahlungen als Abgeltung für Leistungen erfolgen sollen, deren Ausführung mittels definitiver und überprüfbarer Ausmasse nachzuweisen war, scheidet ebenfalls aus. Die Klausel sieht *keinen* genauen Nachweis der erbrachten Leistungen vor. Der Leistungsnachweis war laut Klausel lediglich "mittels Fotografien zu erbringen". Fotografien alleine stellen jedoch – gerade bei Grossüberbauungen – kein geeignetes Mittel dar, um sämtliche erbrachten Leistungen zu dokumentieren, geschweige denn um deren Wert zu bestimmen. Dies wussten auch die geschäftserfahrenen Vertragsparteien. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Dokumentation, welche die G._____ an die Vertreterin der Beklagten, die L._____ GmbH zu richten hatte, damit nicht als "minutiöse" Dokumentation der Leistungsereignisse gelten (vgl. act. 1 Rz. 36, 47.2; act. 21 Rz. 12.1). Indem die Vertragsparteien den Nachweis der erbrachten Leistungen auf Fotografien beschränkten, nahmen sie bewusst in Kauf, dass der Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen nicht genau mit dem Gegenwert der Akontozahlung übereinstimmen würde. Die Vertragsparteien hatten damit auch – ungeachtet der Bestimmung am Ende der Klausel – damit zu rechnen, dass eine Akontozahlung allenfalls mehr als 90% der effektiv erbrachten Leistungen abdecken würde. Daran ändert auch nichts, dass die Zahlungsgesuche an die L._____ GmbH zu richten waren (vgl. act. 1 Rz. 18; act. 12 Rz. 616). Es ist notorisch, dass auch eine Bauherrenvertreterin anhand von Fotografien alleine nicht in der Lage ist, die Ausführung aller Leistungen seit der letzten Akontozahlung sowie deren Wert zu überprüfen.

2.10. Da nach dem Gesagten die Vertragsparteien nicht vereinbart haben, dass die Akontozahlungen erst fällig waren, wenn nachgewiesen war, dass genau definierte Leistungen erbracht waren, welche dem Wert der jeweiligen Akontozahlung entsprechen mussten, kann aufgrund der jeweiligen Höhe und dem jeweiligen

Zeitpunkt der Akontozahlung keine Rückrechnung auf den Wert des Teilwerks erfolgen. Daran vermag der Umstand, dass der Zahlungsplan so aufgebaut war, dass bei Erreichen des jeweiligen Etappenziels maximal 90% der von der Totalunternehmung effektiv erbrachten Leistungen abgegolten sein würden (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 a.E.), nichts zu ändern, wie sogleich zu erläutern ist.

2.10.1. Der Zahlungsplan wurde bereits Monate vor Baubeginn erstellt. Er bildet als Beilage j) Teil des Werkvertrages vom 15. Oktober 2012 und legt alle Akontozahlungen bis zur Fertigstellung des Werks in vordefinierter Höhe fest. Es erscheint eher ungewöhnlich, dass die Vertragsparteien mehrere Monate bzw. Jahre vor Ausführung der jeweiligen Etappe verbindlich festlegen wollten, welcher *Wert* dem teilausgeführten Werk zum Zeitpunkt eines Meilenstein-Etappenziels, das die Fälligkeit einer Akontozahlung auslöst, abschliessend zugemessen werden sollte. Erfahrungsgemäss kann bei Grossbauprojekten nicht Monate bzw. Jahre im Voraus zuverlässig festgelegt werden, welcher Wert einem zu einem bestimmten Zeitpunkt "effektiv" erbrachten Teilwerk zukommen würde. Ohnehin muss die kalkulatorische Berücksichtigung einer Leistung in einer Meilenstein-Etappe nicht heissen, dass die Leistung auch *vor* der Akontozahlung erbracht wurde, von dieser abgegolten wurde und sich deshalb wertsteigernd auf das Teilwerk auswirkte. Dass die Arbeiten der einzelnen Meilenstein-Etappen gemäss Zahlungsplan vollständig von der vorhergehenden Etappe abhängig wären, geht weder aus dem Zahlungsplan noch aus der Klausel hervor. Das Erreichen eines Meilensteins gemäss Zahlungsplan ist damit nicht indikativ für den Wert des Teilwerks. Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass die Leistungen der einen Meilenstein-Etappe erst dann erbracht werden könnten, wenn die Arbeiten der vorherigen Meilenstein-Etappe abgeschlossen waren, wären die Vertragsparteien aber *bei Vertragsabschluss* höchstens in der Lage gewesen zu *schätzen*, dass bei Erreichen eines Meilensteins Leistungen erbracht sein würden, deren summierter Wert *kalkulatorisch* in etwa der Grössenordnung der Akontozahlungen entsprechen. Dies ist auch deshalb zutreffend, weil die Vertragsparteien vorliegend die Akontozahlungen nicht vom genauen Nachweis der erbachten Leistungen abhängig machten. Entsprechend mussten sie bei Vertragsschluss davon ausgehen, dass sie bei Erreichen des Meilensteins nicht wissen konnten, ob die

künftig erbrachten Leistungen auch dem ursprünglich kalkulierten Wert entsprechen würden. Zudem sind auch im Zahlungsplan den einzelnen Meilenstein-Etappen keine Einzelleistungen zugordnet (act. 3/19). Der Zahlungsplan ist vielmehr abstrakt ausgestaltet. Mehrere Akontozahlungen weisen denselben Betrag auf (10., 11. und 12. Akontozahlung zu je CHF 2.905 Mio., 14.-20. Akontozahlung, Summe der 21. und der 22. Akontozahlung und die 23. Akontozahlung je zu CHF 3.144 Mio., vgl. act 3/19). Indem die Vertragsparteien die Akontozahlungen derart abstrakt bestimmten, nahmen sie in Kauf, dass die Zahlungen keinen dem Baufortschritt entsprechenden exakten Gegenwert haben würden. Auch mussten sie mit der Möglichkeit rechnen, dass durch die Akontozahlungen ungeachtet des Aufbaus des Zahlungsplanes sogar mehr als 90% des Geleisteten abgegolten sein würde. Zwar sah die Klausel vor, dass der Zahlungsplan bei Terminverzögerungen anzupassen sei (vgl. act 3/15 Ziff. 2.7 Abs. 2). Bis zur Anpassung würde aber noch immer eine Abweichung zwischen den Akontozahlungen und dem Mindestwert der effektiv erbrachten Leistungen vorliegen. Eine vollständige Kongruenz zwischen den im Zahlungsplan vorgesehenen Akontozahlungen und dem jeweiligen Baufortschritt liegt damit nicht notwendigerweise immer vor.

2.10.2. Die Vereinbarung in der Klausel, wonach mit einer Akontozahlung maximal 90% der erbachten Leistungen abgegolten sein würden, bedeutet auch einen Rückbehalt von 10%. Die Vereinbarung eines derartigen Rückbehalts war notwendig, weil die Parteien Restzahlungen von je 5% des Werkpreises nach der Schlussabnahme und nach Übergabe der Mängelgarantie vereinbart hatten (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 i.V.m. Ziff. 13.2 und Ziff. 14.2). Soweit der Rückbehalt eine kalkulatorische Notwendigkeit ist, kann aus der Summe der Akontozahlungen im Zahlungsplan nichts abgeleitet werden. Es handelt sich bei diesen Summen um eine einfache Addition aller bisherigen Akontozahlungen. Dass diese Addition den Wert der bislang erbrachten Leistungen (bzw. 90% davon) reflektieren soll, ist eine reine Mutmassung. Wären gemäss Zahlungsplan mit einer Zahlung "maximal 90%" der jeweiligen Leistungen abgegolten gewesen (vgl. act. 3/15 Ziff. 2.7 a. E.), wären bei Erreichen von 90% des Gesamtpreises durch die Akontozahlungen alle Bauleistungen bereits zu 100% erbracht worden und der Wert des Werks hätte bereits den Betrag des Pauschalpreises erreicht. Aufgrund des Vertrages ist aber

davon auszugehen, dass die G._____ – die Mängelfreiheit des Werks vorausgesetzt – die Bauleistungen frühestens bei der Ausstellung der Mängelgarantie vollständig erbracht hätte. Zu diesem Zeitpunkt hätten gemäss Zahlungsplan aber bereits 95% des Pauschalpreises geleistet sein müssen (vgl. act. 3/15 Ziff. 14.2).

2.10.3. Im Zahlungsplan kann insgesamt keine Vereinbarung der Vertragsparteien erkannt werden, wonach dieser zur Wertbestimmung des sich in Ausführung befindlichen Werks dienen bzw. herangezogen werden soll. Der Versuch der Klägerin, aus dem Zahlungsplan in Verbindung mit der Klausel den Wert des Teilwerks zu rekonstruieren, obschon eine solche Rückrechnung für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung weder durch den Wortlaut des Zahlungsplans noch der Klausel gedeckt wird, noch aus der Systematik des Vertrags heraus vertretbar erscheint, scheitert somit. Andere stichhaltige Anhaltspunkte, die auf ein gegenteiliges Auslegungsergebnis hindeuten würden, liegen nicht vor.

2.11. Demgemäss haben die Vertragsparteien mutmasslich keine Akontozahlungen vereinbart, die mit einem ex ante im Vertrag oder ex post bei Einreichung eines Zahlungsgesuchs definierten Baustand verknüpft waren. Die Akontozahlungen waren demzufolge mutmasslich an einen im Zeitpunkt des Erreichens des Meilensteins *wahrscheinlich erreichten* Baustand geknüpft (so auch die Beklagte, vgl. act. 12 Rz. 45). Eine derartige Regelung erscheint praktikabel und lebensnah, zumal sie den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung trägt und gleichzeitig die Flexibilität der Unternehmerin in der Ausführung des Bauwerks bewahren kann. Eine derartige Regelung erlaubt es aber nicht, von der Zahlung auf den Wert des Teilwerks zu schliessen. Damit verbleibt zu untersuchen, ob die Vertragsparteien im Vertrag eine Tatsachenvermutung betreffend den Wert des Werks bei Honorierung der Akontozahlung aufgestellt bzw. einen Beweislastvertrag im weiteren Sinne abgeschlossen haben.

2.11.1. Für eine solche Tatsachenvermutung könnte einerseits sprechen, dass die Vertragsparteien vereinbart haben, dass die Fälligkeit der Akontozahlung vom Nachweis abhängig ist, dass die bis zum Eintritt des Meilensteines zu erbringenden Leistungen tatsächlich in vollem Umfang erbracht wurden, und andererseits, dass der Zahlungsplan so aufgebaut ist, "dass bei Erreichen des Etappenziels

maximal 90% der von der Totalunternehmerin effektiv erbrachten Leistungen abgegolten werden". Eine Tatsachenvermutung würde sich aufdrängen, weil die Vertragsparteien weder im Vertrag selber definiert haben, welches "die effektiv erbrachten Leistungen" sind, deren Erbringung "im vollen Umfang" durch die Akontozahlung bestätigt und zu 90% entschädigt werden soll, und die G. _____ auch nicht verpflichtet war, das Erbringen dieser Leistungen bei Stellung des Zahlungsgesuches genau nachzuweisen hatte. Sind die eigentlichen Einzelleistungen nicht bekannt, kann deren effektive Ausführung ja nur vermutet werden. Die Annahme einer derartigen Vermutung kann aber, da sie keineswegs gewöhnlich erscheint, nicht leichthin angenommen werden.

2.11.2. Gegen das Vorliegen der Vereinbarung einer Tatsachenvermutung spricht der Wortlaut. Der Wortlaut der Klausel spricht nicht von einer Vermutung, sondern von "effektiv erbrachten Leistungen" und deren Erbringen "in vollem Umfang". Ein Widerspruch besteht zudem darin, dass einerseits das Erbringen von Leistungen, die im Einzelnen nicht bekannt sind, vermutet werden soll, andererseits die Akontozahlung vom Nachweis abhängen soll, dass ebendiese nicht näher bekannten Leistungen effektiv in vollem Umfang erbracht wurden.

2.11.3. Der Werkvertrag enthält Bestimmungen über dessen vorzeitige Auflösung (vgl. act. 3/15 Ziff. 4 Abs. 8 und Ziff. 16). Ebenso hält der Werkvertrag fest, wie zu verfahren ist, wenn die G. _____ in Konkurs fällt (act. 3/15 Ziff. 14.1 Abs. 19). Weder Ziffer 2 (Werklohn [Werkpreis]), Ziffer 4 (Bauprogramm), noch Ziffer 14 (Mängelrechte/Garantien/Verjährung) noch Ziffer 16 (Vorzeitige Vertragsauflösung) thematisieren indes die Vergütung bei vorzeitiger Vertragsauflösung. Da es sich bei der vorzeitigen Vertragsauflösung nicht um den Regelfall der Vertragsabwicklung handelt, wäre von den Vertragsparteien indes zu erwarten gewesen, dass sie eine Tatsachenvermutung über den Wert des Teilwerks unter Ziffer 16 festgehalten hätten, wenn sie eine solche hätten vereinbaren wollen, da der Bewertung des Teilwerks gerade im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung grosse Bedeutung zukommt. Dies haben sie aber nicht getan. Auch aus Ziff. 2 (Werklohn [Werkpreis]) kann keine Tatsachenvermutung für den Fall des Scheiterns des Vertrages abgeleitet werden. Diese Bestimmung hat die ordentliche Vertragsabwicklung zum

Gegenstand, nicht dessen scheitern. Damit spricht auch die Systematik des Werkvertrages bzw. der Klausel gegen das Vorliegen einer Tatsachenvermutung.

2.11.4. Andere Anhaltspunkte dafür, dass es dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien entsprach, eine Tatsachenvermutung aufzustellen, sind nicht ersichtlich. Insgesamt ergibt die Auslegung des Werkvertrages, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Klausel in Verbindung mit dem Zahlungsplan nicht als Beweislastvertrag im weiteren Sinne zu verstehen war.

2.12. Zusammengefasst ist im Lichte der (objektivierten) Auslegung festzustellen, dass es dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien (d.h. der G. _____ und der Beklagten) entsprach, dass die G. _____ einen Anspruch auf eine Teilvergütung haben sollte, sobald sie jeweils nachwies, dass der im Zahlungsplan definierte Meilenstein erreicht war. Bei diesen Teilvergütungen handelte es sich um Akonto- und nicht um Teilzahlungen. Ob diese Akontozahlungen Abschlags- oder Vorauszahlungen sein sollten, kann nicht abschliessend ermittelt werden. Indessen war die Fälligkeit einer Akontozahlung nicht vom Nachweis abhängig, dass *bestimmte* Leistungen als Gegenleistung für die entsprechende Akontozahlung erbracht waren. Entsprechende Leistungen wurden weder vertraglich definiert, noch waren sie von der G. _____ vor Auszahlung der Akontozahlung genau nachzuweisen. Auch ein mutmasslicher Wille der Vertragsparteien, dass sie eine Tatsachenvermutung aufstellen wollten, wonach der Wert des teilausgeführten Werks aufgrund der Akontozahlungen und ohne Gewissheit über die erbrachten Leistungen zu vermuten wäre, kann nicht erstellt werden.

2.13. Die Parteien sind, soweit sie einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen geltend machen wollen, behauptungs- und beweisbelastet. Indessen haben sie es unterlassen, konkret zu behaupten, dass die beteiligten Vertreter der Vertragsparteien bei Vertragsschluss einen bestimmten, übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillen gehabt hätten. Daher bleibt der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille massgeblich.

2.14. Wie bereits ausgeführt obliegt es grundsätzlich der Klägerin, substantiiert darzulegen, welche vertraglichen Leistungen die G. _____ bis zur Konkurseröffnung erbracht hat (vgl. oben, E. III.E.2.2.). Von der Substantiierung der einzelnen Leistungen kann nur abgesehen werden, wenn ein Rückschluss auf den Wert des teilausgeführten Werks auf andere Weise möglich ist. Die Vertragsauslegung hat jedoch gezeigt, dass die Vertragsparteien keine Vereinbarungen getroffen haben, die einen derartigen Rückschluss zulassen würden. Damit obliegt es der Klägerin, sämtliche vertraglichen Leistungen, welche die G. _____ bis zur Kündigung des Vertrags erbracht hat, substantiiert darzulegen. Dies hat die Klägerin, wie bereits erörtert, nicht getan (vgl. oben, E. III.E.2.2.).

2.15. Da die Klägerin keine Ausführungen dazu macht, welche einzelnen vertraglichen Leistungen konkret zu welchem Wert die G. _____ bzw. deren Subunternehmerinnen bis zur fristlosen Kündigung des Werkvertrages erbracht hat bzw. haben, mangelt es an einer schlüssigen Darstellung des Sachverhalts. Ein Teilvergütungsanspruch aus Werkvertragsleistungen scheidet schon deshalb aus (vgl. oben, E. III.C.2). Selbst wenn seitens der Klägerin hinreichende Behauptungen zu den Leistungen und dem Wert des Teilwerks aufgestellt worden wären, hätte sie aufgrund der Bestreitung der Beklagten – letztere führte aus, mit den Akontozahlungen ohnehin schon zu viel an die G. _____ geleistet zu haben (vgl. oben, E. III.D.2.) – Beweismittel zwecks Beweises ihrer Behauptungen offerieren müssen. Solche Beweismittel fehlen. Insbesondere hat die Klägerin weder Beweismittel, die den Nachweis des Baustands bzw. der einzelnen erbrachten Leistungen erbringen könnten, noch ein Gutachten, das den Wert des teilausgeführten Werks bestimmen könnte offeriert (vgl. dazu BGer 4A_189 vom 5. Oktober 2017 E. 3.3). Freilich wären diese Nachweise schwer zu erbringen, nachdem das Bauprojekt fertiggestellt wurde. Eine vorsorgliche Beweisabnahme oder ein amtlicher Befund hätten die Beweisführung aber erleichtert. Die Schwierigkeit, den Nachweis zu erbringen, hat jedoch keine Erleichterung der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast der der Klägerin zur Folge. So vermag insbesondere die allgemeine Behauptung, dass sich die Realisierung des Bauprojekts gut entwickelt habe (act. 1 Rz. 14 ff.), detaillierte Behauptungen nicht zu ersetzen. Der Umstand, dass die L. _____ GmbH die Zahlungsgesuche jeweils geprüft hat,

vermag sodann den Nachweis für die erbrachten Leistungen und den Wert des Teilwerks nicht zu erbringen, selbst wenn die Leistungen und der Wert genügend substantiiert wären. Aus den Zahlungsgesuchen ergibt sich nicht, welche Leistungen zu welchem Wert erbracht wurden (vgl. act. 3/21). Zudem vermögen sie die erforderlichen Behauptungen zu den einzelnen Leistungen nicht zu ersetzen. Auch die Prüfung der Zahlungsgesuche durch eine Drittperson stellt weder eine hinreichende Tatsachenbehauptung noch ein taugliches Beweismittel dar. Schliesslich kann auch die vertragliche Regelung, wonach die Akontozahlungen nur unter der Voraussetzung zahlbar sind, dass ein schriftlicher Nachweis vorliegt, gemäss welchen die bis zum entsprechenden Fälligkeitstermin von der Totalunternehmung zu erbringenden Leistungen tatsächlich im vollen Umfang erbracht sind, die Ausführung und den Wert nicht behaupteter Leistungen nicht beweisen, was schon die dargelegte Auslegung gezeigt hat. Auch der Umstand, dass, wie die Klägerin selbst ausführte, eine "gewisse *Parallelität*" zwischen Vergütung und Projektfortschritt Zweck der vertraglichen Regelung war (vgl. act. 21 Rz. 13.1), vermag keine schlüssigen Behauptungen zu den einzelnen Leistungen und deren Wert zu ersetzen, bzw. diese gar beweisen. Das bloss Vorliegen einer 'gewissen Parallelität' genügt nicht.

3. Fazit zum Teilvergütungsanspruch

Die Klägerin macht keine schlüssigen Ausführungen dazu, welche Werkvertragsleistungen zu welchem Wert erbracht wurden. Dies wäre aber zur Ermittlung des Werts des Teilwerks und damit zur Ermittlung eines Teilvergütungsanspruchs notwendig gewesen. Eine Rückrechnung von den Akontozahlungen allein auf den Wert des Teilwerks verbietet sich. Aus dem Werkvertragsverhältnis stehen damit einzig die anerkannten Zahlungen der Beklagten an die G._____ von CHF 37'720'244.20 fest. Da kein Wert des Teilwerks ausgewiesen ist, welcher den Betrag der ausgewiesenen Zahlungen übersteigt, verbleibt kein Teilvergütungsanspruch der Klägerin bzw. der G._____ aus Werkvertragsleistungen.

D. Anspruch aus Erfüllungsgarantie

Da es der Klägerin nicht gelingt, den Wert des teilausgeführten Werks schlüssig bzw. substantiiert geltend zu machen, resultiert aus der Abrechnung des Bauprojekts "H._____" eine Abrechnungsdifferenz aus Sicht der Klägerin von CHF -37'720'244.20 (CHF 0 [kein ausgewiesener Wert des Teilwerks] – CHF 37'720'244.20 [anerkannte Zahlungen der Beklagten]). Da die Differenz zwischen dem Wert des Werkes und den Anzahlungen *kleiner* ist als CHF -6.9 Mio., erübrigt sich die Prüfung des Anspruches aus der Erfüllungsgarantie. Selbst wenn der Klägerin dieser Anspruch in Höhe von CHF 6.9 Mio. zustehen würde, resultierte aus der Addition von CHF -37'720'244.20 und CHF 6.9 Mio. kein positiver, der Klägerin zuzusprechender Abrechnungssaldo (vgl. E. III.D.).

E. Vorteilsanrechnung und Verrechnungsansprüche

Da der Abrechnungssaldo aus Sicht der Klägerin ohnehin negativ ist, stellt sich die Frage nach allfälligen Gegenforderungen der Beklagten nicht. Ebenso wenig bedarf es der Prüfung, ob von diesen Gegenforderungen ein allfälliger von der Beklagten aus dem Konkurs der G._____ gezogener Vorteil in Abzug zu bringen wäre (vgl. E. III.D.).

F. Fazit

Da aus der Abrechnung des Projektes "H._____" in F._____ kein positiver Saldo resultiert, ist die Forderungsklage der Klägerin abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

A. 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). 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; Zinsen, Kosten und allfällige Eventualbegehren sind nicht hinzuzurechnen (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Er beläuft sich vorliegend auf CHF 12'965'000.– (act. 1 S. 2). Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beträgt damit CHF 135'000.–. Aufgrund des grossen Aktenumfangs, der Komplexität des Falls sowie des grossen Aufwands des Gerichts, das nach Aktenschluss noch eine Vergleichsverhandlung durchführte, rechtfertigt es sich, die Grundgebühr um knapp die Hälfte auf CHF 200'000.– zu erhöhen (vgl. § 2 Abs. 1 lit. b und lit. c und Art. 4 Abs. 2 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

B. Parteientschädigung

1. Ausgangsgemäss ist der Beklagten zudem eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Deren Höhe richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG ZH) und damit in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim Streitwert von CHF 12'965'000.– (vgl. oben, E. IV.A.) beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 121'000.–. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin hat der Beklagten daher eine Parteientschädigung von CHF 170'000.– zu entrichten.

2. Die Beklagte beantragt, ihr sei eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 12 S. 2). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind zu behaupten und zu belegen (BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76; SJZ 101/2005 S. 531 ff.). Die Beklagte behauptet vorliegend keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände, weshalb ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 200'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 170'000.– 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 12'965'000.–.

Zürich, 5. Mai 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Rudolf Hug