



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, Oberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Roger Neukom, Michael Küttel und Markus Schönbächler sowie Gerichtsschreiber Rade Kokanović

## **Beschluss und Urteil vom 20. November 2025**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und/oder Rechtsanwältin Dr. iur.  
X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Holding AG,**

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_ und/oder Rechtsanwalt M.A. HSG  
in Law and Economics Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

<b>Rechtsbegehren</b> .....	<b>4</b>
<b>Sachverhalt und Verfahren</b> .....	<b>5</b>
A. Sachverhaltsübersicht .....	5
a. Parteien und ihre Stellung.....	5
b. Prozessgegenstand .....	5
B. Prozessgeschichte .....	6
<b>Erwägungen</b> .....	<b>8</b>
<b>I. Formelles zur Klage</b> .....	<b>8</b>
1. Nachklagevorbehalt.....	8
2. Prozessvoraussetzungen .....	8
<b>II. Materielles zur Klage</b> .....	<b>9</b>
A. Tatsächliches .....	9
1. Unbestrittener Sachverhalt.....	9
1.1. Allgemeines.....	9
1.2. Reorganisation der B. _____ Gruppe.....	11
1.3. Zahlungsstand der Klägerin .....	11
1.4. Planungsstand der Beklagten betreffend Phasen 3 und 4 (Teilphasen 31–41).....	12
2. Planungsstand der Beklagten betreffend Teilphase 51 .....	12
2.1. Klägerin .....	12
2.2. Beklagte .....	13
2.3. Beweislastverteilung.....	14
2.3.1. Vorbemerkungen .....	14
2.3.2. Qualifikation der klägerischen Zahlungen .....	16
2.4. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast.....	19
2.5. Tatsachenvortrag und Beweisofferten der Beklagten.....	20
2.5.1. Klageantwort .....	21
2.5.3. Duplik .....	22
2.5.4. Würdigung.....	24
2.6. Aktenschluss und behauptete Anerkennungen .....	26
2.7. Zwischenfazit .....	28
B. Rechtliches.....	29
1. Passivlegitimation der Beklagten.....	29

2.	Vertragsverhältnis .....	29
2.1.	Qualifikation des SPV.....	29
2.2.	Bestandteile des SPV.....	30
2.3.	Insbesondere: Beilage 4.....	30
2.3.1.	Übernahme von AGB in SPV .....	31
2.3.2.	Rollenverständnis .....	33
3.	Art der Honorierung .....	36
3.1.	Klägerin: Honorar nach aufwandbestimmenden Baukosten.....	36
3.2.	Beklagte: Pauschalierung.....	37
3.3.	Würdigung .....	39
3.3.1.	Allgemeines .....	39
3.3.2.	Einseitiges Recht zur Pauschalierung.....	40
3.3.3.	Nachträgliche Übereinkunft.....	41
3.3.4.	Formvorbehalt.....	46
3.3.5.	Vertretungsbefugnis .....	48
3.4.	Zwischenfazit .....	49
4.	Eventualstandpunkte der Klägerin hinsichtlich Pauschalierung.....	49
4.1.	Ungültigkeit infolge Grundlagenirrtums .....	49
4.2.	Haftungsbegründende Überschreitung des Kostenvoranschlages.....	51
5.	Höhe des Planerhonorars.....	55
5.1.	Grundhonorar .....	55
5.2.	Nachträge.....	56
5.3.	Zwischenfazit .....	58
6.	Verzugszins.....	58
7.	Fazit .....	59
	<b>III. Formelles zur Widerklage .....</b>	<b>59</b>
	<b>IV. Materielles zur Widerklage .....</b>	<b>59</b>
A.	Aktivlegitimation .....	59
1.	Parteistandpunkte .....	59
2.	Würdigung .....	60
B.	Fazit .....	63
	<b>V. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....</b>	<b>63</b>
	<b>Dispositiv .....</b>	<b>64</b>

**Modifiziertes Rechtsbegehren der Klägerin und Widerbeklagten:**

(act. 41 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 1'896'872.20 zuzüglich Verzugszinses von 5% p.a.
  - seit 23. Juli 2020 auf den Betrag von CHF 615'769.05,
  - seit 16. August 2021 auf den Betrag von CHF 1'244'437.20,
  - seit 10. Juli 2024 auf den Betrag von CHF 36'665.95zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin die Geltendmachung von weiteren Minderungs- und Schadenersatzforderungen gegenüber der Beklagten gestützt auf den Subplanervertrag vom 24./28. Februar 2017 in einem späteren separaten Verfahren ausdrücklich vorbehält.
3. Die Widerklage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Beklagten:**

(act. 19 S. 2)

- "1. Die Klage vom 13. März 2023 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin."

**und modifiziertes Rechtsbegehren der Widerklägerin:**

(act. 46 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 1'792'242.81 (inkl. MwSt.) zuzüglich Verzugszinses von 5% p.a.
  - seit dem 19. Mai 2020 auf dem Betrag von CHF 169'034.10,
  - seit dem Datum der Widerklageeinreichung auf dem Betrag von CHF 1'623'208.71,zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 1'568'421.30 (inkl. MwSt.) zuzüglich Verzugszinses von 5% p.a.
  - seit dem 19. Mai 2020 auf dem Betrag von CHF 169'034.10,

– seit dem Datum der Widerklageeinreichung auf dem Betrag von CHF 1'399'387.20, zu bezahlen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin und Widerbeklagten (fortan: "Klägerin") handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Als Planerbüro bezweckt sie die Erbringung von Dienstleistungen aller Art im Baubereich, insbesondere Betriebs- und Generalplanung, Projekt- und Baumanagement sowie Baurealisierungen (act. 1 Rz. 20 und act. 3/1).

Bei der Beklagten und Widerklägerin (fortan: "Beklagte") handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Als Ingenieur- und Planungsunternehmen bietet sie u.a. Leistungen als Gesamt- oder Fachplanerin in den Bereichen Gebäudetechnik, Energieanlagen und Leitungsbau an (act. 1 Rz. 22 und act. 3/2).

#### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin als Auftraggeberin und die Beklagte als Auftragnehmerin schlossen am 28. Februar 2017 einen Subplanervertrag ab und beendeten diesen per 31. März 2020 vorzeitig. Hauptstreitpunkt des vorliegenden Verfahrens ist die Höhe des der Beklagten geschuldeten Honorars für ihre bis zum Vertragsbeendigungszeitpunkt erbrachten Planerleistungen. Die Klägerin, welche während der Vertragsdauer regelmässig Zahlungen an die Beklagte geleistet hatte, ist der Meinung, sie habe letztere überbezahlt, und fordert CHF 1'896'872.20 zuzüglich Verzugszins von ihr zurück. Ihre Forderung begründet sie namentlich damit, dass sich das Planerhonorar nach den aufwandbestimmenden Baukosten des Projekts bestimme und die Beklagte die Leistungen der Teilphase 51 nicht vollständig erbracht habe.

Demgegenüber ist die Beklagte der Ansicht, sie sei unterbezahlt, und verlangt von der Klägerin widerklageweise ein über die bisherigen klägerischen Zahlungen gehendes Resthonorar von CHF 1'792'242.81 (eventualiter CHF 1'568'421.30) zuzüglich Verzugszins. Sie ist der Meinung, ursprünglich sei zwar vorgesehen gewesen, dass sich das Planerhonorar nach aufwandbestimmenden Baukosten berechne, doch sei es im Nachhinein pauschaliert worden. Zudem habe sie auch die Leistungen der Teilphase 51 vollständig erbracht.

## B. Prozessgeschichte

Am 13. März 2023 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage gegen die B1.\_\_\_\_\_ AG ein (act. 1 und act. 3/1–39). Nachdem das Gericht der Klägerin mit Verfügung vom 14. März 2023 einen Kostenvorschuss von CHF 39'000.– auferlegt hatte (act. 5), leistete sie diesen fristgerecht (act. 7 S. 1). In der Folge setzte das Gericht der B1.\_\_\_\_\_ AG mit Verfügung vom 18. April 2023 Frist zur Klageantwort an (act. 8). Nachdem die Klägerin mit Eingabe vom 19. April 2023 (Datum Poststempel) einen Antrag auf Berichtigung der Bezeichnung der Beklagten (B.\_\_\_\_\_ Holding AG anstatt B1.\_\_\_\_\_ AG) samt einstweiliger Abnahme der Frist zur Klageantwort gestellt hatte (act. 10), setzte das Gericht der B1.\_\_\_\_\_ AG mit Verfügung vom 20. April 2023 Frist an, um sich dazu zu äussern, und nahm die Frist zur Klageantwort einstweilen ab (act. 12). Die B.\_\_\_\_\_ Holding AG (ehemals B1.\_\_\_\_\_ AG) erklärte mit Eingabe vom 15. Mai 2023 (Datum Poststempel) fristgerecht ihre Zustimmung zur Berichtigung der Bezeichnung der Beklagten (act. 14). Mit Verfügung vom 16. Mai 2023 passte das Gericht das Rubrum hinsichtlich der Beklagten entsprechend an (B.\_\_\_\_\_ Holding AG anstatt B1.\_\_\_\_\_ AG) und setzte dieser Frist zur Klageantwort an (act. 17). Die Beklagte reichte am 21. August 2023 (persönlich überbracht) ihre Klageantwort sowie Widerklage ein (act. 19). Den mit Verfügung vom 22. August 2023 einverlangten Kostenvorschuss von CHF 39'000.– (act. 22) leistete die Beklagte fristgerecht (act. 24). Mit Verfügung vom 15. September 2023 wurde die Verfahrensleitung an Obergerichtsrätin Nicole Klausner als Instruktionsrichterin delegiert (act. 27). Die daraufhin am 26. März 2024 durchgeführte Vergleichsverhandlung führte zu keiner Einigung (act. 29; Prot. S. 11 f.). In der

Folge ordnete das Gericht mit Verfügung vom 28. März 2024 die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels und die Einholung der Widerklageantwort an (act. 32). Der von der Klägerin mit Eingabe vom 4. Juni 2024 gestellte Antrag auf einstweilige Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Aktivlegitimation der Beklagten für ihre Widerklage (act. 36) wurde mit Verfügung vom 5. Juni 2024 unter letztmaliger Erstreckung der Frist zur Replik und Widerklageantwort abgewiesen (act. 38). In der Folge reichte die Klägerin am 10. Juli 2024 (persönlich überbracht) die Replik und Widerklageantwort innert Frist ein (act. 41). Die Beklagte wahrte die ihr mit Verfügung vom 22. Juli 2024 zur Erstattung der Duplik und Widerklagereplik angesetzte Frist (act. 44) mit ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2024 (act. 46). Mit Verfügung vom 18. Oktober 2024 setzte das Gericht der Klägerin Frist zur Erstattung der Widerklageduplik an (act. 48), woraufhin diese mit Eingabe vom 29. Oktober 2024 um Ansetzung einer Frist zur Noveneingabe und Wahrnehmung des Replikrechts ersuchte (act. 50), was mit Verfügung vom 31. Oktober 2024 abgewiesen wurde (act. 51). Die am 13. Januar 2025 (Datum Poststempel) fristgerecht erstattete Widerklageduplik (act. 53) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 21. Januar 2025 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 56). In der Folge ergingen am 24. März 2025 (act. 58), 5. Mai 2025 (act. 62) und 16. Mai 2025 (act. 64) weitere Eingaben der Parteien.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2025 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 66). Mit Eingaben vom 14. Oktober 2025 (act. 68) bzw. 20. Oktober 2025 (act. 69) verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### **I. Formelles zur Klage**

#### 1. Nachklagevorbehalt

1.1. In Rechtsbegehren Ziff. 2 beantragt die Klägerin, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie sich die Geltendmachung weiterer Minderungs- und Schadenersatzforderungen gegenüber der Beklagten gestützt auf den Subplanervertrag in einem späteren Verfahren ausdrücklich vorbehält (act. 41 S. 2 und Rz. 3).

1.2. Wie weit die Rechtskraft eines Urteils zwischen denselben Parteien reicht, hängt von den gestellten Rechtsbegehren sowie vom Lebenssachverhalt ab, auf den sich diese stützen (STAEHELIN, in: STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. [fortan: "Zivilprozessrecht"], § 24 Rz. 16 ff.). Nicht ausschlaggebend ist insofern, ob ausserhalb dieses Streitgegenstands liegende Umstände im Erstprozess gerichtlich "anerkannt" oder vom Gericht auch nur zur Kenntnis genommen worden sind. Zur Klarstellung – insbesondere dass hinsichtlich des nicht eingeklagten Teils kein impliziter Verzicht vorliegt – kann es für eine Klägerin zwar ratsam sein, in ihren Rechtsschriften mittels eines Nachklagevorbehalts darauf hinzuweisen. Nimmt das Gericht von einem solchen indes nicht förmlich Vormerk, entsteht der klagenden Partei dadurch weder in diesem noch in einem allfälligen späteren Prozess ein Nachteil. Entsprechend fehlt es der Klägerin an einem schutzwürdigen Interesse, die Vormerknahme vom Gericht zu verlangen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018, E. 1.2; 4A\_113/2017 vom 6. September 2017, E. 1.2; 4A\_401/2011 vom 18. Januar 2012, E. 4). Folglich ist auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2 mangels Rechtsschutzinteresses von Amtes wegen nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 *e contrario* und Art. 60 ZPO; HGer ZH HG230002-O vom 12. November 2024, E. I./1.2 sowie HG230091-O vom 12. Februar 2025, E. I./1.2).

#### 2. Prozessvoraussetzungen

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (act. 21/7 S. 7 Ziff. 11 und Art. 17 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44

lit. b GOG ZH). Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass; auf die Klage ist mithin im übrigen Umfang einzutreten.

## **II. Materielles zur Klage**

### **A. Tatsächliches**

#### 1. Unbestrittener Sachverhalt

##### 1.1. Allgemeines

1.1.1. Die Klägerin schloss mit der D.\_\_\_\_\_ AG (fortan: "D.\_\_\_\_\_") am 20. September 2016 einen Generalplanervertrag betreffend Generalplanerleistungen im Projekt Hochbauentwicklung Zone A/Gepäcksortieranlage am D.\_\_\_\_\_. Kern dieses Projekts bildet die Erweiterung der bestehenden Gepäcksortieranlage. Es umfasst den Umbau der bestehenden Gebäude A4, D2 und V4 sowie die Erstellung des Gebäudes A40, des Frühgepäckspeichers und diverser Provisorien (act. 1 Rz. 24).

1.1.2. Im Rahmen dieses Projekts zog die Klägerin als Generalplanerin mit Subplanervertrag vom 28. Februar 2017 (fortan: "SPV"; act. 21/7) die B2.\_\_\_\_\_ AG als Subplanerin bei. Als Fachplanerin war letztere gemäss Ziff. 1.2 SPV für folgende Gewerke zuständig: Elektro; Fachkoordination; Mess-, Steuer-, Regel- und Leittechnik (fortan: "MSRL"); Heizung, Lüftung, Klima, Sanitär (fortan: "HLKS"); sowie die Leistungen Brandschutzplanung, Bauphysik und Akustik (act. 1 Rz. 25). Aus der Tabelle unter Ziff. 3.1 SPV ergibt sich, dass der SPV folgende Fachplanerleistungen gemäss Art. 3.2 der SIA-Ordnung für Leistungen und Honorare der Maschinen- und der Elektroingenieure sowie der Fachingenieure für Gebäudeinstallationen (Ausgabe 2003; fortan: "SIA 108/2003" oder "LHO 108") umfasst (s.a. SIA 112/2001, S. 6):

Phasen		Teilphasen	
2	Vorstudien	21	Projektdefinition, Machbarkeitsstudien
		22	Auswahlverfahren
3	Projektierung	31	Vorprojekt
		32	Bauprojekt
		33	Bewilligungsverfahren, Auflageprojekt
4	Ausschreibung	41	Ausschreibung, Offertvergleich, Vergabeantrag
5	Realisierung	<b>51</b>	<b>Ausführungsprojekt</b>
		52	Ausführung
		53	Inbetriebnahme, Abschluss

Die Leistungen bzw. das Honorar für Brandschutzplanung, Bauphysik und Akustik fielen ab der Phase 4 weg (act. 1 Rz. 85 und act. 41 Rz. 93; vgl. die entsprechenden Honorarberechnungen der Beklagten in act. 46 Rz. 81 f.). In der Folge kam es zu einer weiteren einvernehmlichen Reduktion des vertraglich vereinbarten Leistungsumfangs in Form eines Nachtrags Nr. 7 vom 25. September 2018 (act. 3/10). Darin hielten die Parteien fest, dass die Beklagte die Planerleistungen bis und mit Teilphase 51 vollumfänglich schuldet, hingegen die Planerleistungen gemäss Teilphasen 52 und 53 ab dem 1. Oktober 2018 grundsätzlich nicht mehr im Leistungsumfang der Beklagten enthalten sind. Sollte sie dennoch nachträglich Leistungen der Teilphasen 52 und 53 erbringen, seien diese mit CHF 136.– pro Stunde und einem Kostendach von CHF 120'000.– zu vergüten. Für die bis zum 1. Oktober 2018 erbrachten Leistungen der Teilphasen 52 und 53 vereinbarten die Parteien ein Pauschalhonorar von CHF 120'496.–. Dieses wurde der Beklagten von der Klägerin bezahlt. Daneben leistete die Klägerin (weiterhin) monatliche Zahlungen für die Leistungen der Teilphasen 31 bis 51 (act. 19 Rz. 121). Ausserdem anerkannte die

Klägerin am 21. Januar 2020 schriftlich Nachträge der Beklagten im Umfang von CHF 298'869.– (exkl. MWST; act. 3/15).

1.1.3. Schliesslich haben die Parteien im Frühling 2020 den SPV im gegenseitigen Einverständnis vorzeitig per 31. März 2020 beendet (act. 1 Rz. 16 und act. 19 Rz. 64+135). Im Rahmen der Klage liegt nun das Fachplanerhonorar für die Phasen 3 und 4 (Teilphasen 31 bis 41) sowie der Teilphase 51 im Streit (act. 41 Rz. 457).

## 1.2. Reorganisation der B. \_\_\_\_\_ Gruppe

Die Aktiven und Passiven der B2. \_\_\_\_\_ AG wurden durch Fusion per tt.mm.2017 von der B3. \_\_\_\_\_ AG übernommen (act. 3/5), welche ihrerseits durch Fusion per tt.mm.2021 von der Beklagten übernommen worden ist (act. 3/4; zum Ganzen act. 1 Rz. 5, 15, 22 und 25; act. 10 Rz. 6). Die Beklagte firmierte zu diesem Zeitpunkt als B1. \_\_\_\_\_ AG und nahm am tt.mm.2022 die jetzige Firma (B. \_\_\_\_\_ Holding AG) an; gleichentags übernahm die B4. \_\_\_\_\_ AG die freigewordene Firma B1. \_\_\_\_\_ AG. Mit Vermögensübertragungsvertrag vom tt.mm.2023 übertrug die Beklagte alle Aktiven und Passiven, welche das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten betreffen, auf die B1. \_\_\_\_\_ AG (vormals firmierend als B4. \_\_\_\_\_ AG; act. 21/4). Die Vermögensübertragung wurde am tt.mm.2023 im SHAB veröffentlicht (act. 19 Rz. 3 und act. 21/5).

## 1.3. Zahlungsstand der Klägerin

Bezüglich der bisher durch die Klägerin geleisteten Zahlungen für die Teilphasen 31 bis 51 gehen die Parteien übereinstimmend von einem Betrag von insgesamt CHF 4'762'058.01 (exkl. MWST) bzw. CHF 5'135'488.77 (inkl. MWST) aus (zum Ganzen act. 41 Rz. 92 ff., act. 53 Rz. 17, 378 f. und 555; act. 46 Rz. 173 ff. und act. 58 Rz. 465; vgl. act. 42/65).

1.4. Planungsstand der Beklagten betreffend Phasen 3 und 4 (Teilphasen 31–41)

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Beklagte die Planerleistungen der Teilphasen 31 bis 41 zu 100% erbracht hat (act. 46 Rz. 177 f. m.Verw. auf act. 41 Rz. 353).

2. Planungsstand der Beklagten betreffend Teilphase 51

In Bezug auf die von der Beklagten erbrachten Planerleistungen der **Teilphase 51** liegt hingegen ein bestrittener Sachverhalt vor, da die Parteien von unterschiedlichen Leistungsständen ausgehen.

2.1. Klägerin

2.1.1. Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte ihr die in der Teilphase 51 geschuldeten Ausführungspläne bei Vertragsbeendigung im März 2020 übergeben habe (act. 41 Rz. 241, 374, 386, 396 und 408). Überdies behauptet die Klägerin, die Beklagte habe ihre vertraglich geschuldeten Planerleistungen der Teilphase 51 fehlerhaft, verspätet oder nicht (vollständig) erbracht (act. 1 Rz. 56 ff.). Die von der Beklagten eingereichten Unterlagen würden nicht den für die Teilphase 51 vertraglich geschuldeten Leistungen entsprechen und es handle sich, zumindest teilweise, um Aliud-Lieferungen (act. 41 Rz. 238, 374, 386, 396 und 408). Entsprechend geht die Klägerin für diese Teilphase pro Gewerk höchstens von folgenden Leistungsständen aus (act. 1 Rz. 18, 77 f. und 84 und act. 41 Rz. 90):

Gewerk	Leistungsstand gem. Klage	Leistungsstand gem. Replik
Elektro	20%	20%
Fachkoordination	20%	20%
MSRL	0%	0%
HLKS	80%	70%

2.1.2. In Abweichung zur Klage und Schlussrechnung vom 15. Juli 2021 (act. 3/33) kommt die Klägerin in der Replik nach erneuter Prüfung der Unterlagen der Beklagten zum Schluss, dass der Leistungsstand beim Gewerk HLKS 10% weniger als bisher angenommen betrage, mithin 70% (act. 41 Rz. 2, 90 und 113; act. 53 Rz. 828).

## 2.2. Beklagte

2.2.1. Gemäss der Beklagten seien die klägerischen Ausführungen in Bezug auf die Leistungsstände der Teilphase 51 unsubstantiiert, würden bestritten und zurückgewiesen. Vielmehr habe sie (die Beklagte) für jedes der Gewerke die vertraglich geschuldeten Planerleistungen zu 100% erbracht. Die Klägerin lasse ausserdem ausser Acht, dass die Parteien in verschiedenen Sitzungen die Leistungsstände ausführlich diskutiert und am 2. Juli 2020 eine Vereinbarung darüber geschlossen hätten. Darin habe die Klägerin die Leistungsstände der Teilphase 51 von Elektro 80%, Fachkoordination 80%, MSRL 60% und HLKS 95% explizit anerkannt, indem sie "Einen Leistungsstand der Phase 51 von HLKS von 95%, E 80%, MSRL 60% und Fachkoordination 80%" gefordert habe (act. 21/27). Weiter erörtert die Beklagte, die Erklärung der Klägerin, wonach sich angeblich erst im Lauf der Weiterführung des Projekts das Ausmass nicht erbrachter Leistungen gezeigt habe, sei insofern nicht plausibel, als der Klägerin die Ausführungsplanung per 31. März 2020 übergeben worden sei, und sie erst über ein Jahr später die Unvollständigkeit der Pläne erkannt haben wolle (act. 19 Rz. 95 ff. und act. 46 Rz. 8).

2.2.2. Ferner weist die Beklagte darauf hin, das Ziel der Teilphase 51 bestehe gemäss der LHO 108 darin, die Ausführungsreife zu erreichen. Dafür seien im Wesentlichen Planerleistungen in Form von definitiven Berechnungen, Ausführungsplänen mit dem Massstab 1:50, Prinzipschemata, Mitwirkung bei der Koordination der Ausführungsunterlagen, Fachkoordination, Erstellen der Verträge mit den Unternehmen/Vergabe/Offertvergleich und Mitwirkung beim Nachführen des definitiven Ausführungsterminplans zu erbringen. Diese Leistungen habe sie für jedes der Gewerke vollständig erbracht (act. 19 Rz. 99 f.).

## 2.3. Beweislastverteilung

### 2.3.1. Vorbemerkungen

2.3.1.1. Im vorliegenden Verfahren gilt die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO. Demnach haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben (s.a. BGE 123 III 60 E. 3a = Pra 86 [1997] Nr. 107). Entsprechend trifft sie die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast (vgl. E. II/2.4). Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Die andere Partei trifft die Gegenbeweislast (BGer 4A\_82/2019 vom 3. Juli 2019, E. 2.1). Wer Ansprüche aus einem zweiseitigen Vertrag geltend macht, muss beweisen, dass er selbst bereits erfüllt bzw. die Erfüllung angeboten hat oder die Gegenpartei vorleistungspflichtig ist (Art. 82 OR).

2.3.1.2. Unbestritten ist, dass die Klägerin bereits während der Vertragsdauer in Tranchen Zahlungen an die Beklagte geleistet hat (vgl. E. II/1.3). Strittig zwischen den Parteien ist jedoch, ob eine Rückforderung allenfalls zu viel bezahlter Leistungen überhaupt möglich ist. Die Qualifikation der Klägerin, wonach es sich bei ihren Zahlungen um vorläufige *Akontozahlungen* handle, welche unter dem Vorbehalt der abschliessenden Abrechnung erfolgt seien – was unter anderem durch die Verwendung des Begriffs Akontorechnungen zum Ausdruck gebracht worden sei (act. 1 Rz. 43) –, wird von der Beklagten bestritten. Ihres Erachtens hätten sich die Parteien auf einen Zahlungsplan geeinigt, in welchem nicht Akontozahlungen, sondern endgültige *Teilzahlungen* vereinbart worden seien. Dies sei bereits eine logische Konsequenz aus der erfolgten Pauschalierung des Honorars (vgl. E. II/3.2). Dass im Zahlungsplan versehentlich falsch von "Konto" etc. die Rede sei, stehe dem nicht entgegen (act. 19 Rz. 120 ff. und Rz. 215).

2.3.1.3. Die rechtliche Einordnung der bisherigen Zahlungen hat nicht zuletzt Auswirkungen auf die Beweislastverteilung. Vorauszuschicken ist daher Folgendes: Akonto- bzw. Abschlagszahlungen haben *vorläufigen* Charakter (SCHUMACHER/MONN, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Vorbem.

Art. 144–148 N 1). Denn mit der Leistung bzw. der Entgegennahme von Akontozahlungen wird (stillschweigend) vereinbart, dass der Rechnungssteller nach Abwicklung des Vertrages definitiv Rechnung abzulegen und einen allfälligen Überschuss herauszugeben hat oder einen allfälligen Unterschuss nachfordern kann (BGE 126 III 119 E. 2b). Rückforderungsansprüche aus Überbezahlung sind diesfalls folglich *vertraglicher* Natur (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung [2017], Rz. 281; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Rz. 1163; s.a. BGE 126 III 119 E. 3d). Dies im Gegensatz zur *endgültigen* Natur von Teilzahlungen, bei der sich ein allfälliger Rückforderungsanspruch auf *Bereicherungsrecht* stützt. Dieser verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem die Verletzte von ihrem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 OR). Demgegenüber verjährt nach Art. 127 OR die Forderung auf Rückerstattung zu viel bezahlter Akontozahlungen grundsätzlich immer erst in zehn Jahren (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 127 N 9 m.Verw. auf BGE 127 III 421 E. 3c/bb und 126 III 119 E. 3; BGer 4C.397/2005 vom 1. März 2006, E. 2.2.1; 5C.69/2006 vom 23. Mai 2006, E. 2.3.1; gegenteilig noch BGE 107 II 220, wonach Art. 67 OR massgebend sei).

2.3.1.4. Bei einer Rückforderung von den Endpreis übersteigenden Akontozahlungen trägt die Rückforderungsschuldnerin (i.c. die Beklagte) die Beweislast für die Höhe ihrer Forderung und die Erfüllung ihrer Vertragspflichten (BK ZGB I-WALTER, Art. 8 N 534), mithin vor allem für die Höhe der erbrachten Leistungsprozente (STÖCKLI, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Aufl. [fortan: "Planerverträge"], Rz. 2.111 m.Verw. auf BGer 4A\_183/2011 vom 11. September 2012, E. 3.2; BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 2 und E. 4.4). Die Rückforderungsgläubigerin (i.c. die Klägerin) trifft in einer solchen Konstellation keine qualifizierte Bestreitungslast, denn eine solche bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien in dem Sinne, dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (BGer 4A\_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Erwartet werden kann jedoch, dass sich die Klägerin gegebenenfalls dazu äussern würde, welche Teilphasen sie als schlecht oder nicht erfüllt betrachtet.

2.3.1.5. Demgegenüber trägt bei einer Rückforderung infolge ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) nach Art. 8 ZGB die entreicherte Bereicherungsgläubigerin (i.c. die Klägerin) die Beweislast. Sie hat die rechtserzeugenden Voraussetzungen ihrer Forderung – u.a. das Fehlen eines Rechtsgrundes der Zuwendung – zu beweisen, zumal der gültige Rechtsgrund die Regel und sein Fehlen die Ausnahme darstellt (BGE 132 III 432 E. 2.1 und 3; BGE 106 II 29 E. 2; BK ZGB I-WALTER, Art. 8 N 309 und N 531).

2.3.1.6. Um die Beweislastverteilung vornehmen zu können, ist zu prüfen, ob es sich bei den bisherigen klägerischen Zahlungen um Akonto- oder Teilzahlungen handelt.

### 2.3.2. Qualifikation der klägerischen Zahlungen

2.3.2.1. In den Vertragsurkunden selbst verwenden die Parteien weder den Begriff Akontozahlung noch den Begriff Teilzahlung (oder davon abgewandelte Bezeichnungen). Was die Zahlungsmodalitäten betrifft, wird in Ziff. 4.1. SPV lediglich auf den Zahlungsplan verwiesen. Der von der Beklagten einerseits eingereichte und im Zeitpunkt der Unterzeichnung des SPV vorhandene – paraphierte – Zahlungsplan vom 14. Februar 2017 verwendet ebenfalls weder die Begriffe Akontozahlung/-rechnung noch Teilzahlung/-rechnung, betitelt gewisse Spalten jedoch mit der Bezeichnung "AK-Nr." (act. 21/9). Sodann räumt die Beklagte ein, dass sie in Verwendung desselben Dokumentenmusters wie für den ursprünglichen Zahlungsplan unter anderem die Spaltenbezeichnung "AK-Nr." verwendet habe (act. 19 Rz. 120). Ferner ist auf Ziff. 4.4 der (übernommenen) Allgemeinen Vertragsbedingungen für Planerleistungen der D.\_\_\_\_\_ (vgl. E. II/2.3) hinzuweisen, wonach der Planer Anspruch auf *Abschlagszahlungen* von mindestens 90% der vertragsgemäss erbrachten Leistung hat (act. 3/8).

2.3.2.2. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang eine E-Mail der Beklagten vom 20. März 2018 zu erwähnen, in welcher sie der Klägerin mitteilt, für die Gepäcksortieranlage liege noch kein endgültiger Vertragswert und Zahlungsplan vor, weshalb sie dafür erneut ein "Akonto" von CHF 100'000.– in Rechnung zu stellen gedenke

wie auch ein "Akonto" für den Werkhof von ca. CHF 50'000.– zuzüglich Nebenkosten. Ausserdem seien beim Aufwand für das Operation Center 1 "die gestellten *akonto* Rechnungen" abzuziehen (act. 3/14 [Hervorhebung hinzugefügt]). Ferner reicht die Beklagte einen Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 ins Recht (act. 21/21), worin ebenfalls von "Akonto-Nr." die Rede ist. In den Rechnungen der Beklagten wird denn auch (mit aller Wahrscheinlichkeit) auf diesen Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 verwiesen, auch wenn in besagten Rechnungen auf einen Zahlungsplan vom 12. Juni 2018 referenziert wird. Bei weiterer Konsultation dieser Rechnungen ergibt sich, dass darin Begriffe bzw. Bemerkungen wie "Verrechnung: *Abschlagszahlung* gem. Zahlungsplan vom 12.06.2018", "bisherige *Akontozahlungen*", "Stand Rückbehalte (10% *Akontos*)" und "7. *Akontorechnung*" vorhanden sind (act. 21/24–26 [Hervorhebungen hinzugefügt]).

2.3.2.3. Insgesamt werden die Zahlungen der Klägerin in den erwähnten Urkunden und der nachträglichen Korrespondenz der Parteien somit durchwegs als *Akontozahlungen* und nicht als *Teilzahlungen* bezeichnet. Die wiederholte beidseitige und unmissverständliche Verwendung solcher Begriffe ("Akonto" oder "AK") spricht dafür, dass die Parteien auch tatsächlich *Akontorechnungen* und *Akontozahlungen* gemeint haben. Einzig in Ziff. 14 der (übernommenen) Allgemeinen Bedingungen für Bauprojekte (act. 3/8) ist festgehalten, dass *Teilzahlungen* gemäss dem Zahlungsplan, höchstens jedoch entsprechend 90% des tatsächlich geleisteten Arbeitsumfanges, erfolgen (Abs. 2) und die Rechnungen, nach vorgängiger Absprache mit der Bauleitung, vom Unternehmer übereinstimmend mit dem vertraglichen Leistungsverzeichnis in *Teilbeträge* zu gliedern bzw. nach *Baulosen* und *Baukostenplan* bzw. *Norm-Positionen-Katalog* aufzuteilen seien (Abs. 5). Diese Regelung ist im Gesamtkontext jedoch insofern nicht weiter einschlägig, als dieses Dokument älter und damit nachrangig ist.

2.3.2.4. Nach dem Ausgeführten war die Bedeutung des Begriffs "Akonto" beiden Parteien bewusst und sie haben ihn mit Wissen und Willen verwendet. Diese Schlussfolgerung, dass im eigentlichen Sinne *Akontozahlungen* der Klägerin gemeint waren und erfolgt sind, wird auch durch den Umstand gestützt, dass es sich bei den Parteien um professionelle und einschlägig geschäftserfahrene Bauakteure

handelt, die seit mehreren Jahren in der Baubranche tätig sind und welchen die unterschiedliche Bedeutung von Akonto- und Teilrechnungen bestens vertraut sein muss, zumal Planerleistungen nicht erst im Nachhinein, sondern noch vor vollständiger Leistungserbringung und damit fortlaufend (sei es durch eine Akonto-Vergütung oder Begleichung im Teilbetrag) bezahlt werden. Überdies sind in den eingereichten Zahlungsplänen (act. 21/9+21) monatliche Zahlungen in jeweils gleicher Höhe vorgesehen, was typisch für Akontozahlungen ist, und nicht etwa unterschiedlich hohe Zahlungen für unterschiedlich definierte Teilplanungen, was für Teilzahlungen sprechen würde. Auch im SPV wurden keine Planungsetappen mit konnexen Teilzahlungen definiert. Der in Ziff. 4.1 SPV vorgesehene Rückbehalt von 10% spricht weiter für Akonto- und gegen Teilzahlungen, zumal letztere in der Regel die vollständige Vergütung einer erbrachten Teilleistung darstellen würden, was bei Vereinbarung eines Rückhalts gerade nicht der Fall ist. In diesem Zusammenhang ist zudem auf die bereits erwähnte E-Mail der Beklagten vom 20. März 2018 zurückzukommen. Die darin beschriebene Situation eines zeitweise nicht vorhandenen Zahlungsplanes sowie der Vorschlag, sich betreffend diesen Zeitraum auf Akontozahlungsbeträge zu einigen, spricht ebenfalls in aller Deutlichkeit für die Qualifikation der geleisteten Zahlungen als Akontozahlungen. Der Beklagten ging es offenbar und für die Klägerin ersichtlich in erster Linie darum, dass regelmässige Zahlungen der Klägerin fliessen, aber nicht um die abschliessende Honorierung ihrer erbrachten Teilleistungen. Insofern ist auf einen natürlichen Konsens zu schliessen, wonach die Parteien Akonto- und nicht Teilzahlungen vereinbart haben. Zu keinem anderen Ergebnis würde im Übrigen eine wortgetreue und teleologische Auslegung führen.

2.3.2.5. Das Argument der Beklagten, wonach nur schon aufgrund einer (nachträglichen) Pauschalierung des Honorars auf eine Vereinbarung von Teilzahlungen geschlossen werden müsse bzw. dies eine zwingende Konsequenz der Pauschalierung sei (act. 19 Rz. 120+215), überzeugt dagegen nicht. Vielmehr ist gerichtsnotorisch, dass in der Baubranche auch bei vereinbarten Honorarpauschalen häufig Akontozahlungen vereinbart werden, was letztlich auch von beiden Parteien bestätigt wurde (act. 41 Rz. 451 und act. 46 Rz. 335). Gerade bei grösseren Projekten wie dem Vorliegenden, bei welchen häufig Anpassungen des Leistungsumfanges

notwendig sind, macht dies durchaus Sinn. Zudem hatte die Klägerin im Zeitpunkt der Pauschalierung (vgl. E. II/3.3) bereits über 30 Zahlungen geleistet (act. 21/57). Eine Pauschalierung des Vertragspreises vermag vorläufige Akontozahlungen nicht zu definitiven Teilzahlungen werden lassen, weshalb die klägerischen Zahlungen ungeachtet dessen weiterhin als Akontozahlungen qualifizieren.

2.3.2.6. Nach dem Ausgeführten sind die Zahlungen der Klägerin als Akontozahlungen zu qualifizieren. Deshalb trägt die Beklagte als Rückforderungsschuldnerin die Beweislast für die Erfüllung ihrer Leistung, den Anteil der erbrachten Leistungsprozente und somit die Höhe ihrer Forderung. Sie hat folglich zu behaupten und zu beweisen, durch welche genauen Verrichtungen sie per Vertragsende welchen Leistungsstand in Prozent erreicht hat, aus dem sie ihre Honorarforderung herleitet (s.a. HGer ZH HG190086-O vom 20. Oktober 2021, E. II/2.3.2.2 f.).

2.3.2.7. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch festzuhalten, dass die Beklagte mit ihrer Verjährungseinrede (act. 19 Rz. 127 f.) nicht durchdringt, zumal die klägerischen Zahlungen nicht als Teilzahlungen zu werten sind und die zehnjährige Frist gemäss Art. 127 OR folglich nicht abgelaufen ist.

#### 2.4. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

2.4.1. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. So hat eine Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen widerspruchsfrei behauptet werden. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet die Gegenseite hingegen den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in ihren Grundzügen, sondern in all ihre Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen

und der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.1 f.). Je komplexer ein Sachverhalt ist, desto eingehender muss dabei auf die sich stellenden Sachfragen eingegangen werden. Technische Sachverhalte sind so darzulegen, dass sie auch von technischen Laien mühelos verstanden werden können (JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen, in: Der handelsgerichtliche Prozess, CIVPRO 14, S. 55 ff., 65). Kommt eine Partei ihrer Substantiierungslast nicht oder nur ungenügend nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 3; vgl. BGE 108 II 337 E. 3 m.w.H.).

2.4.2. Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen der Gegenseite damit bestritten werden. Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung: Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet (BGE 147 III 440 E. 5.3; 144 III 519 E. 5.2.2.3). Grundsätzlich nicht darzutun hat die beweisbefreite Partei, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.3). Hingegen trifft eine Partei bei einer Tatsache, welche sie direkt betrifft, eine qualifizierte Bestreitungslast, weil ihr eine substantiierte (begründete) Bestreitung ohne Weiteres möglich und zumutbar ist, da sie die Verhältnisse kennt (zum Ganzen BGE 133 III 43 E. 4.1; BGer 4A\_36/2021 vom 1. November 2021, E. 5.1.3). In diesem Licht sind die Vorbringen der Parteien zu prüfen.

## 2.5. Tatsachenvortrag und Beweisofferten der Beklagten

Wie vorne erwähnt, behauptet die Beklagte, sie habe die Planerleistungen in der Teilphase 51 zu 100% erbracht. Bei Bestreitung durch die Klägerin beantragt sie (zusätzlich) die Einholung eines Gutachtens zur Feststellung ihrer Leistungsstände der Teilphase 51 (act. 19 Rz. 98; act. 46 Rz. 180 und 215).

### 2.5.1. Klageantwort

2.5.1.1. In der Klageantwort listet die Beklagte über rund sechs Seiten stichwortartig auf, welche Leistungen sie in der Teilphase 51 erbracht haben will, wobei sie eine Aufteilung in Elektro, MSRL, Heizung/Kälte, Lüftung, Sanitär und Fachkoordination vornimmt (act. 19 S. 56–61). Unter diesen Rubriken gliedert sie die Planerleistungen (definitive Berechnungen, Ausführungspläne, z.T. Prinzipschemata, Mitwirkung bei der Koordination der Ausführungsunterlagen, Fachkoordination und Mitwirkung beim Nachführen des definitiven Ausführungsterminplans) sowie das Erstellen der Verträge mit den Unternehmen/Offertvergleich, nennt kurze Stichworte und sodann die Beilagen (act. 21/33 [Elektro mit 28 Bundesordnern], act. 21/34 [MSRL mit 4 Bundesordnern], act. 21/35 [Heizung/Kälte mit 3 Bundesordnern], act. 21/36 [Lüftung mit 4 Bundesordnern], act. 21/37 [Sanitär mit 4 Bundesordnern] sowie act. 21/38 [Fachkoordination]) bzw. den Unterordner, wo die jeweiligen Zusammenstellungen, Dokumente und Arbeitsergebnisse zu finden seien (act. 19 Rz. 100 ff.).

2.5.2. Zur näheren Veranschaulichung des Tatsachenvortrags der Beklagten sollen im Folgenden exemplarisch vier geschuldete Leistungen aus dem Gewerk Elektro herangezogen werden (Zusammenstellung Leistungsbedarf, Kabelliste, Energiezonenpläne sowie Technikraumbuch). Die Behauptungen der Beklagten zur Erbringung dieser Leistungen beschränken sich auf Folgendes (act. 19 Rz. 101):

- Zusammenstellung Leistungsbedarf Elektro (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 1)
- Kabelliste (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 2)
- Energiezonenpläne Elektro (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 3)
- Technikraumbuch (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 4)

In dem als entsprechenden Beweis offerierten Ordner Nr. 1 (act. 21/33) sind zahlreiche Dokumente vorhanden. Wiederum exemplarisch wird im Folgenden ein Energiezonenplan aus dem Register Nr. 3 aufgeführt (act. 21/33/3 Bl. 2):

[Energiezonenplan]

### 2.5.3. Duplik

2.5.3.1. In der Duplik umschreibt die Beklagte zunächst, welche Leistungen die Parteien für die Teilphase 51 gemäss Art. 4.51 LHO 108 vereinbart hätten (act. 46 Rz. 181 ff.). Alsdann operiert sie mit zwei Nachweisansätzen:

- Einerseits will die Beklagte die erbrachten Leistungen der Teilphase 51 *anhand des Bauprojekts* weitergehend substantiieren (act. 46 Rz. 214 ff.). Dazu stellt sie die in der Teilphase 51 erbrachten Leistungen bzw. Unterlagen den Leistungen des genehmigten Bauprojekts (Teilphase 32) gegenüber. Denn dieses beschreibe unbestrittenermassen und in detaillierter Form die Grundlage, auf welcher sie (die Beklagte) die darauffolgenden Ausführungsunterlagen erstellt habe. Mit anderen Worten habe sie die Ausführungsunterlagen im Wesentlichen dadurch erstellt, indem sie die zuvor für das Bauprojekt erstellten Unterlagen weiterverarbeitet bzw. verfeinert habe. Die Gegenüberstellung nimmt die Beklagte insofern vor, als sie pro Gewerk zunächst die im Rahmen des Bauprojekts abgelieferten Unterlagen anhand der Planlieferungsliste zum Bauprojekt (act. 47/85) darstellt und daneben bzw. darunter die im Rahmen der Ausführungsplanung abgelieferten Unterlagen anhand der Planlieferliste des jeweiligen Gewerks (act. 21/33–38) darstellt. Sie kopiert dazu diverse Tabellen in ihre Rechtsschriften (act. 46 Rz. 217 ff. und act. 47/89).
- Andererseits will die Beklagte die erbrachten Leistungen der Teilphase 51 *anhand der Vorgaben der LHO 108* darlegen (act. 46 Rz. 224 ff.). Zu diesem Zweck erstellte sie pro Gewerk (mit Ausnahme der Fachkoordination) eine Tabelle, bestehend aus den Spalten (i) Grundleistungen, (ii) Leistungsanteil "q" in % (act. 47/84 zu entnehmen), (iii) Erbracht in % (betrage stets 100%) und (iv) Nachweis. In letzterer Spalte listet sie über rund 15 Seiten stichwortartig und unter Verweis auf diverse Beilagen auf, welche Leistungen sie in der Teilphase 51 erbracht haben will, wobei sie wiederum eine Aufteilung in

Elektro, MSRL, Heizung/Kälte, Lüftung, Sanitär und Fachkoordination vornimmt (act. 46 S. 160–174).

2.5.3.2. Wiederum sollen zur näheren Veranschaulichung des Tatsachenvortrags der Beklagten exemplarisch die vorstehend genannten Leistungen aus dem Gewerk Elektro herangezogen werden (Zusammenstellung Leistungsbedarf, Kabelliste, Energiezonenpläne sowie Technikraumbuch). Die in der Duplik enthaltenen Behauptungen der Beklagten zur Erbringung dieser Leistungen beschränken sich auf Folgendes:

- Nachweis *anhand des Bauprojekts* (act. 46 Rz. 220 m.Verw. auf act. 47/86 S. 10–11):

[Tabelle Gesamtwerk Elektro]

- Nachweis *anhand der Vorgaben der LHO 108* (act. 46 Rz. 226):

<b>Grundleistungen</b>	<b>Leistungsanteil "q"<sup>40</sup></b>	<b>Erbracht:</b>	<b>Nachweis</b>
<b>Gesamtleitung</b> Umsetzen der PQM-Massnahmen	0%	100%	Vgl. Rz. 194
<b>Ausführungsunterlagen:</b>			
Durchführen der definitiven Berechnungen	8.00%	100%	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zusammenstellung Leistungsbedarf Elektro (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 1)</li> <li>• Kabelliste (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 2)</li> <li>• Energiezonenpläne Elektro (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 3)</li> <li>• Technikraumbuch (vgl. Beilage 33, Ordner Nr. 1, Register Nr. 4)</li> </ul>

#### 2.5.4. Würdigung

2.5.4.1. Nachdem die Klägerin den Leistungsstand von 100% für die Teilphase 51 genügend bestritten hat (act. 41 Rz. 238, 374 ff., 386 ff., 396 ff., 408 ff. und 437 ff.), greift die über die bloße Behauptungslast hinausgehende Pflicht der Beklagten, ihren Standpunkt genügend zu substantiieren (vgl. E. II/2.4.1). Angesichts der hohen technischen Komplexität des Bauprojekts und der Vielzahl der eingereichten Beilagen (u.a. über 40 Bundesordner mit Plänen) sind diese nicht selbsterklärend. Es ist daher unumgänglich, im Sachvortrag konkret und detailliert zu beschreiben, welche geschuldete Leistung durch welche Handlung und mit welchem Arbeitsergebnis in welchem Umfang erbracht worden sein soll. Indem die Beklagte ihren Tatsachenvortrag allerdings lediglich auf Stichworte und Verweise auf die umfangreichen, nicht selbsterklärenden Beilagen beschränkt, wie auch die vorne illustrierten Beispiele zeigen, erweist sich dieser als zu wenig spezifisch und nicht nachvollziehbar, obwohl wegen der schon erwähnten erhöhten Komplexität des Sachverhaltes und der substantiierten Bestreitung durch die Gegenseite zwingend auf die sich stellenden Sachfragen im Einzelnen einzugehen gewesen wäre. Es geht auch keineswegs an, Unterlagen einzureichen, aus denen im Rahmen der Urteilsfindung der entscheidungsrelevante Sachverhalt erst herausgefiltert werden müsste. Unter Geltung der Verhandlungsmaxime ist es gerade nicht Aufgabe des Gerichts, anhand der eingereichten Unterlagen den rechtlich relevanten Sachverhalt für die beweisbelastete Partei zu eruieren. Die Beklagte unterlässt es namentlich gänzlich, inhaltlich auf die eingereichten Ausführungspläne einzugehen und die erbrachten Fachplanerleistungen anhand der verschiedenen Gebäude und Geschosse zu kommentieren und zu erläutern. Sie tut dies auch nicht in groben Zügen. Es fehlen Behauptungen zu essentiellen Sachverhaltselementen, beispielsweise wann welche Mitarbeiter der Beklagten welche einzelnen Pläne in welcher Detaillierung ausfertigten und aus welchen Gründen die Pläne in welchem Massstab erstellt und geprüft wurden (vgl. E. II/2.2.2). Die behauptungsbelastete Beklagte lässt entscheidende Umstände somit völlig im Dunkeln und versäumt es damit, wesentliche Faktoren in ihren Rechtsschriften überhaupt zu behaupten. Damit erfüllt sie die Anforderungen an die Substantiierungslast bei Weitem nicht.

2.5.4.2. Sodann ist der Klägerin zuzustimmen, dass sich ein Vergleich zwischen dem Bauprojekt (Teilphase 32) und dem Ausführungsprojekt (Teilphase 52) insofern als untauglich erweist, als dazwischen die Ausschreibungsphase (Teilphase 41) liegt (act. 53 Rz. 458 und 465 f.). Unabhängig davon, ob ein solch vergleichsweises Vorgehen überhaupt zielführend ist oder nicht, lässt die Beklagte offen, warum sie nicht oder nicht auch einen Vergleich mit der Ausschreibungsphase (Teilphase 41) vorgenommen hat.

2.5.4.3. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausginge, dass die von ihr genannten Leistungen diejenigen darstellen, welche die Parteien als für die Teilphase 51 gemäss Art. 4.51 SIA 108/2003 "Ausführungsprojekt" geschuldet vereinbart haben (vgl. act. 46 Rz. 192), ist nicht aufgeschlüsselt, inwiefern sie alle dafür notwendigen Einzelarbeiten erbracht haben soll, und es ist somit im Ergebnis auch deswegen festzuhalten, dass die Beklagte die Anforderungen an die Substantiierung nicht erfüllt.

2.5.4.4. Wie die Klägerin schliesslich unter Verweis auf die Rechtsprechung richtigerweise ausführt (act. 41 Rz. 359 f.), ist die Substantiierung dem Beweisverfahren vorgelagert und hat dieses gleichsam zu ermöglichen. Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende substantiierte Behauptungen zu ersetzen (BGer 4A\_446/2020 vom 8. März 2021, E. 2.3; HGer ZH HG150238-O vom 5. April 2017, E. 1.2.1; HGer ZH HG210156-O vom 18. August 2023, E. 4.4.2). Zumal ein Gutachten in Form von Antworten auf konkrete Fragen genügend konkrete und substantiierte Parteibehauptungen voraussetzt, über welche eine sachverständige

Meinung abgegeben werden kann. Die Beklagte ist ihrer Substantiierungspflicht aber nicht nachgekommen, so dass vorliegend kein gerichtliches Gutachten i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. d und Art. 183 ff. ZPO eingeholt werden kann.

2.5.4.5. Aus diesen Gründen müssen die unsubstantiierten Behauptungen der behauptungsbelasteten und beweispflichtigen Beklagten zum Leistungsstand der Teilphase 51 unberücksichtigt bleiben.

## 2.6. Aktenschluss und behauptete Anerkennungen

2.6.1. Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Dies gilt sowohl in Bezug auf die Klage als auch auf die Widerklage (HGer ZH HG210127-O vom 11. Juli 2024, E. 1.5). Entsprechend ist der Aktenschluss bezüglich der Klage nach Erstattung der Duplik und der Aktenschluss bezüglich der Widerklage nach Erstattung der Widerklageduplik eingetreten (Art. 229 Abs. 1 aZPO und Art. 407f ZPO *e contrario*). Ausführungen in der Widerklageduplik sind folglich nur für die Beurteilung der Widerklage, nicht aber für die Klage zu berücksichtigen (vgl. BGer 4A\_196/2020 vom 16. Juli 2020, E. 4). Wenn Klage und Widerklage identische Aspekte aufweisen, besteht zwar die Möglichkeit, dass die Widerbeklagte sich faktisch dreimal unbeschränkt dazu äussern und Noven einbringen kann. Die anwaltlich vertretene Beklagte, welche die Widerklage im gleichen Schriftsatz wie die Klageantwort einreicht, kann aus diesem Umstand jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten. Denn durch das gemeinsame Einreichen von Klageantwort und Widerklage (act. 19) hat sie der Verbindung der beiden Schriftenwechsel und den sich daraus ergebenden Konsequenzen implizit zugestimmt, zumal es ihr auch möglich gewesen wäre, diese beiden Rechtschriften separat einzureichen (siehe SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014 = ZStV Bd. 177], Rz. 1073 f., 1077 und 1086). Vorauszuschicken ist an dieser Stelle, dass vorliegend in der Widerklageduplik der Klägerin ohnehin keine nennenswerten Vorbringen bezüglich ihrer Klage enthalten sind. Nach dem Ausgeführten erweist sich der Einwand der Beklagten, der Klägerin

stehe ein unbeschränkter Tatsachenvortrag mehr als ihr zur Verfügung (act. 58 Rz. 40), als unbegründet.

2.6.2. Bezüglich des Leistungsstands der Teilphase 51 behauptet die Beklagte in der Stellungnahme zur Widerklageduplik sodann, der Klägerin sei gemäss Nachtrag Nr. 7 eine zehntägige Prüf- und Überarbeitungsfrist zur Verfügung gestanden, welche sie ungenutzt habe verstreichen lassen, womit ihre Leistungen (der Beklagten) der Teilphase 51 zu 100% anerkannt seien (act. 58 Rz. 474 ff.). Die Beklagte hat dieses Argument erst nach Aktenschluss vorgebracht, weshalb es nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 aZPO berücksichtigt werden kann. Der Nachtrag Nr. 7 liegt indes bereits seit Klageeinreichung im Recht, und die Beklagte liefert keine Gründe, warum es ihr nicht möglich gewesen wäre, den ausgebliebenen Protest der Klägerin spätestens in der Duplik substantiiert vorzubringen. Folglich erweist sich dieses Vorbringen als verspätet und die Beklagte ist damit nicht zu hören.

2.6.3. Die Beklagte berief sich aber schon früher im Verfahren auf eine (zumindest in höherem Ausmass erfolgte) Anerkennung der Leistungsstände durch die Klägerin, indem die Beklagte behauptete, in der am 2. Juli 2020 zwischen den Parteien getroffenen "Vereinbarung in Sachen Projekt GSA am D. \_\_\_\_\_" (act. 21/27) liege eine explizite Anerkennung der Klägerin folgender Leistungsstände vor (act. 19 Rz. 96+146): Elektro 80%, Fachkoordination 80%, MSRL 60% und HLKS 95%. Da-

bei beruft sich die Beklagte im Wesentlichen auf folgende Passage und leitet daraus eine Anerkennung der Leistungsstände der Teilphase 51 ab:

- B.\_\_\_\_\_ fordert:

- o Phase 41 auf KV Summe pauschal abgerechnet
- o Nachträge von CHF 700'000 werden akzeptiert und bezahlt
- o Phase 51 Abrechnung auf Prognose mit Leistungsstand 100% (kein Präjudiz zur Anerkennung der Abrechnung auf Prognose)
- o Abrechnung der Phase 52 gem. Vereinbarung Nachtrag 1 nach effektivem Aufwand

- A.\_\_\_\_\_ fordert:

- o Eine Abrechnung der Phasen 41 und 51 nach Prognose Stand April 2020
- o Nachträge gem. Auflistung vom 21.1.2020 vergüten. Dabei ist A.\_\_\_\_\_ bereit noch nicht aufgeführte Nachträge insgesamt von CHF 450'000 zu akzeptieren
- o Einen Leistungsstand der Phase 51 von HLKS von 95%, E 80%, MSRL 60% und Fachkoordination 80%

2.6.4. Dem Standpunkt der Beklagten kann freilich nicht gefolgt werden. Wenn eine Partei etwas von einer anderen "fordert", zeigt das gerade, dass das Geforderte zum Erklärungszeitpunkt nicht vorliegt. In der sogenannten Vereinbarung werden somit keine Leistungsstände festgelegt oder anerkannt, sondern Bestrebungen der Parteien festgehalten. Entsprechend ist nicht von einer verbindlichen Anerkennung der Leistungsstände durch die Klägerin, sondern weiterhin von einer vollen Beweislast der Beklagten betreffend ihre in der Teilphase 51 erbrachten Leistungen auszugehen (vgl. BK ZGB I-Walter, Art. 8 N 473 ff.).

## 2.7. Zwischenfazit

Die beweisbelastete Beklagte scheitert am Erfordernis, höhere als die von der Klägerin behaupteten Leistungsstände substantiiert behaupten zu müssen. Ebenso wenig gelingt es der Beklagten, vor Aktenschluss eine verbindliche Anerkennung von höheren Leistungsständen durch die Klägerin geltend zu machen. Demnach hat die Beurteilung darauf zu basieren, dass die Beklagte in der Teilphase 51 die Fachplanerleistungen in folgendem Umfang erbracht hat: **Elektro 20%, Fachkoordination 20%, MSRL 0% und HLKS 80%**. Bezüglich letzterem Gewerk HLKS ist die Klägerin auf ihre Angabe in der Klageschrift bzw. Schlussrechnung vom 15. Juli 2021 (act. 3/33) zu behaften, weil sie nicht näher bzw. schlüssig ausführt, inwiefern

sie nach erneuter Prüfung der beklagischen Unterlagen in Widerspruch zum früher Gesagten zum Schluss gekommen ist, dass der Leistungsstand beim Gewerk HLKS nur 70% beträgt.

## **B. Rechtliches**

### 1. Passivlegitimation der Beklagten

Gemäss Art. 75 Abs. 1 FusG haftet die bisherige Schuldnerin bei einer Vermögensübertragung nach dem FusG für die vor derselben begründeten Schulden während drei Jahren solidarisch mit der neuen Schuldnerin. Dabei handelt es sich um eine echte Solidarität i.S.v. Art. 143 Abs. 2 OR, sodass die Gläubigerin gestützt auf Art. 144 Abs. 1 OR von den Solidarschuldnerinnen je nur einen Teil oder das Ganze fordern kann. Weil die Klage vom 13. März 2023 datiert und damit deutlich vor dem 16. Juni 2026 – dem Ablauf der dreijährigen Frist seit Publikation der Vermögensübertragung von der Beklagten auf die B1.\_\_\_\_\_ AG (vgl. E. II/1.2) – eingereicht worden ist, ist die Beklagte hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten Forderung passivlegitimiert.

### 2. Vertragsverhältnis

#### 2.1. Qualifikation des SPV

2.1.1. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Planerverträge wie folgt zu qualifizieren: Sind gemäss Planervertrag allein Planungsarbeiten geschuldet, die in einem Plan und einem zu realisierenden Projekt ihren Niederschlag finden, untersteht der Vertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag. Sind hingegen allein die Bauleitung bzw. -aufsicht, die Vergabe von Arbeiten oder die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages geschuldet, untersteht der Vertrag den Bestimmungen über den Auftrag. Übernimmt die Planerin sämtliche Planerleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Projektierung und die Bauausführung, spricht man von einem sogenannten Gesamtvertrag, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist. Das Bundesgericht qualifiziert ihn als gemischten Vertrag mit werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Elementen (zum Ganzen BGE 134 III 361 ff. E. 5.1 = Pra 98 [2009] Nr. 8; 127 III 543 E. 2a = Pra

2001 [Nr. 194] S. 1179 f.; BGer 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013, E. 3; 4A\_53/2012 vom 31. Juli 2012, E. 3.4).

2.1.2. Die Beklagte hatte (zwar nur) spezifische Fachplanerleistungen zu erbringen, diese gemäss Ziff. 1.2 Abs. 2 SPV jedoch für alle Teilphasen der SIA-Ordnungen 102/2003 und 112/2001. Neben Projektierungsarbeiten gehörten somit beispielsweise auch die Ausarbeitung des Kostenvoranschlages, die Vergaben oder die (Fach-)Bauleiterarbeiten zu ihren Aufgaben, weshalb i.c. ein Gesamtvertrag vorliegt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der SPV folglich als gemischter Vertrag zu qualifizieren.

## 2.2. Bestandteile des SPV

In Ziff. 2 SPV haben die Parteien die Vertragsbestandteile definiert und deren Rangfolge im Falle eines Widerspruchs wie folgt geregelt, wobei im Übrigen das jüngere Dokument dem Älteren vorgeht:

1. Die Vertragsurkunde (act. 21/7) mit den in Ziff. 12 und Ziff. 13 SPV aufgeführten Anhängen und Beilagen;
2. die (massgeblichen) Leistungs- und Honorarordnungen/Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architekturvereins für die Projektierung von Bauwerken, insbesondere gemäss Vertragsversion der Klägerin SIA 102/2003 und 108/2003 (act. 1 Rz. 9+15 und act. 3/3), gemäss Vertragsversion der Beklagten SIA 112/2001 und 108/2003 (act. 46 Rz. 32 f. und act. 21/7);
3. das schweizerische Recht.

## 2.3. Insbesondere: Beilage 4

Ziff. 2.1.1 SPV verweist u.a. auf die Beilagen gemäss Ziff. 13 SPV als integrative Vertragsbestandteile. Darin sind insbesondere folgende Dokumente aufgeführt:

- Beilage 4 Anhang I: Allgemeine Vertragsbedingungen für Planerleistungen der D. \_\_\_\_\_ (fortan: "AVB-D. \_\_\_\_\_"; act. 3/8 [= act. 21/13] S. 1–7);

- Beilage 4 Anhang II: Änderungen und Ergänzungen zu den Ordnungen SIA 102, 103 und 108 (2003) vom 29. Februar 2016 (act. 3/8 S. 8+9);
- Beilage 4 Anhang III: Besondere Bedingungen und Vorschriften der D.\_\_\_\_\_ (act. 3/8 ab S. 10) vom 29. Februar 2016 (Allgemeine Bedingungen für Bauprojekte [fortan: "ABB-D.\_\_\_\_\_"] / Umweltschutzbestimmungen für Bauprojekte / Sicherheitsbestimmungen für ...ausweisträger / Zollvorschriften für den D.\_\_\_\_\_).

In Art. 3.1 und Art. 8.3 SPV finden sich sodann weitere Verweise auf diese Anhänge. Sie qualifizieren als Allgemeine Geschäftsbedingungen (fortan: "AGB"). AGB sind typischerweise für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwenderin) der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt. Vorliegend ist strittig, ob insbesondere die AVB-D.\_\_\_\_\_ und ABB-D.\_\_\_\_\_ in den SPV einbezogen worden sind und falls ja, wie sie auszulegen sind.

### 2.3.1. Übernahme von AGB in SPV

2.3.1.1. AGB sind keine Rechtsnormen. Sie werden nur Vertragsinhalt, wenn ein entsprechender Konsens der Parteien i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR vorliegt (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. [fortan: "Obligationenrecht AT"], Rz. 44.01 und 45.01). Die Übernahme in das Vertragsverhältnis kann auch durch Verweisung und ohne (genaue) inhaltliche Kenntnisnahme erfolgen. Hat eine Partei zu den AGB ihr Einverständnis abgegeben, den Inhalt der AGB aber nicht im Einzelnen gelesen, zur Kenntnis genommen oder deren Tragweite verstanden, handelt es sich um eine sogenannte Globalübernahme. Entsprechend sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel; BGE 148 III 57 E. 2.1.3). Das Gegenstück zur Globalübernahme bildet die sogenannte Vollübernahme. Bei der Vollübernahme erklärt sich jemand mit den AGB einverstanden, nachdem er sie vollständig gelesen, zur Kenntnis genommen und verstanden hat. Die Ungewöhnlichkeitsregel findet bei der Vollübernahme keine Anwendung. Ob die Vermutung, dass eine Globalübernahme vorliegt, nur gegenüber Konsumenten oder auch zwischen Geschäftsleuten greift (vgl. act. 53

Rz. 121), kann vorliegend offengelassen werden, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

2.3.1.2. Die Klägerin ist der Auffassung, eine Vollübernahme liege aufgrund des Verweises in Ziff. 3.1 SPV auf die AVB-D.\_\_\_\_\_ sowie des Verweises in Ziff. 8.3 SPV auf die Anhänge I–III vor (act. 41 Rz. 38). Die Beklagte bestreitet dies mit der Begründung, diese Verweise seien zu generisch, so dass überhaupt nicht zu erkennen sei, was damit gemeint und bezweckt gewesen sei. Deshalb greife die Vermutung der Globalübernahme, sofern überhaupt ein Konsens vorliege (act. 46 Rz. 25 ff.).

2.3.1.3. Bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin handelt es sich nicht um eine Laiin oder um eine von Laien geführte Unternehmung, sondern sie gehört als Konzerngesellschaft zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe und agiert damit als ein in der Baubranche führendes Ingenieur- und Planungsunternehmen mit langjähriger Erfahrung, welches vorliegend mit der Klägerin in ihrem angestammten Geschäftsbereich, mithin im kaufmännischen Verkehr, bei der Abwicklung ihrer Geschäfte zu tun hatte. Die Beklagte bezeichnet sich als Spezialistin und Schweizer Pionierin der Wirtschaft (zum Ganzen act. 42/61). Dementsprechend ist sie hochgradig branchenkundig sowie geschäftserfahren und wird in ihren anderen Geschäftsbeziehungen ebenfalls AGB verwenden. Folglich ist der Beklagten die Vertrautheit mit derartigen Vertragsurkunden zu unterstellen, so dass sie sich über die Bedeutung eines Vertrages, der auf AGB verweist, sowie dessen Unterzeichnung im Klaren sein muss. Es ist nicht vorstellbar, dass die den SPV unterzeichnenden Exponenten der Parteien (siehe act. 21/7 S. 8) Dokumente von solcher Tragweite ungelesen oder unverstanden unterschrieben hätten. Dies umso mehr, als die Beilage 4 lediglich 22 Seiten umfasst (act. 3/8; der SPV umfasst gar nur neun Seiten [act. 21/7]) und es sich um ein prestigeträchtiges Projekt handelt, das für die Beklagte nicht geschäftsfremd war, sondern den Kernbereich ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit betrifft. Und selbst wenn die Unterzeichnenden nicht über die Fachkunde verfügten, die die streitgegenständlichen Dokumente zu verstehen, ist bei einem professionellen Unternehmen wie der Beklagten davon auszugehen, dass sie eine juristisch versierte Person beigezogen hätte (vgl. HGer ZH HG200263-O vom 1. Juli 2024, E. 3.3.2).

Vor diesem Hintergrund überzeugen der Einwand der Beklagten wie auch ihr Vorbringen, bei den AVB-D.\_\_\_\_\_ handle es sich bloss um "Vertragsfloskeln", welchen keine rechtliche Bedeutung zukomme (act. 46 Rz. 17+31), nicht. Vielmehr war es sinnvoll, die AGB der D.\_\_\_\_\_ als Bauherrin in den SPV einzubeziehen, weil dadurch eine einheitliche Regelungsbasis für das Gesamtprojekt geschaffen bzw. sichergestellt wurde, dass alle Beteiligten aufeinander abgestimmt agieren. Insbesondere für die Beklagte als Fachplanerin war es zweckmässig, die übergeordnete Regelungsebene zu kennen, um ihre Leistungen projektgerecht und im Sinne einer zielgerichteten Gesamtleistung erbringen zu können.

2.3.1.4. Nach dem Ausgeführten ist auf einen Konsens und auf eine Vollübernahme der AGB zu schliessen. Die Ungewöhnlichkeitsregel findet daher keine Anwendung.

### 2.3.2. Rollenverständnis

2.3.2.1. Ein weiterer Streitpunkt zwischen den Parteien besteht darin, wie die in den AVB-D.\_\_\_\_\_ und ABB-D.\_\_\_\_\_ verwendeten Parteibezeichnungen "Unternehmen" und "D.\_\_\_\_\_ AG" im Zusammenhang mit dem SPV zu verstehen sind. Während die Klägerin der Meinung ist, dass mit der in den AGB verwendeten Formulierung "D.\_\_\_\_\_ AG" die Klägerin und mit dem "Unternehmer" die Beklagte gemeint seien (act. 41 Rz. 40 ff.), behauptet die Beklagte, diese Bezeichnungen seien im Kontext des SPV völlig unklar und auf das genannte Rollenverständnis könne nicht geschlossen werden (act. 19 Rz. 42 ff. und act. 46 Rz. 20 ff.).

2.3.2.2. Haben die Parteien die AGB in den Vertrag übernommen, ist deren Inhalt durch Auslegung zu ermitteln. Sie sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen. Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 148 III 57 E. 2.2.1).

2.3.2.3. Um darüber befinden zu können, wie die Parteibezeichnungen "Unternehmen" und "D. \_\_\_\_\_ AG" in den erwähnten Bestandteilen des SPV verstanden worden sind, muss demnach zunächst nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien 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. dem Parteiverhalten nach Vertragsschluss, s. BGer 4A\_134/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.1). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Wenn es dem Gericht nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäusserten wirklichen Willen nicht verstanden hat, ist zu eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen geben konnten und mussten. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauensprinzip zur Anwendung, wobei die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenserklärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, eine Rechtsfrage ist (BGer 4C.374/2001 vom 6. September 2002, E. 2.1). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Für die Auslegung einer von der einen Vertragspartei aufgesetzten Vertragsbestimmung ist demnach entscheidend, welches Regelungsziel die andere Vertragspartei darin als redliche Geschäftspartnerin vernünftigerweise erkennen durfte und musste. Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an. Mehrdeutige Wendungen in AGB sind im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat. Die sogenannte Unklarheitenregel (*in dubio contra stipulatorem*) kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen. Es genügt mithin nicht, dass die Parteien

über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.2 ff.).

2.3.2.4. Hinzuweisen ist bereits an dieser Stelle darauf, dass die Beklagte ihrerseits sich bei der Frage, wie das Honorar zu bestimmen sei, für die von ihr geltende gemachte Pauschalierung des Honorars auf Ziff. 3.1 SPV beruft (vgl. E. II/3.2 ff.). Darin wird die "D. \_\_\_\_\_ AG" genannt, welche sich vorbehalte, das Honorar zu pauschalieren (act. 21/7 S. 3). Diese Vertragsklausel versteht (auch) die Beklagte nach eigenen Ausführungen so, dass mit "D. \_\_\_\_\_ AG" die Klägerin gemeint sei, welche berechtigt sei, das Honorar gegenüber ihr, der Beklagten, zu pauschalieren (act. 19 Rz. 29 f. und act. 46 Rz. 28 ff.). Sie überträgt damit eine Befugnis der D. \_\_\_\_\_ wie selbstverständlich auf die Klägerin. Weshalb diese, gemäss dem Verständnis der Beklagten gerechtfertigte Rollenübertragung lediglich im Anwendungsbereich von Ziff. 3.1 SPV gelten sollte, hingegen nicht im übrigen Kontext, legt die Beklagte nicht plausibel dar. Nur weil einige Bestimmungen aus dem Planerverhältnis nicht auf das Subplanerverhältnis passen sollen (vgl. act. 46 Rz. 29 f.), rechtfertigt sich ein vom SPV abweichendes Verständnis hinsichtlich Zuordnung der Rolle der D. \_\_\_\_\_, die nicht Vertragspartnerin der Beklagten war, in Bezug auf die Anhänge nicht. Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie sich einerseits auf dasselbe Rollenverständnis wie die Klägerin beruft, dieses aber über Bord wirft, wenn es sich zu ihren Ungunsten erweist. Aufgrund der unstrittigen Zuordnung der Rolle der D. \_\_\_\_\_ an die Klägerin gemäss Ziff. 3.1 SPV und mangels konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass es für das gesamte synallagmatische Vertragsverhältnis gilt. Im Ergebnis ist zu schliessen, dass bezüglich der Parteibezeichnungen in den Anhängen I–III der übereinstimmende wirkliche Wille (natürlicher Konsens) der Parteien besteht, dass mit der Formulierung "D. \_\_\_\_\_ AG" die Klägerin und mit dem "Unternehmer" die Beklagte gemeint sind. Dieses Verständnis entsprach ebenfalls dem bereits erwähnten offenkundigen Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelungsbasis über mehrere Ebenen hinweg. Es liegt somit ein dem Wortlaut entgegenstehender Konsens i.S.v. Art. 18 Abs. 1 OR vor. Zum

selben Ergebnis führt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, hätte ansonsten doch die Übernahme der Anhänge keinen Sinn ergeben. Aufgrund des Auslegungsergebnisses bleibt für die Anwendung der Unklarheitenregel kein Raum.

### 3. Art der Honorierung

Die Hauptfolge der vorzeitigen Auflösung des Gesamtvertrages liegt darin, dass der aufgelöste Vertrag ab dem Zeitpunkt, in welchem diese greift, seine Wirkungen insoweit einbüsst, als die Parteien weitgehend von ihren Leistungspflichten befreit werden. Die im Auflösungszeitpunkt bereits erbrachten Planerleistungen sind vom Besteller aber auf jeden Fall zu vergüten (STÖCKLI, Planerverträge, Rz. 2.92 und 2.109 ff.; s.a. Art. 1.10 SIA 102/2003). Die Höhe der Vergütung für die geleistete Arbeit richtet sich nach der Vergütungsabrede, welche die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben. Vorliegend ist die gewählte Methode zur Bestimmung der Höhe des Planerhonorars strittig, zumal die Klägerin argumentiert, das Honorar sei nach aufwandbestimmenden Baukosten zu berechnen, während die Beklagte eine Pauschalierung des Honorars geltend macht. Da sich das Honorar grundsätzlich nach Baukosten bestimmt und die Beklagte aus der Pauschalierung einen Anspruch herleitet (act. 19 Rz. 30), trägt sie gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast dafür (s.a. BGer 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004, E. 3.1).

#### 3.1. Klägerin: Honorar nach aufwandbestimmenden Baukosten

3.1.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, gemäss Ziff. 3.1 SPV bemesse sich das Honorar der Beklagten nach den Baukosten, wobei aufgrund der frühzeitigen Vertragsbeendigung für die massgeblichen Kosten nicht auf die Schlussrechnung, sondern auf die Prognose vom 20. November 2019, eventualiter auf jene vom 4. November 2019 (act. 3/12+36), abzustellen sei (act. 1 Rz. 33 f. und 81 ff.; act. 41 Rz. 48, 65 ff. und 84 ff.). Die Klägerin stellt unter Einkalkulierung der Leistungsstände konkrete Berechnungen an und wendet dabei die SIA 102/2003 und die SIA 108/2003 an (act. 41 Rz. 49 ff. und act. 3/10+11).

3.1.2. Von der vorbehaltenen Möglichkeit, das Honorar zu pauschalieren, habe sie – so die Klägerin – keinen Gebrauch gemacht. Wie der Vertragsabschluss benötige

auch die Vertragsänderung eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR. Ein solcher Konsens liege im vorliegenden Fall aber nicht vor. Folglich sei die Korrespondenz zwischen den Parteien über eine Pauschalierung als Honorarverhandlung im vorvertraglichen Stadium zu qualifizieren, die unverbindlicher Natur gewesen sei (act. 41 Rz. 123 ff.). Dass die Parteien das baukostenabhängige Honorar nicht pauschalisiert hätten, ergebe sich ferner aus dem Umstand, dass das Honorar für die Überprüfung der Machbarkeit in der Berechnung vom 28. Juli 2015 (act. 3/7) pauschaliert, die restlichen Honorare dagegen im Umkehrschluss nicht pauschaliert worden seien (act. 1 Rz. 36 ff.).

3.1.3. Des Weiteren hätte eine nachträgliche Pauschalierung des Honorars eine Vertragsänderung dargestellt, welche gemäss Art. 2.1 und Art. 10 AVB-D. \_\_\_\_\_ sowie Art. 26 ABB-D. \_\_\_\_\_ nur bei Schriftlichkeit gültig wäre. Für den Fall, dass der (übereinstimmende) Parteiwille nicht bewiesen werden könne, stelle Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung auf, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollten, wenn für einen Vertrag vertraglich ein Formerfordernis vorgesehen sei (konstitutive Wirkung; act. 41 Rz. 144 ff. und 275 ff.). Vorliegend bestehe nicht einmal eine mündliche, geschweige denn eine schriftliche Vereinbarung über eine nachträgliche Pauschalierung.

### 3.2. Beklagte: Pauschalierung

3.2.1. Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Parteien im SPV zwar ursprünglich eine Honorarberechnung nach aufwandbestimmenden Baukosten vorgesehen haben. Allerdings habe sich die Klägerin in Ziff. 3.1 SPV die nachträgliche Pauschalierung des Honorars vorbehalten. Diese Vertragsklausel sei so auszulegen, dass der Klägerin ein einseitiges Recht zur Pauschalierung zugekommen sei, wovon sie Gebrauch gemacht habe. Folglich sei dafür weder ein (weiterer) Konsens zwischen den Parteien noch die Einhaltung der Schriftform notwendig gewesen. Doch selbst wenn man nicht von einer Option zur Pauschalierung ausginge, hätten sich die Parteien nachträglich auf eine solche geeinigt und das Schriftlichkeitserfordernis stehe dem insofern nicht entgegen, als es ohnehin nicht gelehrt worden sei (act. 19 Rz. 24 ff. und 30).

3.2.2. Konkret bringt die Beklagte vor, E.\_\_\_\_\_ von der Klägerin habe F.\_\_\_\_\_ von der Beklagten am 3. November 2017 per E-Mail mit dem Betreff "Zone A 004; Honorarkalkulation für Pauschalierung" kontaktiert und mit den Worten "Anbei findest du die Honorarberechnungen für die Pauschalierung" begonnen. Die E-Mail habe eine Auflistung des pauschalierten Gesamthonorars sowie im Anhang die für die Pauschalierung zugrundeliegenden Honorarberechnungen enthalten (act. 21/18). Die Pauschalierung des Honorars durch die Klägerin sei dadurch erfolgt (act. 19 Rz. 56 und act. 46 Rz. 52 ff.). F.\_\_\_\_\_ habe in der Folge am 10. November 2017 geantwortet, dass eine Pauschalierung grundsätzlich in Ordnung sei, wobei er verschiedene Korrekturen der klägerischen Berechnungen vorgenommen habe (act. 19 Rz. 57 und act. 21/19; act. 46 Rz. 64 ff.). Im Dezember 2017 habe er schliesslich die klägerischen Berechnungen der pauschalierten Honorare der Phase 3 per E-Mail bestätigt (act. 47/72). Diese seien per Ende Dezember 2017 ausbezahlt worden, und die Klägerin habe die Pauschalhonorare für die Phasen 4 und 5 auf Grundlage dieses Honorars sowie zwei mit "Pauschalisierung" bezeichnete Zahlungspläne – zunächst vom 14. Februar 2018 (act. 21/20) und dann vom 11. Juni 2018 (act. 21/21) – angeordnet, was von der Beklagten akzeptiert worden sei. Ferner seien Bereinigungen vorgenommen worden, wobei G.\_\_\_\_\_ von der Klägerin den Zahlungsplan mit E-Mail vom 11. Juni 2018 an H.\_\_\_\_\_ (Beklagte) bestätigt habe (act. 21/22). Diese Zahlungspläne hätten die Parteien insofern während Monaten befolgt, als sie, die Beklagte, auf dieser Grundlage mehrere als "Pauschalhonorar" betitelte Rechnungen gestellt (Rechnung Nr. 2410027300 vom 16. Juli 2018 betreffend Phase 41 [act. 21/24], Rechnung Nr. 2410027400 vom 16. Juli 2018 betreffend Phase 51 [act. 21/25] und Rechnung Nr. 2410027500 vom 16. Juli 2018 betreffend Phasen 52/53 [act. 21/26]) und die Klägerin diese in der Folge vorbehaltlos bezahlt habe (act. 19 Rz. 61 ff., act. 21/57 und act. 42/66–81). Ferner sei die Pauschalierung mit Nachtrag Nr. 7 insofern schriftlich bestätigt worden, als darin ausgeführt werde, dass die Teilphasen 52 und 53 nicht mehr als Teil der Pauschale – d.h. des zuvor pauschalierten Gesamthonorars – vergütet würden (act. 19 Rz. 64). E.\_\_\_\_\_ von der Klägerin sei schliesslich selbst von einer Pauschalierung ausgegangen und habe ihr, der Beklagten, entsprechend mit E-Mail

vom 31. Oktober 2018 (act. 47/75) kommuniziert, dass das Honorar pauschaliert worden sei (act. 46 Rz. 7, 34 ff., 52 ff. und 101).

3.2.3. Im Ergebnis sei als Grundhonorar (ohne Nachträge und Projektoptimierungen) eine Pauschale von CHF 5'412'891.– (mit GP-Abzug; exkl. MWST) festgelegt worden (= **CHF 2'394'774.– Phase 3** [Teilphasen 31 bis 33; ohne GP-Abzug] + **CHF 1'371'910.– Phase 4** [Teilphase 41; ohne GP-Abzug] + **CHF 1'606'306.– Teilphase 51** [ohne GP-Abzug] + CHF 120'496.– Teilphase 52 und 53; zum Ganzen act. 46 Rz. 81, 99 f., 102 und 129). Die Behauptung der Klägerin, es bestehe nicht einmal eine mündliche, geschweige denn eine schriftliche Vereinbarung über eine nachträgliche Pauschalierung, sei angesichts des Ausgeführten offenkundig faktenwidrig (act. 19 Rz. 66).

### 3.3. Würdigung

#### 3.3.1. Allgemeines

3.3.1.1. Die Vergütungsabrede findet sich in Ziff. 3.1 SPV und lautet wie folgt:

##### **3.1 Art der Honorierung**

Die Honorierung erfolgt nach den Baukosten. Die Berechnung des Honorars nach den Baukosten erfolgt gemäss den Allgemeinen Bedingungen für Planerleistungen

D.\_\_\_\_\_ AG aufgrund der Schlussrechnung. D.\_\_\_\_\_ AG behält sich vor, das Honorar vorher (z.B. nach Genehmigung des Kostenvoranschlags) zu pauschalisieren. Beilage 1 (Bedingungen analog GP-Vertrag mit D:\_\_\_\_\_)

3.3.1.2. Demnach erfolgt die Honorierung nach den (aufwandbestimmenden) Baukosten. Letztere berechnen sich anhand der Schlussrechnung, vorbehaltlich einer Pauschalierung durch die D.\_\_\_\_\_ bzw. vorliegend der Klägerin (s.a. Art. 7.5 Anhang II [act. 3/8 S. 9] und Art. 7 SIA 108/2003). Sowohl beim Honorar nach Baukosten als auch beim Pauschalhonorar spielt der tatsächliche Aufwand des Planers keine Rolle. Beim Honorar nach Baukosten ist allerdings im Gegensatz zum Pauschalhonorar das Planerhonorar nicht bereits im Voraus betragsmässig genau bestimmt, sondern es werden lediglich die Parameter, anhand welcher der Betrag

letztlich berechnet wird, im Voraus festgelegt. Demgegenüber ist ein Pauschalhonorar verabredet, wenn die Parteien die Geldsumme, die der Auftraggeber dem Planer für die von diesem zu erbringenden Leistungen zu zahlen hat, im Voraus genau bestimmen (EGLI/STÖCKLI, Planerverträge, Rz. 8.19).

3.3.1.3. Unter Ziff. 4.1 Abs. 2 SPV kamen die Parteien sodann überein, dass von den Rechnungsbeträgen jeweils ein Rückbehalt von 10% abzuziehen sei, welcher mit der Schlussrechnung zur Auszahlung fällig werde. Die vorzeitige Vertragsauflösung hat nach Ziff. 12.1 AVB-D. \_\_\_\_\_ zur Folge, dass das Planerhonorar ohne Zuschlag vergütet wird.

### 3.3.2. Einseitiges Recht zur Pauschalierung

3.3.2.1. Bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung gilt der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Um darüber befinden zu können, ob in Ziff. 3.1 SPV tatsächlich eine Pauschalierungsoption zugunsten der Klägerin vereinbart worden ist, muss demnach zunächst nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien gesucht werden (vgl. zur Auslegung von Willenserklärungen bereits vorne E. 2.3.2.2).

3.3.2.2. Der Beklagten ist zwar bezüglich der Annahme einer klägerischen Pauschalierungsoption insofern zuzustimmen, als in Ziff. 3.1 SPV ein Vorbehalt der Klägerin statuiert ist, das Honorar zu pauschalieren. Dieser Vorbehalt wird indes nur anhand eines Beispiels ("z.B. nach Genehmigung des Kostenvoranschlages"), mit einem blanken Verweis auf die Beilage 1 sowie der Bemerkung "(Bedingungen analog GP-Vertrag mit D. \_\_\_\_\_)" weiter konkretisiert. Diese Konkretisierungen erweisen sich als zu unbestimmt, als dass gestützt darauf ein übereinstimmender tatsächlicher Konsens der Parteien zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung erstellt wäre. Vor diesem Hintergrund kann ein natürlicher Konsens über ein einseitiges Recht zur Pauschalierung des Planerhonorars nicht bejaht werden.

3.3.2.3. Eine Auslegung von Ziff. 3.1 SPV nach dem Vertrauensprinzip führt schliesslich zum selben Ergebnis: Dem Wortlaut der Vertragsklausel lässt sich nicht

entnehmen, wie das Optionsrecht genau umgesetzt werden soll. Im Gesetz sind ähnliche Optionsrechte statuiert, so etwa in Art. 216d OR; ein einseitiges Gestaltungsrecht, wonach ein Vorkaufsberechtigter das Grundstück zu den Bedingungen erwerben kann, die der Verkäufer mit einem Dritten vereinbart hat, wobei der Verkäufer den Vorkaufsberechtigten über den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen muss. Aus diesem gesetzlichen Gestaltungsrecht ergibt sich mithin klar, wie das Optionsrecht ausgeübt werden soll. Hingegen werden die essentiellen Parameter zum Vorgehen und zur Festsetzung der Höhe der Pauschale in Ziff. 3.1 SPV offengelassen. Die von der Beklagten vorgenommene, komplizierte Herleitung von Bezugsgrössen und Berechnungsgrundlagen (vgl. act. 58 Rz. 21 ff.) macht einen nachträglich konstruierten Eindruck und ist in dieser Komplexität mitnichten Ziff. 3.1 SPV zu entnehmen. Im Übrigen spricht auch eine systematische Auslegung dafür, dass die Parteien in Ziff. 3.1 SPV kein einseitiges Pauschalierungsrecht der Klägerin vereinbart haben. Denn gemäss Ziff. 9 SPV nimmt "Der Subplaner [...] zustimmend zur Kenntnis, dass die D. \_\_\_\_\_ AG das *einseitige Recht* hat, die SIA-Phasen 41/51-53 gemäss dem Angebot des Generalplaners vom 27.08.2015 zu bestellen." (act. 21/7 S. 7 [Hervorhebung hinzugefügt]). Den Vertragsparteien war das juristische Begriffspaar "einseitiges Recht" somit durchaus bekannt und im Gegensatz zu Ziff. 9 SPV haben sie es in Ziff. 3.1 SPV nicht verwendet. Schliesslich ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass Sinn und Zweck dieser Passage am ehesten darin liegt, dass die Parteien eine der Klägerin vorbehaltene Neuverhandlungsklausel in den SPV aufnehmen wollten (act. 53 Rz. 163; vgl. BK OR I-MÜLLER, Art. 18 N 583). Folglich ergibt auch eine teleologische Auslegung, dass die Parteien in Ziff. 3.1 SPV kein einseitiges Pauschalierungsrecht zugunsten der Klägerin vereinbart haben. Dies schliesst, wie nachstehend zu zeigen sein wird, allerdings nicht aus, dass sich die Parteien nachträglich dennoch über die Pauschalierung des Planerhonorars geeinigt haben.

### 3.3.3. Nachträgliche Übereinkunft

3.3.3.1. Die Änderungsfreiheit gibt den Parteien das Recht, den Inhalt ihres Vertrages jederzeit in gegenseitigem Einvernehmen abzuändern (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Obligationenrecht AT, Rz. 26.28 m.w.Verw.). Dazu ist die übereinstimmende

gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich; sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR).

3.3.3.2. Der E-Mail von E.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsratspräsident der Klägerin; act. 3/1) an F.\_\_\_\_\_ (Beklagte) ist zu entnehmen, dass es am 3. November 2017 eine erste Kontaktaufnahme bezüglich der Pauschalierung gab. Darin führte E.\_\_\_\_\_ bereits im Betreff den Begriff "Pauschalierung" auf und erwähnte in der Nachricht selbst ebenfalls an mehreren Stellen eine Pauschalierung. Zur Erklärung der Systematik der "Honorarberechnung f. Pauschalierung" führte er beispielsweise aus, dass die Beträge entweder "rückwirkend pauschal" auf Basis des Kostenvoranschlages von Juni 2017 oder "pauschal" auf Basis des überarbeiteten Kostenvoranschlages von Oktober 2017 basieren. Gleichzeitig wurde das Honorar für Elektro, HLKKS, MSRL und Fachkoordination konkret mit CHF 5'662'234.- (zuzüglich CHF 374'128 für Bauphysik und Brandschutzplanung) angegeben. Weiter erkundigte er sich in der besagten E-Mail danach, ob es für die Beklagte in Ordnung sei, die Kosten der Planung A4 mit der Genauigkeit einer Kostenschätzung zu pauschalisieren ("*Ist das OK für euch darauf zu pauschalisieren?*"; zum Ganzen act. 21/18). Angesichts dieser klägerischen Äusserungen ist deutlich genug, dass sie damit klar und vorbehaltlos angeboten hat, das Honorar zu pauschalieren (vgl. Art. 5 OR). In der Folge antwortete F.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ am 10. November 2017 per E-Mail, dass er das pauschalierte Honorar überprüft und korrigiert habe und "*die Pauschalierung der Honorare für das A4 auf Grundlage des KS [...] für uns grundsätzlich in Ordnung [ist].*" (act. 21/19). Daraus ergibt sich, dass die Beklagte den klägerischen Antrag angenommen hat. Damit haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass das Honorar auf Grundlage der Kostenvoranschläge von Juni 2017 und Oktober 2017 pauschaliert wird, soweit mithin ein natürlicher Konsens vorliegt. Dass die Klägerin diese Korrespondenz unter Berufung auf einen internen E-Mail-Verkehr vom 3. November 2017 (act. 42/97) anders verstanden haben will und bloss die möglichen Pauschalierungskonditionen ausloten wollte (act. 41 Rz. 126), steht insofern im Widerspruch zur E-Mail vom 3. November 2017, als aus dieser ein Rechtsbindungswille der Klägerin zu erkennen ist. Ohnehin konnte und musste die Beklagte von internen Korrespondenzen der Klägerin keine Kenntnis haben.

3.3.3.3. Die Korrespondenz zwischen E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ stand unter dem Betreff "Zone A; 004: Honorarkalkulation für pauschalisierung". In der E-Mail vom 3. November 2017 sandte E.\_\_\_\_\_ im Anhang vier PDF-Dateien, welche er als "Honorarberechnungen für die Pauschalisierung" bezeichnete (act. 21/18 und act. 47/59–32). In der darauffolgenden Antwort-E-Mail vom 10. November 2017 sandte F.\_\_\_\_\_ im Anhang ebenfalls mehrere PDF-Dateien und bezeichnete diese als "unsere Überprüfung der Berechnungsbasis für die Honorarabrechnung." (act. 21/19 und act. 47/64–71). Weitere einschlägige, im Recht liegende Parteikorrespondenz fand sodann am 18. Dezember 2017 statt. Sie stand unter dem fast identischen Betreff "Zone A: 004: Kommentierung Honorarberechnung" und enthielt eine PDF-Datei im Anhang namens "Honorarberechnung\_GP\_2017-12-12\_gepr.pdf" (act. 47/73). In dieser E-Mail teilte F.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_, der zu dieser Zeit für die Klägerin als Gesamtleiter des Projekts tätig war (act. 1 Rz. 21), mit, dass die Beklagte die ihr am letzten Dienstag übergebenen Honorarberechnungen ausführlich geprüft habe und zu den Berechnungen der Klägerin bis Teilphase 33 keine Anmerkungen habe. Die retournierte Honorarberechnung ist auf jeder Seite mit dem Eingangsdatum 12. Dezember 2017 versehen und trägt einen auf den 15. Dezember 2017 datierten Stempel der Beklagten mit dem Vermerk "Kontrolliert". Zudem setzte diese bei allen nachfolgend relevanten Beträgen zur Bekräftigung ihrer Zustimmung jeweils einen Korrekturhaken (act. 47/72). Nachdem die Parteien somit am 10. November 2017 übereingekommen sind, dass das Honorar auf Grundlage der Kostenvorschläge pauschaliert wird, in der Folge mehrere Berechnungsgrundlagen ausgetauscht hatten, die Klägerin der Beklagten am 12. Dezember 2017 eine Honorarberechnungsgrundlage zukommen liess, ist durch die E-Mail vom 18. Dezember 2017 erstellt, dass die Beklagte die klägerischen Berechnungen vom 12. Dezember 2017 schliesslich akzeptiert hat und damit auch hinsichtlich der Höhe des Pauschalhonorars bis zur Teilphase 33 ein natürlicher Konsens erzielt worden ist. Aus der angenommenen Honorarberechnung (act. 47/73) lassen sich die Beträge für die **Phase 3 (Teilphasen 31 bis 33)** wie folgt entnehmen und betragen insgesamt CHF 2'394'774.– (vor GP-Abzug, s. act. 19 Rz. 59 und act. 46 Rz. 81):

in CHF (exkl. MWST)	A40/A4 (act. 47/73 S. 4)	Optionen (act. 47/73 S. 1)	Batterieladesta- tion V1 (act. 47/73 S. 3)	Batterieladesta- tion V2 (act. 47/73 S. 2)	Total
Elektro	540'619	114'861	104'940	91'727	852'147
HLKS	546'788	215'202	71'634	69'665	903'289
MSRL	138'229	71'354	18'050	13'053	240'686
Fachkoordination	105'315	11'756	8'552	10'053	135'676
Bauphysik, Akustik	52'658	5'878	4'276	3'351	66'163
Brandschutz	157'973	17'634	12'829	8'377	196'813
Total	1'541'582	436'685	220'281	196'226	<b>2'394'774</b>

3.3.3.4. Weiter ist durch die eingereichten Urkunden belegt, dass die Parteien bezüglich der Pauschalierung der anderen Phasenhonorare am 11. Juni 2018 wieder korrespondierten: Per E-Mail teilte G.\_\_\_\_\_ (Klägerin) H.\_\_\_\_\_ (Beklagte) mit, dass sie den Zahlungsplan geprüft und Änderungen betreffend die Teilphase 51 angebracht habe, ansonsten er für die Klägerin in Ordnung sei (act. 21/22). Gleichentags antwortete dieser per E-Mail, er habe den Zahlungsplan entsprechend angepasst und bereinigt. Unter Hinweis auf eine neue, korrekte Version des Zahlungsplanes vom 11. Juni 2018 im Anhang wies er sie darauf hin, dass die Beklagte entsprechend diesem Zahlungsplan Rechnung stellen werde, wenn das für die Klägerin in Ordnung sei (act. 21/23). In diesem Zahlungsplan ist in Bezug auf die Teilphasen 41 bis 53 explizit "Pauschalierung A40/A4 ab Submission" aufgeführt (act. 21/21).

3.3.3.5. Dem Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 ist zudem folgende Tabelle vorangestellt, woraus Pauschalhonorare für die **Phase 4 (Teilphase 41)** sowie die Teilphasen 51 bis 53 ersichtlich sind (act. 21/21 S. 1 [Hervorhebungen hinzugefügt]):

Grundauftrag	Honorar	GP-Abzug 1,5%	Rückbehalt	Rechnungssumme	Honorarsumme
<u>Pauschalierung</u> A40/A4 ab Submission, Phase 41	<b>1'371'910</b>	-20'579	-135'133	Fr. 1'216'198.39	1'351'332
<u>Pauschalierung</u> A40/A4 ab Submission, Phase 51/52/53	3'246'429	-48'696	-319'773	Fr. 2'877'959'24	3'197'732
Rückbehalt gesamt			454'906	Fr. 454'906.40	0
Summe	4'618'339	-69'275	-	Fr. 4'549'064.03	4'549'064

3.3.3.6. Wie sich das Honorar für die Phase 5 auf die drei Teilphasen aufteilt, ergibt sich aus den nachfolgenden Listen der monatlich zu zahlenden Teilbeträge, welche für die Teilphase 51 gesondert, für die Teilphasen 52 und 53 zusammen aufgeführt werden. Sie betragen für die **Teilphase 51 CHF 1'606'305.98** (vor GP-Abzug; act. 21/21 S. 2, 1. Tabellenzeile) und für die Teilphasen 52 und 53 insgesamt CHF 1'640'122.94 (vor GP-Abzug; act. 21/21 S. 3, 1. Tabellenzeile).

3.3.3.7. Die Beklagte sandte der Klägerin den Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 mit den pauschalierten Honorarbeträgen, insbesondere betreffend die Teilphasen 41 und 51, im Anhang an die E-Mail-Adresse von G.\_\_\_\_\_ (act. 21/21+23). In der Folge bezahlte die Klägerin unbestrittenermassen die von der Beklagten gestützt auf diesen Zahlungsplan gestellten Rechnungen, welche notabene ebenfalls alle mit dem Hinweis der Pauschalierung versehen waren und mit den von der Beklagten vorgebrachten Beträgen pro Phase übereinstimmen (act. 21/24–26 und act. 42/66–81). Dieses Verhalten kann im Gesamtkontext nur dahingehend gewertet werden, dass sich die Parteien nachträglich, zumindest konkludent, auch auf eine Pauschalierung des Honorars betreffend die Phasen 4 und 5 geeinigt haben. Jedenfalls lässt auch das nachträgliche Zahlungsverhalten der Klägerin auf einen natürlichen Konsens schliessen (vgl. BGer 4A\_134/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.1). Dies umso mehr, als E.\_\_\_\_\_ im E-Mail-Verkehr vom 11. Juni 2018 einkopiert war (act. 21/22+23).

3.3.3.8. Aus dem Umstand, dass die Beklagte bereit gewesen sei, eine Bankgarantie für den Fall der Überbezahlung auszustellen (act. 41 Rz. 349 und act. 3/11), kann die Klägerin sodann nichts zu ihren Gunsten herleiten. Wie vorne erwähnt (vgl. E. II/2.4.3), sind Akontozahlungen auch bei einem Pauschalhonorar möglich und in der Baubranche nicht unüblich. Eine befürchtete Überbezahlung und mögliche Massnahmen zur Absicherung sprechen nicht gegen eine getroffenen Preisvereinbarung. Dem Einwand der Klägerin, dass zuerst eine Pauschale mit der D.\_\_\_\_\_ hätte vereinbart werden müssen, bevor das Subplanerhonorar pauschaliert würde (act. 56 Rz. 45 und act. 62 Rz. 44), ist nicht zuzustimmen, zumal ein solcher Vorbehalt aus der gesamten diesbezüglich von den Parteien geführten Korrespondenz nicht ersichtlich ist.

3.3.3.9. Auch das Vorbringen der Klägerin, G.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten H.\_\_\_\_\_ (Beklagte) mündlich darauf hingewiesen, dass die Verweise auf eine Pauschalierung im Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 falsch seien (act. 41 Rz. 298 und act. 53 Rz. 244+782), vermag die erfolgte Pauschalierung ebenfalls nicht zu Fall zu bringen. Zunächst ist darin eher ein Zugeständnis zu sehen, dass der Zahlungsplan vom 11. Juni 2018 durchaus als Nachweis einer Pauschalierung zu sehen ist. Ohnehin erweist sich ihre entsprechende Tatsachenbehauptung als unsubstantiiert, zumal sie nicht behauptet, wann und wo genau dies geschehen sein soll. Weil über unsubstantiierte Behauptungen kein Beweis zu führen ist (BGE 144 III 67 E. 2.1), kann eine Befragung der von ihr offerierten Zeugen (E.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ ) unterbleiben.

#### 3.3.4. Formvorbehalt

3.3.4.1. Die Klägerin macht weiter geltend, selbst unter der Annahme einer nachträglichen Vereinbarung liege keine gültige Pauschalierung des Honorars vor. Sie beruft sich dafür auf Art. 26 ABB-D.\_\_\_\_\_, wonach alle Ergänzungen und Abänderungen des Vertrages der schriftlichen Form bedürfen. Da es keine Erklärung in

schriftlicher Form betreffend Pauschalierung gebe, liege keine gültige Vertragsänderung vor. E-Mails erfüllten das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13–15 OR nicht (act. 41 Rz. 141).

3.3.4.2. Nach Art. 16 Abs. 1 OR ist bei einem vertraglichen Formvorbehalt im Zweifel davon auszugehen, dass die Einhaltung der Form von den Parteien als Gültigkeitserfordernis und nicht lediglich zu Beweis Zwecken gewollt war (konstitutive und nicht nur deklaratorische Bedeutung des Formvorbehalts; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Obligationenrecht AT, Rz. 31.47). Die Parteien können indes nachträglich auf den Formvorbehalt generell oder zumindest punktuell verzichten, wobei ein solcher Verzicht grundsätzlich formfrei erfolgen kann (BGer 4A\_409/2017 vom 17. Januar 2018, E. 5.3; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 10). Eine Aufhebung oder Abänderung des Formvorbehalts ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, und zwar insbesondere dann, wenn die Parteien den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (zum Ganzen SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Obligationenrecht AT, Rz. 31.51 m.w.Verw.). Die Beweislast für eine Widerlegung der Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR liegt bei jener Partei, die sich auf die Gültigkeit des formlos Vereinbarten beruft (vgl. BGer 4A\_234/2017 vom 19. September 2017, E. 5.1 f.; BGer 4A\_271/2007 vom 8. Januar 2008, E. 3; HGer ZH HG110181-O vom 12. März 2015, E. III./4; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 12).

3.3.4.3. Vor diesem Hintergrund vermag die Klägerin die Pauschalierung des Honorars mit dem Einwand der nicht eingehaltenen Form nicht umzustossen. Weil sie die von der Beklagten gestellten Rechnungen für die Pauschalhonorare allesamt bezahlt hatte, hat sie vorbehaltlos erfüllt und damit, zumindest was die Pauschalierung betrifft, konkludent auf die Einhaltung des Schriftlichkeitserfordernisses verzichtet. Unterstrichen wird dies dadurch, dass es die Klägerin war, welche den Pauschalierungsprozess per E-Mail eingeleitet und der Beklagten am 3. November 2017 einen entsprechenden Antrag unterbreitet hatte und sich in der Folge rege an einer ausführlichen und wie dargestellt durchaus klaren E-Mail-Korrespondenz beteiligte. Ihr Standpunkt, sich im Nachhinein auf die nicht eingehaltene Schriftlichkeit berufen zu können, ist nicht zu schützen.

### 3.3.5. Vertretungsbefugnis

3.3.5.1. Im Übrigen moniert die Klägerin, dass weder E. \_\_\_\_\_ noch G. \_\_\_\_\_ allein für sie zeichnungs-berechtigt gewesen seien und folglich keine für sie verbindlichen Vertragsänderungen hätten erklären können (act. 53 Rz. 48 und act. 62 Rz. 44).

3.3.5.2. Eine Aktiengesellschaft, wie es die Klägerin ist, handelt durch Personen, die entweder kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung (Art. 718 f. OR) oder als Bevollmächtigte (Art. 721 OR) über eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügen (siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, § 4 Rz. 210 ff.). Die Vertretungswirkungen können indessen trotz fehlender Vertretungsbefugnis eintreten, wenn die Voraussetzungen für den Gutgläubensschutz einer Drittperson erfüllt sind. Ein Anwendungsfall hierfür ist das Begründen einer sogenannten Anscheins- oder Duldungsvollmacht. Eine solche liegt vor, wenn jemand als Vertreter einer anderen Person ohne deren Ermächtigung handelt, die Vertretene davon Kenntnis hat (Duldungsvollmacht) oder bei pflichtgemässer Sorgfalt davon hätte Kenntnis haben müssen (Anscheinsvollmacht) und die Vertretene das Handeln des Vertreters trotz Möglichkeit der Einflussnahme duldet, so dass die Drittperson das Nichteinschreiten der Vertretenen nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung des Vertreters beurteilen darf. Das Institut der Anscheins- und Duldungsvollmacht findet seine Rechtfertigung im kaufmännischen Verkehr darin, dass die Geschäftspartner nicht mit den für sie undurchschaubaren Organisationsrisiken der anderen Unternehmung belastet werden sollen. Freilich sind in diesem Zusammenhang auch die Schranken zu beachten, welche einem leichtfertigen Vertrauen durch die Publizitätswirkung des Handelsregisters (siehe Art. 933 Abs. 1 OR) gesetzt sind (zum Ganzen BGE 120 II 197 E. 2).

3.3.5.3. Die Klägerin bezeichnet G. \_\_\_\_\_ in ihrer Klageschrift selbst als ihre CFO während der gesamten Projektdauer (act. 1 Rz. 21) und die Behauptung der Beklagten, sie sei auch Mitglied der klägerischen Geschäftsleitung gewesen (act. 19 Rz. 61), wurde nicht substantiiert bestritten (act. 41 Rz. 295). E. \_\_\_\_\_ ist sodann seit der Gründung der Klägerin ihr Verwaltungsratspräsident, wenn auch nur mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien (act. 3/1). Nichtsdestoweniger durfte

die Beklagte angesichts dieser – hierarchisch höchsten – Positionen im Unternehmen in guten Treuen davon ausgehen, dass diese Personen ihr gegenüber jeweils für die Klägerin bevollmächtigt waren.

3.3.5.4. Weiter moniert die Klägerin, die E-Mails ihrer Exponenten seien an nicht zeichnungsberechtigte Personen der Beklagten adressiert worden, so dass auch aus diesem Grund keine rechtlich bindenden Wirkungen hätten eintreten können (act. 53 Rz. 48 und act. 62 Rz. 44). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Mitarbeitenden der Beklagten möglicherweise keine aktive, aber als im Projekt involvierte Personen eine passive Stellvertretung inne hatten. Dies wird durch den Umstand bestärkt, dass J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ (jeweils für die Beklagte zeichnungsberechtigt; act. 54/136), in den E-Mails von F.\_\_\_\_\_ vom 10. November 2017 und 18. Dezember 2017 einkopiert waren (act. 21/19 und act. 47/72). Schliesslich läuft die Behauptung der Klägerin ihrem eigenen früheren Verhalten zuwider, wenn sie zunächst aus eigener Initiative mit einem Mitarbeiter der Beklagten über das Honorar korrespondiert, nur um sich dann im Nachhinein auf seine angeblich fehlende Vertretungsbefugnis zu berufen (*venire contra factum proprium*).

#### 3.4. Zwischenfazit

Die Parteien haben sich nachträglich auf eine Pauschalierung des Planerhonorars geeinigt. Dem steht auch kein Schriftlichkeitsvorbehalt entgegen. Das Honorar setzt sich demnach wie folgt zusammen: **Phase 3 (Teilphasen 31 bis 33) CHF 2'394'774.–, Phase 4 (Teilphase 41) CHF 1'371'910.– und Teilphase 51 CHF 1'606'305.98**. Nach dem Ausgeführten ergibt sich ein Grundhonorar der Beklagten von insgesamt **CHF 5'372'989.98** (ohne GP-Abzug und exkl. MWST; s. act. 46 Rz. 102+129).

#### 4. Eventualstandpunkte der Klägerin hinsichtlich Pauschalierung

##### 4.1. Ungültigkeit infolge Grundlagenirrtums

4.1.1. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass die Parteien formgültig ein Pauschalhonorar vereinbart haben, stellt sich die Klägerin im Sinne einer Eventualargumentation auf den Standpunkt, dass sie eine falsche Vorstellung über den

relevanten Sachverhalt gehabt habe, welche ihren Geschäftswillen beeinflusst habe und dieser Irrtum sowohl objektiv als auch subjektiv wesentlich sei. Sie, die Klägerin, habe sich in einem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befunden, mithin hätte sie die Pauschalierung nicht abgeschlossen, wenn sie die wahre Qualität des Kostenvoranschlags vom 18. September 2017 (auch als Kostenvoranschlag vom Oktober 2017 bezeichnet) sowie des Kostenvoranschlags vom 19. Mai 2017 (auch als Kostenvoranschlag vom Juni 2017 bezeichnet) gekannt hätte, auf denen die Pauschalierung beruhe (act. 53 Rz. 327+330 und act. 21/17). Denn sie sei davon ausgegangen, die Beklagte habe den Kostenvoranschlag vom 18. September 2017 über CHF 53.5 Mio. bzw. den Kostenvoranschlag vom 19. Mai 2017 über CHF 44.3 Mio. sorgfältig erstellt. Ihre Vorstellung habe jedoch nicht mit der Realität übereingestimmt, weil die Beklagte für diese Kostenvoranschläge falsche Schätzungen sowie Kennwerte verwendet und sie damit grob unsorgfältig erstellt habe. Tatsächlich wäre nämlich mit Kosten von rund CHF 31.7 Mio. zu rechnen gewesen, wie sich mit Kostenprognose vom 20. November 2019 (act. 42/64) herausgestellt habe. Faktisch sei die Kosteninformation vom 18. September 2017 um rund 41% bzw. CHF 21.8 Mio. und die Kosteninformation vom 19. Mai 2017 um rund 28% bzw. CHF 12.6 Mio. zu hoch gewesen; dies bei einem vereinbarten Ungenauigkeitsgrad von +/- 10%. Bei einer Abweichung von über 10% bestehe indes eine tatsächliche Vermutung, dass der Kostenvoranschlag unsorgfältig erstellt worden sei (vgl. E. II/4.2.1). Es habe weder Projektänderungen mit Kostenauswirkungen noch einen Planungsstopp gegeben, welche die Diskrepanz von 41% bzw. 28% erklären würden. Der Grundlagenirrtum habe gemäss Art. 23 OR schliesslich die Ungültigkeit der Pauschalierung zur Folge, woraus zu ihren Gunsten eine Rückerstattungsforderung nach Art. 62 Abs 2 OR resultiere (zum Ganzen act. 41 Rz. 17 ff. und Rz. 151 ff.). Die Beklagte bestreitet eine solche Forderung, weil die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums nicht gegeben seien (act. 46 Rz. 155).

4.1.2. Eine Eventualanfechtung ist für den Fall, dass das Gericht einem Vertrag nicht den vom Anfechtungsberechtigten verstandenen Sinn beimisst, zwar trotz der Bedingungsfeindlichkeit einer Gestaltungserklärung möglich (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 N 7 m.w.Verw.). Diese muss gemäss Art. 31 Abs. 1 f. OR jedoch binnen Jahresfrist nach *Entdeckung* des Irrtums erfolgen. Aktenwidrig

erweist sich in diesem Zusammenhang die Behauptung der Klägerin, sie würde vor dem Gerichtsschied im vorliegenden Verfahren gar nicht wissen, dass überhaupt eine Pauschalvereinbarung bestehe (act. 41 Rz. 165), hat doch die Klägerin bereits in ihrer Klageschrift vom 13. März 2023 sowohl die nachträgliche Pauschalierung des Honorars (act. 1 Rz. 36 ff.) als auch die Kostenabweichung von 41% thematisiert (act. 1 Rz. 71). Ihr (angeblicher) Irrtum war ihr somit bereits am 13. März 2023 bekannt. Deshalb hätte die Klägerin die Pauschalierung spätestens bis am 13. März 2024 (eventualiter) anfechten müssen. Indem sie dies erst mit der Replik vom 10. Juli 2024 getan hat (act. 41 Rz. 153), erfolgte die Anfechtungserklärung nach Ablauf der Jahresfrist. Das Recht, die Pauschalierung infolge Grundlagenirrtums für ungültig zu erklären, ist damit verwirkt. Bereits aus diesem Grund dringt die Klägerin mit ihrem Eventualstandpunkt nicht durch.

#### 4.2. Haftungsbegründende Überschreitung des Kostenvoranschlages

4.2.1. Sollte das Gericht auch einen Willensmangel der Klägerin verneinen, stellt die Klägerin sich im Sinne einer Subeventualargumentation auf den Standpunkt, dass die Beklagte ihr zumindest einen Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 und Art. 398 Abs. 2 OR schulde. Die Beklagte habe ihre vertraglichen Pflichten insofern grob und schuldhaft verletzt, als der von ihr erstellte Kostenvoranschlag vom 18. September 2017 einen Ungenauigkeitsgrad von 41% und der von ihr erstellte Kostenvoranschlag vom 19. Mai 2017 einen Ungenauigkeitsgrad von 28% aufweise, obschon sich die Beklagte ihrer Pflicht, einen Kostenvoranschlag zu erstellen, der nicht mehr und nicht weniger als 10% von den tatsächlichen Kosten abweicht (vgl. Art. 4.32 SIA 108), bewusst gewesen sei (act. 53 Rz. 327+330). Wenn die versprochene Kostengenauigkeit nicht eingehalten werde, liege nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung vor, dass die Kostenprognose unsorgfältig erstellt worden sei und die Fachplanerin damit ihre Vertragspflicht verletzt habe (BGer 4A\_457/2017 vom 3. April 2018, E. 4.2.1; 4A\_210/2015 vom 2. Oktober 2015, E. 4.2.2.3). Der Beweis des Gegenteils obliege der Beklagten, mithin müsse sie das Gericht nach dem Regelbeweismass, d.h. ohne verbleibende ernsthafte Zweifel, davon überzeugen, dass die Abweichung nicht auf ihre Unsorgfalt zurückzuführen sei (act. 41 Rz. 235). Vorliegend habe es

aber weder einen Planungsstopp noch Projektänderungen mit kostensenkenden Auswirkungen auf die prognostizierten Baukosten gegeben, welche eine Diskrepanz von bis zu 41% – notabene fast die Hälfte – rechtfertigen würden.

Durch die Sorgfaltspflichten- bzw. Vertragsverletzung habe sie, die Klägerin, insofern einen Schaden erlitten, als sie sich bei der Pauschalierung des Honorars berechtigterweise auf den Kostenvoranschlag vom 18. September 2017 (eventualiter den Kostenvoranschlag vom 19. Mai 2017) gestützt habe. Diese Vermögensdisposition hätte sie jedoch nicht vorgenommen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt über eine pflichtgemässe Kosteninformation verfügt hätte. Denn nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sei klar, dass sie, die ökonomisch handelnde Klägerin, der Beklagten kein höheres Honorar zugesichert hätte, als dasjenige, das auf einem sorgfältig erstellten Kostenvoranschlag beruht (hypothetischer Kausalverlauf; act. 41 Rz. 208 ff.). Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR werde das Verschulden vermutet und der Beklagten gelinge es nicht, sich zu exkulpieren (act. 41 Rz. 211 f.+236). Vor diesem Hintergrund sei ihr, der Klägerin, ein sogenannter Vertrauensschaden entstanden, der in der Differenz bestehe zwischen ihrem Vermögensstand aufgrund ihrer im Vertrauen auf die pflichtwidrig falsche Kosteninformation vorgenommenen Disposition, und ihrem hypothetischen Vermögensstand, wenn sie ihre Vermögensdisposition auf eine pflichtgemässe richtige Kosteninformation abgestützt hätte. Diesen Schaden habe die Beklagte ihr zu ersetzen, mithin sei sie, die Klägerin, so zu stellen, wie wenn das Honorar gestützt auf die sorgfältig erstellte Kostenprognose vom 20. November 2019 pauschaliert worden wäre. Ihre Schadenersatzforderung sei schliesslich mit dem Honoraranspruch der Beklagten zu verrechnen, was von der Klägerin einredeweise geltend gemacht wird (act. 41 Rz. 17, 151 und 171 ff.).

4.2.2. Die Beklagte entgegnet dem, sie habe sämtliche Kostenvoranschläge sorgfältig erstellt und damit ihre Vertragspflicht nicht verletzt. Zudem habe die Klägerin nicht ansatzweise einen Schaden nachgewiesen (act. 46 Rz. 166 ff.). Des Weiteren weist die Beklagte darauf hin, dass der Submissionsstand vom 20. November 2019 eine völlig ungeeignete Vergleichsbasis zur Feststellung einer haftungsrelevanten

Überschreitung des Kostenvoranschlages sei. Um dies festzustellen, wären vielmehr die *tatsächlichen Gesamtkosten* des Bauprojekts mit dem Kostenvoranschlag zu vergleichen. Die Klägerin stelle vorliegend aber einen Vergleich zwischen einer Prognose und einer anderen Prognose auf. Es liege auf der Hand, dass ein solcher Vergleich von vornherein gänzlich unbrauchbar sei, um die Einhaltung der Kostengenauigkeit zu prüfen. Die Beklagte bestreitet daher insbesondere auch aufgrund der untauglichen Vergleichsbasis, dass es tatsächlich eine Unterschreitung des Kostenvoranschlages um 41% bzw. 28% gab (act. 46 Rz. 147 ff.).

4.2.3. Da die Klägerin aus der behaupteten Überschreitung des Genauigkeitsgrades des Kostenvoranschlages einen Schadenersatzanspruch ableiten will, trägt sie die Beweislast dafür. Nur wenn die Überschreitung des Genauigkeitsgrades mehr als 10% beträgt, bestände nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung für eine Pflichtverletzung der Beklagten. Die Klägerin behauptet, weil das Bauprojekt noch nicht abgeschlossen sei, lägen die tatsächlichen Baukosten noch nicht vor, so dass es sich aufgrund ihres Beweisnotstands rechtfertige, auf die letzte Kostenprognose abzustellen (act. 53 Rz. 334). Es gebe aber ohnehin keine präzisere Bestätigung der unsorgfältigen Kostenplanung der Beklagten als die Marktreaktion auf deren Ausschreibungsplanung (Submissionsstand), die auf dem Bauprojekt und der dortigen Kosteninformation iterativ aufbaue (act. 53 Rz. 107+328). Dem kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Zunächst ist in Zusammenhang mit allfälligen Kostenabweichungen sowohl in den Bundesgerichtsentscheiden ("les coûts réels") als auch in der Lehre (SIEGENTHALER, Planerverträge, Rz. 11.56, 11.68 f., 11.73 und 11.117) stets von den *tatsächlichen* Baukosten die Rede, was im Hinblick auf den Vorwurf der unsorgfältigen Kostenprognose insofern einleuchtet, als einzig diese retrospektiv aufzeigen können, wie genau ein Kostenvoranschlag war. Sodann ist die von der Klägerin vergleichsweise herangezogene Kostenprognose bereits über fünf Jahre alt und stellt somit keine aussagekräftige Basis für die von ihr geltend gemachte Abweichung des Kostenvoranschlages der Beklagten um über 10% dar. Ohne Angaben und Belege über die tatsächlichen Gesamtkosten des Projekts oder – sollten diese zurzeit noch nicht vorliegen – wenigstens über eine aktuelle Kostenprognose oder zumindest über den Kostenstand per 31. August 2023, als sie selbst aus dem Projekt ausschied

(siehe act. 53 Rz. 334), bleibt ihr Standpunkt unfundiert und unbelegt. Gründe, warum die Klägerin nicht auf aktuellere Kosteninformationen zugreifen konnte, sind nicht ersichtlich. Daher kann auch nicht geprüft werden, ob sich daraus etwas zu ihren Gunsten ergäbe. Am Rande bleibt zu bemerken, dass die Klägerin durch das Einreichen eines E-Mail-Verkehrs mit der D.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2024 (act. 54/143) offenbart, dass sie weiterhin mit der D.\_\_\_\_\_ korrespondiert und diese ihr Informationen zur Verfügung stellt. Der von der Klägerin an die Beklagte gerichtete Vorwurf, wegen unterlassener Nachfrage bei der D.\_\_\_\_\_ nicht an benötigte Informationen zu gelangen (act. 53 Rz. 816), trifft sie angesichts ihrer Beweislast bezüglich der tatsächlichen Baukosten vielmehr selbst.

4.2.4. Nach dem Ausgeführten erweist sich der von der Klägerin vorgenommene Vergleich zwischen dem Kostenvoranschlag vom 18. September 2017 bzw. 19. Mai 2017 und der Kostenprognose vom 20. November 2019 als für einen Nachweis des von ihr geltend gemachten Ausmasses der Abweichung untauglich, so dass nicht auf eine Unsorgfalt der Beklagten zu schliessen ist. Folglich besteht auch keine tatsächliche Vermutung, dass die Beklagte als Fachplanerin ihre Vertragspflicht verletzt hätte.

4.2.5. Hinzu kommt, dass der Auftraggeber, der eine Haftung des Planers wegen ungenauer Kostenprognose geltend machen will, sich ohnehin nicht auf die tatsächliche Vermutung einer Vertragsverletzung bei Nichteinhaltung der Kostengenauigkeit stützen kann, wenn er als Ersteller des Kostenvoranschlags wie vorliegend nicht an allen übrigen Phasen der Realisierung beteiligt war und daraufhin die tatsächlichen Baukosten höher liegen als aufgrund des Genauigkeitsgrads der Kostenprognose maximal erwartet werden musste. Vielmehr hat der Auftraggeber in solchen Fällen den *direkten Nachweis* zu erbringen, dass die Kostenüberschreitung in einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Erstellung der Kostenprognose gründet (SIEGENTHALER, Planerverträge, Rz. 11.69). Da für eine Kostenunterschreitung dasselbe gelten muss, die Beklagte nicht an der gesamten Realisierung beteiligt war, die Klägerin sich aber dennoch lediglich auf die nicht zur Anwendung kommende

tatsächliche Vermutung beruft und einen direkten Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung durch die Beklagte gänzlich schuldig bleibt, dringt die Klägerin auch mit ihrem Subeventualstandpunkt nicht durch.

## 5. Höhe des Planerhonorars

### 5.1. Grundhonorar

5.1.1. Haben die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart, ist bei vorzeitiger Auflösung des Vertrages vom Auftraggeber ein Teilbetrag geschuldet, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Rz. 538).

5.1.2. Bezüglich der Teilphase 51 ist zu ergänzen, dass sich die einzelnen Gewerke gemäss dem von den Parteien geschlossenen Nachtrag Nr. 7 wie folgt auf das Honorar aufteilen: Gemäss der angehängten Honorarkalkulation (act. 3/10 S. 2; s.a. act. 19 Rz. 147) resultiert ein Gesamtbetrag von CHF 1'651'902.–, wovon CHF 741'370.– auf Elektro entfallen (= **44,88%**), CHF 629'449.– auf HLKS (= **38,10%**), CHF 103'085.– auf MSRL (= **6,24%**) und CHF 177'998.– auf Fachkoordination (= **10,78%**). Unter Berücksichtigung des pauschalierten Betrags von CHF 1'606'305.98 (vgl. E.II/ 3.3.3.6) und der Leistungsstände (vgl. E. II/2.7) ergibt dies somit folgendes Honorar für die Teilphase 51:

Gewerk	Anteil in %	Anteil am pauschalisierten Betrag in CHF (= Z)	Leistungsstand in %	Z x Leistungsstand = Honorar in CHF
Elektro	44,88	720'910.12	20	144'182.03
Fachkoordination	10,78	173'159.79	20	34'631.96
MSRL	6,24	100'233.49	0	0

HLKS	38,10	612'002.58	80	489'602.06
<b>Total</b>	100,00	1'606'305.98	41,61	<b>668'416.05</b>

5.1.3. Aus der Tabelle in Ziff. 3.1 SPV lässt sich entnehmen, dass ein Abzug von 1,5% für die Generalplanerleistungen der Klägerin vom Honorar der Beklagten vorgesehen ist, was unstrittig ist. Ebenso verhält es sich mit der Mehrwertsteuer von 7,7%, die auf dem Honorar geschuldet ist (act. 41 Rz. 117 und act. 46 Rz. 129). Dies führt zu folgendem Grundhonorar:

in CHF	Phase 3 (Teilphasen 31–33)	Phase 4 (Teilphase 41)	Teilphase 51	Total
Pauschale	2'394'774.–	1'371'910.–	668'416.05	4'435'100.05
GP-Abzug (1,5%)	-35'921.61	-20'578.65	-10'026.24	-66'526.50
Total exkl. MWST	2'358'852.39	1'351'331.35	658'389.81	4'368'573.55
MWST (7,7%)	181'631.63	104'052.51	50'696.02	336'380.16
<b>Total</b>	<b>2'540'484.02</b>	<b>1'455'383.86</b>	<b>709'085.83</b>	<b><u>4'704'953.71</u></b>

5.1.4. Im Ergebnis ist somit von einem Anspruch der Beklagten auf ein Grundhonorar für ihre Arbeiten bis zu ihrem Ausscheiden aus dem Projekt von CHF 4'704'953.71 auszugehen.

## 5.2. Nachträge

5.2.1. Unbestritten ist, dass die Klägerin Nachträge der Beklagten im Umfang von CHF 298'869.– (exkl. MWST) anerkannt hat (act. 1 Rz. 86 f.; act. 19 Rz. 151). Die Beklagte macht jedoch weitere, von der Klägerin bestrittene Nachträge von

CHF 439'970.– geltend, mithin insgesamt CHF 738'839.–, und reicht eine stichwortartige Tabelle mit 54 Positionen (act. 21/14) ins Recht (act. 19 Rz. 40, Rz. 72 und Rz. 150; act. 53 Rz. 131).

5.2.2. Vorauszuschicken ist, dass die Klägerin eine Tabelle einreicht, die sich teilweise mit der von der Beklagten vorgelegten Tabelle deckt (act. 3/15). In diesem Dokument wurden zahlreiche Positionen gestrichen und mit handschriftlichen Bemerkungen versehen, welche von der Klägerin per 21. Januar 2020 datiert und unterzeichnet wurden. Die Streichungen führten zu einer erheblichen Reduktion des Totalbetrages auf die von der Klägerin anerkannten CHF 298'869.–.

5.2.3. Die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte versäumt es aber, sich konkret dazu zu äussern, wann und wie es zu den als Nachträge geltend gemachten, angeblichen weiteren Verrichtungen gekommen ist, worum es sich genau handelt, wie die Preise vereinbart bzw. berechnet wurden etc. Des Weiteren reicht sie zwar eine Zusammenstellung diverser Nachtragsformulare ein (act. 21/15), lässt diese nicht selbsterklärenden Beilagen allerdings unkommentiert. Damit nimmt sie auch keine Beweisverbindung vor, die für eine genügende Begründung des Anspruchs vorausgesetzt wird (siehe Art. 222 Abs. 2 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO). Die Darstellung der Beklagten lässt mangels ausreichender Substantiierung eine Beurteilung nicht zu. Soweit die Beklagte sodann aus der "Vereinbarung in Sachen Projekt GSA am D. \_\_\_\_\_" vom 2. Juli 2020 – worin neben von der Klägerin geforderten Leistungsständen ihre Bereitschaft aufgeführt ist, noch nicht aufgeführte Nachträge von insgesamt CHF 450'000.– zu akzeptieren (act. 21/27) – eine klägerische Anerkennung von noch höheren Nachträgen herleiten möchte (act. 19 Rz. 73), ist sie auf die Ausführungen in E. II/2.6.3 zu verweisen. Wenn eine Partei ihre Bereitschaft aufzeigt, etwas zu einem späteren Zeitpunkt zu akzeptieren, zeigt das gerade, dass die Zustimmung zum Erklärungszeitpunkt noch nicht vorliegt. In der sogenannten Vereinbarung werden somit keine Nachträge festgelegt oder anerkannt, sondern Bestrebungen der Parteien festgehalten. Entsprechend ist nicht auf eine verbindliche Anerkennung weiterer Nachträge durch die Klägerin zu schliessen und diesbezüglich weiterhin von einer vollen Beweislast der Beklagten auszugehen.

5.2.4. Insgesamt gelingt es der Beklagten nicht, weitere Nachträge nachzuweisen. Es bleibt beim von der Klägerin anerkannten Betrag, was zu folgender Berechnung des Anspruchs der Beklagten führt:

	in CHF
Nachträge (exkl. MWST)	298'869.–
MWST (7,7%)	23'012.91
<b>Total</b>	<b><u>321'881.91</u></b>

### 5.3. Zwischenfazit

Der Beklagten steht ein Gesamthonorar von CHF 5'026'835.62 (= CHF 4'704'953.71 + CHF 321'881.91) zu. Davon abzuziehen sind die von der Klägerin geleisteten Akontozahlungen im Umfang von CHF 5'135'488.77 (vgl. E. II/1.3). Folglich ist die Beklagte im Umfang von CHF 108'653.15 überbezahlt.

### 6. Verzugszins

6.1. Voraussetzungen des Zahlungsverzugs sind gemäss Art. 102 Abs. 1 OR die Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit, die Fälligkeit der Forderung und eine Mahnung oder ein bestimmter Verfalltag (BGE 143 II 37 E. 5.2.2; 130 III 591 E. 3.; 129 III 535 E. 3.2; siehe BSK OR I-LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 3). Kommt eine Schuldnerin mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, hat sie dem Gläubiger einen Verzugszins von 5% der Forderung pro Jahr zu entrichten (Art. 104 Abs. 1 OR).

6.2. Nachdem die Beklagte von der Klägerin unbestrittenermassen mit Schreiben vom 22. Juli 2020 (für einen über den zuzusprechenden Betrag hinausgehenden fälligen Betrag) gemahnt worden ist (act. 1 Rz. 89 f. und act. 3/39; act. 19 Rz. 211), ist der Verzugszins von 5% p.a. seit dem 23. Juli 2020 ausgewiesen.

## 7. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 108'653.15 zuzüglich Zins zu 5% seit 23. Juli 2020 zu bezahlen. Im Mehrumfang ist die Klage abzuweisen.

### **III. Formelles zur Widerklage**

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (act. 21/7 S. 7 Ziff. 11 und Art. 17 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH). Da sich die Widerklage wie die Hauptklage im ordentlichen Verfahren beurteilt (siehe Art. 224 Abs. 1 ZPO) und die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Widerklage einzutreten.

### **IV. Materielles zur Widerklage**

#### A. Aktivlegitimation

Die Frage der Aktivlegitimation ist im Zivilprozessrecht keine Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 59 Abs. 1 ZPO, sondern eine Frage der materiell-rechtlichen Begründetheit des eingeklagten Anspruchs. Liegt sie nicht vor, ist die Klage folglich abzuweisen (STAEHELIN, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 2). Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO), ist die Aktivlegitimation als Rechtsfrage von Amtes wegen zu prüfen.

#### 1. Parteistandpunkte

1.1. Die Klägerin als *Widerbeklagte* bestreitet die Aktivlegitimation, zumal die Beklagte seit dem 16. Juni 2023 keine Ansprüche mehr aus dem SPV geltend machen könne, sondern ausschliesslich die B1.\_\_\_\_\_ AG. Zwar sei es theoretisch denkbar, dass die Beklagte sich die widerklageweise geltende gemachte Forderung von der B1.\_\_\_\_\_ AG abtreten liesse. Dem ständen indes Ziff. 4.5 AVB-D.\_\_\_\_\_ und Ziff. 25 ABB-D.\_\_\_\_\_ entgegen, wonach die Abtretung von Honorarforderungen an Dritte nur mit schriftlicher Zustimmung der D.\_\_\_\_\_ zulässig sei. Da im Subplanerverhältnis die Rolle der D.\_\_\_\_\_ der Klägerin zukomme, bedürfe es für die Abtretung einer allfälligen Forderung aus dem SPV ihrer schriftlichen Zustimmung. Eine

solche liege jedoch nicht vor. Deshalb könne die B1.\_\_\_\_\_ AG keine Forderungen aus dem SPV abtreten. Folglich fehle es der Beklagten an der Aktivlegitimation zur Widerklage, weshalb sie bereits aus diesem Grund abzuweisen sei (act. 41 Rz. 225 ff.).

1.2. Demgegenüber beruft sich die Beklagte als *Widerklägerin* für ihre Aktivlegitimation auf die Abtretungserklärung der B1.\_\_\_\_\_ AG an sie, die B.\_\_\_\_\_ Holding AG, vom 3. Oktober 2024 (act. 47/95). Darin trete die B1.\_\_\_\_\_ AG sämtliche Forderungen gegenüber der A1.\_\_\_\_\_ AG aus dem Subplanervertrag an die Beklagte ab. Die schriftliche Zustimmung der Klägerin sei dafür nicht erforderlich, zumal selbst bei Anwendbarkeit der AVB-D.\_\_\_\_\_ bzw. ABB-D.\_\_\_\_\_ unter dem klägerischen Rollenverständnis die Beklagte nicht als Dritte zu qualifizieren sei. Denn das Abtretungsverbot bzw. Zustimmungsgebot diene dazu, eine Abtretung von Forderungen an Personen zu verhindern, welche mit dem SPV nichts zu tun hätten. Im vorliegenden Fall liege keine Abtretung an eine Dritte vor, sondern es werde lediglich die Vermögensabtretung gemäss FusG in Bezug auf die Forderungen aus dem SPV rückabgewickelt und damit der Zustand wiederhergestellt, welcher unter dem SPV ohnehin bestanden habe. Es könne nicht dem Willen der Parteien entsprochen haben, die Wiederherstellung jenes Zustands zu verhindern, den sie mit dem Abtretungsverbot gerade hätten schützen wollen. Deshalb verhalte sich die Klägerin rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf das Abtretungsverbot berufe. Schliesslich diene die Forderungsabtretung der Prozessökonomie sowie der Vermeidung sich widersprechender Urteile (zum Ganzen act. 46 Rz. 245 ff.). Nachdem die Beklagte erkannt hatte, dass in der Abtretungserklärung vom 3. Oktober 2024 die A1.\_\_\_\_\_ AG anstatt die A.\_\_\_\_\_ AG als Schuldnerin aufgeführt ist (act. 58 Rz. 629), reichte sie mit ihrer Stellungnahme zur Widerklageduplik eine korrigierte Abtretungserklärung vom 17. März 2025 ein (act. 59/104).

## 2. Würdigung

2.1. Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung der Schuldnerin an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretbar-

keit einer Forderung kann demnach durch Vereinbarung zwischen dem (Alt-)Gläubiger und der Schuldnerin ausgeschlossen werden (sogenanntes *pactum de non cedendo*). Möglich ist dabei nicht nur ein völliger Ausschluss der Abtretbarkeit, sondern auch die blossе Erschwerung, z.B. die Bindung an eine Zustimmung der Schuldnerin. Ein *pactum de non cedendo* kann ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden. In der Praxis sind vertragliche Abtretungsverbote relativ häufig, da durch einen Gläubigerwechsel die Stellung der Schuldnerin trotz der gesetzlichen Schuldnerschutzbestimmungen regelmässig erschwert wird. Im Einzelfall muss geprüft werden, ob ein *pactum de non cedendo* nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst, weil die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Gläubigers dadurch zu sehr eingeschränkt wird. Die Abtretung einer nicht übertragbaren Forderung ist unwirksam, so dass der Zedent Forderungsinhaber bleibt (zum Ganzen SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Obligationenrecht AT, Rz. 90.24 und 90.26).

2.2. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist sie als selbständige juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit und damit als Dritte gemäss Ziff. 4.5 AVB-D. \_\_\_\_\_ und Ziff. 25 ABB-D. \_\_\_\_\_ zu qualifizieren. Wenn sämtliche Aktiven und Passiven der einen Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft übertragen werden, kann auch keineswegs mehr vom selben Zustand gesprochen werden, der vor einer solchen Vermögensübertragung bestanden hatte. Die Berufung der Klägerin auf das Abtretungsverbot erweist sich vor diesem Hintergrund nicht als rechtsmissbräuchlich. Eine übermässige Einschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der B1. \_\_\_\_\_ AG als Gläubigerin der Forderung ist nicht zu erkennen, zumal es dieser, wie die Beklagte selbst ausführt (act. 46 Rz. 250; vgl. E. II/1.2), ohne Weiteres möglich ist, die Klägerin ins Recht zu fassen.

2.3. Selbst wenn man die schriftliche Zustimmung der Klägerin als entbehrlich erachten würde, ist darauf hinzuweisen, dass die Nennung der korrekten Schuldnerin eine Essentialia negotii des Abtretungsvertrages darstellt (PROBST, in: Commentaire romand Code des obligations I, Art. 164 N 17). Folglich wären die streitgegenständlichen Forderungen mittels Zession vom 3. Oktober 2024 nicht mit hinreichender Bestimmtheit an die Beklagte zediert worden, wurde doch in der zu-

nächst eingereichten Abtretungserklärung die A1.\_\_\_\_\_ AG als Schuldnerin genannt (act. 47/95). Aus der nachträglich korrigierten Abtretungserklärung vom 17. März 2025 kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten herleiten, weil sie diese nach Aktenschluss eingereicht hat. Wie die Klägerin zu Recht erörtert (act. 62 Rz. 121), handelt es sich dabei nicht um ein echtes Novum, sondern um ein Potestativ-Novum – das heisst um ein Novum, dessen Entstehung vom Willen einer Partei abhängt –, das den Regeln betreffend unechte Noven untersteht (BGE 146 III 416 E. 5.3; SÉBASTIEN MORET, Potestativ-Noven – echte oder unechte Noven?, in: ZZZ 54/2021, S. 497). Weil die Beklagte die Abtretungserklärung vom 17. März 2025 bei Beachtung der zumutbaren Sorgfalt bereits vor Aktenschluss hätten einbringen können, ist sie nun damit ausgeschlossen (Art. 229 Abs. 1 lit. b aZPO Ingress und Art. 407f ZPO *e contrario*).

2.4. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Fragen, zu welchem Zeitpunkt das Gericht die Sachlegitimation prüft und ob diese während des hängigen Verfahrens hergestellt werden kann, eine uneinheitliche Praxis des Bundesgerichts besteht. Während tendenziell frühere Bundesgerichtsentscheide davon ausgehen, die Sachlegitimation müsse spätestens im Urteilszeitpunkt vorliegen (BGer 5A\_754/2014 vom 16. März 2015, E. 3.3; BGE 130 III 248 E. 2 und 3; 108 II 475 E. 1b; BGer 5A\_410/2023 vom 25. September 2024, E. 2.6.1), wird in tendenziell jüngeren Bundesgerichtsentscheiden die Meinung vertreten, die Sachlegitimation müsse bereits bei Verfahrenseinleitung gegeben sein (BGer 4A\_102/2023 vom 17. Oktober 2023, 3.1.3; 4A\_127/2022 vom 28. Juni 2022, E. 3.3; 4A\_282/2021 vom 29. November 2021, E. 4.3; 4A\_560/2015 vom 20. Mai 2016, E. 4.1.1). Sollte es sich dabei um eine Praxisänderung des Bundesgerichts handeln, so wäre eine Heilung der fehlenden Aktivlegitimation so oder anders mit keiner der vorliegenden Abtretungserklärungen möglich, weil sie bei Rechtshängigkeit der Widerklage nicht gegeben war (vgl. zum Ganzen BRUNNER/DREYER, Eintritt der Sachlegitimation nach Rechtshängigkeit, in: SJZ 121/2025, S. 282 ff., welche sich gegen eine Praxisänderung aussprechen).

## B. Fazit

1. Mangels Aktivlegitimation der Beklagten ist die Widerklage abzuweisen.
2. Lediglich der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich am Ergebnis nichts ändern würde, wenn die Aktivlegitimation zur Widerklage zu bejahen wäre. Die Erwägungen zur Hauptklage gelten entsprechend für das widerklageweise geltend gemachte Grundhonorar sowie die Nachträge. Hinsichtlich des ebenfalls widerklageweise geltend gemachten Honorars für Projektoptimierungen von CHF 401'200.– (act. 19 Rz. 152, 154 und 157; act. 46 Rz. 132 und 135), muss sich die Beklagte erneut den Vorwurf gefallen lassen, dass ihre Anspruchsbegründung unzureichend ist, weil sie weder substantiierte Tatsachenbehauptungen aufstellt noch eine Beweisverbindung herstellt. Die von der Beklagten eingereichte Tabelle mit 36 Positionen (act. 21/28) ist nicht selbsterklärend und genügt nicht zur schlüssigen Anspruchsbegründung. Die in den ebenfalls eingereichten Sitzungsprotokollen erwähnten „Optimierungen“ (vgl. act. 21/29–31) bleiben überwiegend pauschal; nur einzelne Aspekte werden näher ausgeführt (act. 19 Rz. 74 ff.). Ohnehin wirken diese Protokolle eher wie nachträgliche Aufarbeitungen als wie zeitnahe Vereinbarungen, zumal unklar bleibt, wann aufgrund welcher Besprechungen konkrete Entscheidungen zur Projektoptimierung getroffen worden und weshalb dadurch Mehrkosten entstanden sein sollen sowie was zwischen den Parteien dazu vereinbart worden sein soll. Ferner lassen sich einzelne Protokolleinträge nicht nachvollziehbar den Positionen in der Tabelle zuordnen. Schliesslich vermag die E-Mail der Beklagten vom 21. März 2019 (act. 42/101; vgl. act. 46 Rz. 304 und 355 f.) ebenso wenig einen Nachweis zu ihren Gunsten zu erbringen, da auch darin präzise Angaben zu den geltend gemachten Projektoptimierungen fehlen.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 aZPO i.V.m. Art. 407f

ZPO *e contrario*; § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Grundlage zur Berechnung der Gerichtsgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Weil sich vorliegend die Klage und die Widerklage nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht gegenseitig i.S.v. Art. 94 Abs. 2 ZPO ausschliessen, sind ihre Streitwerte zusammenzurechnen (vgl. HG200096-O vom 4. Juli 2022, E. 7.1; HG180062-O vom 12. Oktober 2020, E. 3.1.3; HG140250-O vom 31. Januar 2017, E. II/9.1; HG130149-O vom 7. Dezember 2015, E. 3.1). Ergo beträgt der Streitwert CHF 3'699'730.22 (= CHF 1'896'872.20 [act. 41 S. 2] + CHF 1'802'858.02 [act. 19 S. 2]). Die Gerichtsgebühr ist somit auf CHF 57'700.– festzusetzen. Die Beklagte unterliegt im Umfang von CHF 1'911'511.17 (= CHF 1'802'858.02 + CHF 108'653.15), was im Verhältnis zum Streitwert 51,67% entspricht. Die Klägerin unterliegt im Umfang von CHF 1'788'219.05 (= CHF 1'896'872.20 ./ CHF 108'653.15), was im Verhältnis zum Streitwert 48,33% entspricht. Da sie zusätzlich bezüglich ihres Nachklagevorbehalts unterliegt, obsiegen bzw. unterliegen die Parteien letztlich in gleichem Umfang. In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO ist ihnen die Gerichtsgebühr je zur Hälfte aufzuerlegen und aus dem jeweils geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 aZPO i.V.m. Art. 407f ZPO *e contrario*). Bei diesem Ergebnis sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### **Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf Rechtsbegehren Ziff. 2 der Klage wird nicht eingetreten.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen, schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

#### **und erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 108'653.15 zuzüglich Zins zu 5% seit 23. Juli 2020 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr von CHF 57'700.– wird den Parteien jeweils im Umfang von CHF 28'850.– auferlegt und aus den geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die nicht beanspruchten Teile der Kostenvorschüsse werden den Parteien zurückerstattet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
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) i.V.m. Art. 42 und Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).  
Der Streitwert beträgt CHF 3'699'730.22.

Zürich, 20. November 2025

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Stephan Mazan

Rade Kokanović