



Kass.-Nr. AA080048/U/mum, damit vereinigt Kass.-Nr. AA080049

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 23. März 2009

in Sachen

A SA,

Klägerin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

gegen

B AG,

Beklagte, Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerden gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2008 (HG030377/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I. Inhalt und Prozessgeschichte

1. Die Klägerin, deren Zweck der Kauf, Verkauf und die Erstellung von Immobilien ist, und die Beklagte, welche ein Architektur- und Planungsbüro betreibt, schlossen am 25. Januar 1999 einen Generalplanervertrag, worin die Klägerin als Bauherrin der Beklagten als Generalplanerin die Erstellung der "Villa X", eines mehrgeschossigen Gebäudes mit 34 Eigentumswohnungen inklusive Parkplätze und Gartenanlagen etc. zu einem Pauschalhonorar von Fr. 2'325'000.– übertrug. Als sich der Baufortschritt verzögerte, löste die Klägerin den Vertrag vorzeitig auf und verlangte von der Beklagten mit Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2003 (unter Einreichung der Weisung) Fr. 2'500'000.– nebst Zins unter den Titeln Konventionalstrafe für Termin- und Kostenüberschreitung, zu viel bezahltem Honorar sowie Schadenersatz (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 2 S. 6 f., KG act. 1 S. 3). Das Handelsgericht hiess mit Urteil vom 4. Februar 2008 die Klage im Umfang von Fr. 826'046.60 nebst 5% Zins seit 27. September 2002 gut und wies sie im Mehrbetrag ab (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 2 S. 167 Ziff. 1).

2. Dagegen liessen beide Parteien am 14. März 2008 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde erheben (die Klägerin ist Beschwerdeführerin im Verfahren Kass.-Nr. AA080048; KG act. 1 und die Beklagte Beschwerdeführerin im Verfahren Kass.-Nr. AA080049; KG act. 1 = KG act. 18/1 im Verfahren Kass.-Nr. AA080048, vgl. dazu unten II.1).

a) Die Klägerin stellt den Antrag, die Klageabweisung gemäss Ziffer 1 Abs. 2 des angefochtenen Urteils im Umfang von Fr. 1'673'953.40 aufzuheben, die Klage in diesem Umfang zuzüglich Zins zu 5% seit dem 27. September 2002 im Sinne von § 291 ZPO direkt gutzuheissen, ev. zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 1 S. 2). Die ihr mit Präsidialverfügung vom 19. März 2008 auferlegte Prozesskaution von Fr. 60'000.– (Kass.-Nr.

AA080048; KG act. 4) ging innert Frist ein (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 12). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet hat (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 10), hat die Beklagte ihre Beschwerdeantwort mit Datum vom 25. April 2008 eingereicht (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 14). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 28. April 2008 zur Kenntnisnahme zugestellt (Kass.-Nr. AA080048; KG act. 16). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

b) Die Beklagte beantragt, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, wobei sie allerdings in RZ 10 auf S. 5 ihrer Beschwerdeschrift angibt, die Beschwerde richte sich gegen die zugesprochene Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 800'000.– und der weiter zugesprochene Betrag von Fr. 26'046.60 werde akzeptiert, jedoch mit ihrer Honorarforderung verrechnet (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 1 S. 2 und 5). Die ihr mit Präsidialverfügung vom 19. März 2008 auferlegte Prozesskaution von Fr. 45'000.– (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 8) ging innert Frist ein (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 13). Mit Präsidialverfügung vom 19. März 2008 wurde der Beschwerde der Beklagten antragsgemäss die aufschiebende Wirkung verliehen (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 8). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet hat (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 12), hat die Klägerin ihre Beschwerdeantwort mit Datum vom 28. April 2008 eingereicht (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 14). Diese wurde der Beklagten mit Verfügung vom 29. April 2008 zur Kenntnisnahme zugestellt (Kass.-Nr. AA080049; KG act. 16 = KG act. 18/16). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

II.

Prozessuales: Vereinigung, Natur des Beschwerdeverfahrens, Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde

1. Die beiden Beschwerden AA080048 und AA080049 richten sich gegen denselben Entscheid HG030377/U des Handelsgerichts vom 4. Februar 2008. Die beiden Verfahren sind daher zu vereinigen und unter Kass.-Nr. AA080048 weiterzuführen. Das Verfahren Kass.-Nr. AA080049 ist als durch Vereinigung erledigt abzuschreiben und die bisherigen Akten am Kassationsgericht in das Verfahren

Kass.-Nr. AA080048 als KG act. 18 aufzunehmen. Die Klägerin und Beschwerdeführerin im Verfahren Kass.-Nr. AA080048 wird künftig als Klägerin bezeichnet, die Beklagte und Beschwerdeführerin im Verfahren Kass.-Nr. AA080049 als Beklagte, die Klägerin und Beklagte gemeinsam als Parteien.

2. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen hat, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Zur Begründung der Rüge der Aktenwidrigkeit gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss mit welcher Aktenstelle in Widerspruch steht resp. bei der Willkürüge, aufgrund welcher Aktenstelle die Feststellung schlichtweg unhaltbar sei. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80).

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leide, ist eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Behauptungen oder Beweismitteln vor der Kassationsinstanz grundsätzlich nicht zulässig und besteht insbesondere auch kein Novenrecht gemäss § 115 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7b zu § 115 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.; ZR 76 Nr. 26, 102 Nr. 3 Erw. 5.2 b.bb, RB 1996 Nr. 121).

3. a) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO).

Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 167). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht inkl. Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

b) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach ständiger Praxis ungeachtet des (die ratio der Bestimmung nur unzureichend wiedergebenden) Wortlauts von § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch dann ausgeschlossen, wenn in der Beschwerde eine willkürliche Anwendung von Bundesrecht und insoweit eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht wird. Denn diese (ZPO-)Vorschrift, welche in ihrer früheren, vor der BV-Revision in Kraft stehenden Fassung Nichtigkeitsbeschwerden wegen Verletzung von Art. 4 (und 58) aBV für stets zulässig erklärt hatte und nach erfolgter Revision der Bundesverfassung insoweit angepasst wurde, als sie nunmehr auf jene (neuen) Verfassungsbestimmungen verweist, welche die von der Praxis entwickelten Teilgehalte von Art. 4 aBV explizit umschreiben, hatte nicht die Abgrenzung zwischen kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde und eidgenössischer Berufung, sondern einzig diejenige zwischen kantonaler Nichtigkeits- und staatsrechtlicher Beschwerde zum Gegenstand (BGE 104 Ia 402; von Rechenberg, a.a.O., S. 44). Sie beruhte auf der Überlegung, dass die höchstrichterliche Praxis zu diesen Verfassungsvorschriften (sowie zum nunmehr ebenfalls genannten Art. 6 EMRK) hinsichtlich der Kognition des Bundesgerichts (im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde) namentlich für eine Partei schwer zu überblicken war und deshalb die Gefahr eines Rechts(mittel)verlustes in sich barg (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 und 18 zu § 285 ZPO; von Rechenberg,

a.a.O., S. 29 und 44; Spühler/Vock, a.a.O., S. 60; s.a. BGE 104 Ia 402 f.; ZR 105 Nr. 10 Erw. III.2; ZR 106 Nr. 50 Erw. II.4 f-g = SJZ 103 [2007] S. 333 ff.; Kass.-Nr. AA070082 vom 21.05.2008 i.S. B., Erw. II.3a).

Da die Rüge, es sei Bundesrecht willkürlich angewandt worden, im Einwand der blossen Falschanwendung von Bundesrecht aufgeht, resp. sich jene in Letzterem erschöpft (vgl. ZR 105 Nr. 10 Erw. III.2b mit Verweis auf BGE 129 III 303), entfällt - zumindest in Fällen, in denen (wie vorliegend) die Streitwertgrenze gemäss Art. 74 BGG erreicht ist - der Grund für die erleichterte Zulassung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Die Unzulässigkeit der Rüge willkürlicher Anwendung von Bundesrecht im Kassationsverfahren entspricht im Übrigen auch dem Sinn der gesetzlichen (Subsidiaritäts-) Regelung (§ 285 ZPO), soll damit doch vermieden werden, dass sich Kassationsgericht und Bundesgericht mit den gleichen Rechtsfragen (des materiellen Bundesrechts) befassen (von Rechenberg, a.a.O., S. 39), was sie bei diesbezüglicher Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde jedoch täten. Somit ist in beschwerdefähigen Fällen im kantonalen Beschwerdeverfahren (auch) die Rüge willkürlicher Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 44; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 285 ZPO; BGE 104 Ia 402 f.).

c) Wird mit der Beschwerde geltend gemacht, die Vorinstanz habe die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 56 ZPO resp. Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Begründungspflicht mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht verletzt, so ist die bundesrechtliche Begründungspflicht angesprochen (vgl. auch Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG) und tritt das Kassationsgericht auf eine entsprechende Rüge nicht ein, wenn diesbezüglich ein bundesrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung steht (ZR 107 Nr. 59). Wird dagegen geltend gemacht, die Begründungspflicht sei insofern verletzt, als sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lasse, wie die Vorinstanz zu bestimmten tatsächlichen Annahmen gelangt ist, so betrifft dies die kantonalrechtliche Begründungspflicht, deren gerügte Verletzung das Kassationsgericht prüfen kann (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 48 zu § 157 GVG; Kass.-Nr. AA070169 vom 24.07.2008 Erw. 4.4.b).

Wo gestützt auf § 285 ZPO auf die Rüge(n) einer Partei nicht eingetreten werden kann, wird dies an entsprechender Stelle bei der nachfolgenden Prüfung ausgeführt.

III. Beschwerde der Klägerin

1. Die Klägerin führt unter dem Titel "A. Verletzung von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO dadurch, dass das Handelsgericht zu Unrecht die Konventionalstrafe aus Terminverzögerungen herabgesetzt hat" aus, der angefochtene Entscheid verletze § 281 Ziff. 2 ZPO, weil die Herabsetzung der Konventionalstrafe um 55% (von Fr. 1'800'000.– auf Fr. 800'000.–) sowohl der klaren Aktenlage als auch der Begründung im angefochtenen Entscheid widerspreche (KG act. 1 RZ 10 ff.).

1.1.1 a) Wenn das Handelsgericht Gründe für die Rechtfertigung der Herabsetzung der Konventionalstrafe heranziehe, welche es bei der Prüfung des Verschuldens der Beklagten hinsichtlich der Terminüberschreitung abgewiesen habe (weil es hier selber festhalte, die Beklagte sei für die Verzögerungen, die durch Käuferwünsche eingetreten seien, verantwortlich), sei das - so die Klägerin - unzutreffend, willkürlich und der Entscheid damit aufgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO aufzuheben (KG act. 1 RZ 12-16).

b) Ausserdem unterlasse es die Vorinstanz bei der Erwägung, die Terminverzögerung wegen der Käuferwünsche sei auch äusseren Einflüssen zuzuschreiben, zu begründen, welche "*äusseren Einflüsse*" konkret für eine Verzögerung verantwortlich gewesen sein sollten, sodass der Entscheid auch wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gestützt auf § 157 Ziff. 9 GVG i.V.m. § 281 Ziff. 1 ZPO aufzuheben sei (KG act. 1 RZ 17).

c) Ebenfalls willkürlich und weder durch rechtsgenügeliche Parteibehauptungen der Beschwerdegegnerin noch durch die Aktenlage gedeckt sei die Feststellung der Vorinstanz, dass diese Verzögerungen auch der Klägerin zugute gekommen seien, da durch die Berücksichtigung der Wünsche die Kundenzufriedenheit habe gesteigert werden können. Es diene offensichtlich nicht der Kun-

denzufriedenheit, wenn sich die Errichtungszeit auf 41 anstatt der vereinbarten 23 Monate belaufe (KG act. 1 RZ 15).

1.1.2 a)aa) Soweit die Klägerin mit ihren Vorbringen, die Herabsetzung der Konventionalstrafe widerspreche der klaren Aktenlage, Aktenwidrigkeit rügen will, genügt ihre Beschwerde den Anforderungen des Nachweises eines Nichtigkeitsgrundes gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht, unterlässt sie es doch, genau anzugeben, welche Feststellung der Vorinstanz aufgrund welcher Aktenstelle sich als blanker Irrtum erweisen solle, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. oben II.2).

bb) Auch auf die Willkür rüge kann nicht eingetreten werden, da die Klägerin vorliegend - wie sich bereits aus der Überschrift A. der Beschwerde (und auch aus RZ 11: "*Die Gründe für diese Herabsetzung vermögen nicht zu überzeugen*") ergibt - eine ihrer Ansicht nach zu Unrecht vorgenommene Herabsetzung der Konventionalstrafe geltend macht, mithin die nicht richtige Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR, also eine Bundesrechtsverletzung, welche das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei überprüft. Ebenfalls Bundesrecht beschlägt die Frage, ob Kriterien, welche bei der Frage der Exkulpation des Schuldners verworfen wurden, bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe als "Herabsetzungsgründe" im Rahmen des richterlichen Ermessens beachtet werden dürfen, was die Klägerin im Ergebnis mit ihrer Rüge der Willkür beanstandet. Auf die Rügen in diesem Zusammenhang kann daher nach dem Gesagten gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden. Daran ändert auch die Berufung der Klägerin auf Willkür vor dem Hintergrund von § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO nichts, da ihre Rüge Willkür im Anwendungsbereich einer bundesrechtlichen Bestimmung betrifft (vgl. oben II.3b).

b) Auf die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch ungenügende Begründung im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO i.V.m. § 157 Ziff. 9 GVG (KG act. 1 RZ 14 sowie RZ 17) kann nach dem vorstehend II.3c Gesagten gestützt auf § 285 ZPO ebenfalls nicht eingetreten werden, da die Begründungspflicht im Bereich von Art. 163 Abs. 3 OR als verletzt gerügt wird. Nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ist es nämlich generell nicht möglich,

in Fällen, in welchen ein bestimmter Mangel beim Bundesgericht gerügt werden kann, gleichzeitig noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Begründung, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift verletzt worden (vgl. RB 1980 Nr. 29, Kass.-Nr. AA080031 vom 08.09.2008 i.S. L., Erw. 2.1b).

c) In Bezug auf die Rüge der Beschwerdeführerin in RZ 15 ihrer Beschwerde, die Feststellung der Vorinstanz, dass die Verzögerungen auch der Klägerin zugute gekommen seien, da durch die Berücksichtigung der Wünsche die Kundenzufriedenheit habe gesteigert werden können, sei weder durch rechtsgenügli- che Parteibehauptungen der Beschwerdegegnerin noch durch die Aktenlage ge- deckt und willkürlich, kann vorliegend mangels Erfüllung der Anforderungen an die Aktenwidrigkeits- resp. Willkürzüge (vgl. vorstehend II.2) darauf nicht einge- treten werden. Unbegründet ist die sinngemässe Rüge der Verletzung eines we- sentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Verletzung der Verhandlungsmaxime, die besagt, dass das Gericht seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zu- grunde legen darf (§ 54 Abs. 1 ZPO). Allgemein bekannte Tatsachen und Erfah- rungssätze können nämlich vom Gericht berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht speziell behauptet worden sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54 ZPO). Und um einen solchen Erfahrungssatz handelt es sich, wenn die Vorin- stanz ausführt, dass es der Verkäuferin von Wohnungen zugute kommt, wenn die Wünsche der Käufer auch dann noch berücksichtigt werden, wenn sie verspätet angebracht werden, und damit ihre Kundenzufriedenheit gesteigert wird.

1.2.1 Hinsichtlich der Projektüberarbeitungen durch die Beklagte erachtet es die Klägerin ebenfalls als willkürlich, wenn die Vorinstanz zwar in Bezug auf die Terminverzögerung ausführe, diese seien nicht so erheblich gewesen, dass die Einhaltung der vertraglichen Termine für die Beklagte unmöglich oder unzumutbar geworden sei, dann aber die Herabsetzung der Konventionalstrafe unzutreffen- derweise damit rechtfertige, dass die Projektänderungen "erheblich" gewesen seien (KG act. 1 RZ 18-19, S. 6 f.).

1.2.2 Was diese Beanstandungen der Klägerin anbelangt, so ist einmal dar- auf hinzuweisen, dass die Feststellung der Vorinstanz in Erw. IV.B.7.3 auf S. 108 lautet, dass "*die von der Klägerin gewünschten Projektüberarbeitungen vielleicht*

nicht derart umfassend gewesen sein [mögen], wie dies die Beklagte behauptet, ... indessen dürften diese mit Sicherheit erhebliche zusätzliche Aufwendungen verursacht haben" (und nicht dass die Projektänderungen als solche erheblich gewesen wären, vgl. KG act. 2, S. 108). Im Übrigen kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen unter III.1.1.2a/bb sowie II.3 verwiesen werden, betreffen doch diese Vorbringen hinsichtlich Projektüberarbeitungen seitens der Beklagten dieselben Rügen, wie diejenigen hinsichtlich Käuferwünsche. Darauf ist in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten.

1.3.1 Dasselbe gilt gemäss Klägerin in Bezug auf die Argumentation der Vorinstanz zu Witterung / Schwieriger Baugrund, sei doch die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Beklagte nicht substantiiert dargelegt habe, inwiefern die Witterungsverhältnisse ausserordentlich und somit unvorhersehbar gewesen sein sollten, während ihr dann aber für die Herabsetzung der Konventionalstrafe ein allgemeiner, nicht weiter begründeter Verweis darauf, dass die Witterungsverhältnisse ausserordentlich gewesen sein sollen, ausreiche. Die Feststellung, die Witterungsverhältnisse hätten "*einen gewissen Einfluss auf den Bauablauf ausgeübt*", sei daher weder begründet noch zutreffend und widerspreche den Ausführungen der Vorinstanz zur Verantwortlichkeit der Terminverzögerung. Daraus ergebe sich, dass die Herabsetzung der Konventionalstrafe auch unter Berufung auf die Witterungsverhältnisse unverhältnismässig sei (KG act. 1 RZ 20-22).

1.3.2 a) Was die Beanstandungen der Klägerin hinsichtlich Widersprüchlichkeit zwischen der Begründung der Vorinstanz zur Nichtberücksichtigung der Witterungsverhältnisse als Exkulpationsgrund der Schuldnerin und der Begründung zur Herabsetzung der Konventionalstrafe anbelangt, so ist vorzuschicken, dass die Vorinstanz in Erw. IV.B.7.3 auf S. 108 des Urteils vom 4. Februar 2008 entgegen der Darstellung der Klägerin keine Feststellung trifft, dass die Witterungsverhältnisse ausserordentlich gewesen wären (KG act. 2, S. 108). Sodann kann auf die vorstehenden Ausführungen unter III.1.1.2a/bb und II.3 verwiesen werden, betreffen doch diese Rügen hinsichtlich Witterung dieselben Argumente, wie diejenigen hinsichtlich Käuferwünsche. Darauf ist in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten.

b) Dass die Vorinstanz die Mutmassung, "*Auch weitere Tatsachen, wie die Witterung (...), dürften einen gewissen Einfluss auf den Bauablauf ausgeübt haben*" deswegen als plausibel erachtet hat, weil die Klägerin selber den Wohnungskäufern gegenüber die Verzögerung mit diversen Drittursachen begründet habe, ergibt sich aus dem Folgesatz zu dem als unbegründet gerügten (KG act. 2 Erw. IV.B.7.3 S. 108). Daher geht die Rüge hinsichtlich Begründung fehl.

c) Soweit die Beschwerdeführerin eine "*Unverhältnismässigkeit der Herabsetzung der Konventionalstrafe*" (KG act. 1 RZ 22) geltend macht, kann darauf als Rüge der Verletzung von Bundesrecht (Art. 163 Abs. 3 OR) in Anwendung von § 285 ZPO nicht eingetreten werden (vgl. vorne II.3).

1.4.1 a) Weiter erblickt die Klägerin Willkür darin, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Terminverzögerung festhalte, dass die Beklagte aus dem Schreiben der Klägerin an die Käuferschaft vom 25. Juni 2002 (HG act. 9/83) nichts zu ihren Gunsten ableiten könne, demgegenüber in Bezug auf die Herabsetzung der Konventionalstrafe ausführe, dass in diesem Schreiben die Beklagte "*nur in einem Umfang von 10 Monaten als für die Verspätung verantwortlich bezeichnet*" worden sei. Da es sich aber um eine vorprozessuale Äusserung der Klägerin handle, dürfe diese gemäss den eigenen Ausführungen der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden (KG act. 1 RZ 23-28).

b) Ebenfalls als Verstoss gegen § 281 Ziff. 2 ZPO ist gemäss der Klägerin einzustufen, dass die Vorinstanz das Schreiben nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen und die Konventionalstrafe statt *auf* 10 Monate *um* 10 Monate reduziert habe (KG act. 1 RZ 26 und 28).

c) Sofern es sich dabei nicht um ein offensichtliches Versehen handeln sollte, so sei die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die "zusätzliche" Herabsetzung der Konventionalstrafe im Umfang von zwei Monatsraten zu begründen. Insofern enthalte der Entscheid nicht alle massgebenden Entscheidungsgründe, womit er einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletze. Es sei ihr nicht möglich, die Herabsetzung in der Höhe von Fr. 1'000'000.– nachzuvollziehen (KG act. 1 RZ 26 und 28, sowie RZ 34).

1.4.2 a) Was den Vorwurf der Willkür durch nach Ansicht der Klägerin widersprüchliche vorinstanzliche Argumentationen bei der Verantwortlichkeit der Beklagten für die Terminverzögerung gegenüber den Erwägungen bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe anbelangt, so kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen unter III.1.1.2a/bb und II.3 verwiesen werden. Diese Rüge hinsichtlich Schreiben an die Käuferschaft läuft gleich wie hinsichtlich der Käuferwünsche auf die bundesrechtliche Frage hinaus, ob es zulässig sei, bei der Prüfung einer allfälligen Exkulpation des Schuldners verworfene Argumente bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen. Auf die Rüge ist daher in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten.

b) Wie sich aus Erw. IV.B.8. auf S. 109 des angefochtenen Entscheides ergibt, hat die Vorinstanz bloss ergänzend auf das Schreiben an die Wohnungskäufer verwiesen, die Herabsetzung jedoch in erster Linie mit andern Umständen begründet (wie, dass die Klägerin keinen ihr entstandenen Schaden begründet habe, das Verschulden der Beklagten an der Vertragsverletzung nicht als schwer zu bezeichnen sei, KG act. 2, S. 105-109). Die Vorinstanz hat daher nicht, wie die Klägerin meint, gestützt auf das Schreiben an die Käufer die Konventionalstrafe einmal um 10 Monatsbeträge und gestützt auf weitere Kriterien zusätzlich um Fr. 200'000.– reduziert. Die Rüge, die Vorinstanz habe das Schreiben willkürlich gewürdigt, indem sie die Konventionalstrafe statt *auf 10 um 10 Monatsbeträge* herabgesetzt habe, geht daher fehl.

c) Soweit die Klägerin geltend macht, mangels genügender Begründung sei es ihr nicht möglich, die Herabsetzung in der Höhe von Fr. 1'000'000.– nachzuvollziehen (KG act. 1 RZ 34), so beschlägt diese Rüge die bundesrechtliche Begründungspflicht der Vorinstanz bei der Ausübung ihres Ermessens gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR. Diese Rüge wäre dem Bundesgericht vorzutragen und kann vom Kassationsgericht nicht überprüft werden (§ 285 ZPO, vgl. vorstehend II.3c).

1.5.1 Sodann erachtet die Klägerin auch die Argumentation des Handelsgerichts bezüglich Terminverzögerung aufgrund des "aufgezwungenen" Ingenieurbüros Y AG (wo das Handelsgericht festhalte, dass die Beklagte als Vertragspartnerin desselben die Verantwortung für dessen Tätigkeit nicht auf die Klägerin ab-

wälzen könne) als widersprüchlich zu derjenigen bezüglich Herabsetzung der Konventionalstrafe, wo es ausführe, dass sich der Vorschlag der Klägerin, das Ingenieurbüro Y AG zu engagieren, als unglückliche Lösung für die Beklagte erwiesen habe, da dieser mangels zufriedenstellender Leistungen habe entlassen werden müssen. Die Klägerin habe jedoch nichts mit dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Ingenieurbüro Y AG zu tun gehabt, sodass es nicht ersichtlich sei, weswegen ihr nun durch Herabsetzung der Konventionalstrafe ein Nachteil erwachsen solle, was von der Vorinstanz auch nicht begründet werde (KG act. 1 RZ 29-32).

1.5.2 Erneut kann auf die vorstehenden Ausführungen unter III.1.1.2a/bb und II.3 verwiesen werden, läuft doch diese Rüge hinsichtlich Beizug des Ingenieurbüro Y AG gleich wie hinsichtlich der Käuferwünsche auf die bundesrechtliche Frage hinaus, ob es zulässig sei, bei der Exkulpation des Schuldners verworfene Kriterien bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen. Auf die Rüge ist daher in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten. Auch hinsichtlich der Rüge der ungenügenden Begründung gilt, dass darauf nicht einzutreten ist, da hier ungenügende Begründung im Anwendungsbereich von Art. 163 Abs. 3 OR geltend gemacht wird (vgl. vorstehend II.3c).

1.6.1 Die Klägerin macht überdies geltend, die Vorinstanz sei trotz ständiger Rechtsprechung und obwohl sie dies auch selber so festhalte, dass in die Überprüfung einer allfälligen Herabsetzung der Konventionalstrafe die Kriterien der Schwere der Vertragsverletzung und des Verschuldens, Art und Dauer des Vertrages sowie die Geschäftserfahrung der Parteien mit einzubeziehen seien, darauf nicht eingegangen und verstosse insofern ebenfalls gegen § 281 Ziff. 2 ZPO. Hätte die Vorinstanz sich damit befasst, hätte sie unweigerlich zum Schluss kommen müssen, dass die Konventionalstrafe nicht herabzusetzen sei, da die Konventionalstrafe angesichts der Bausumme von Fr. 16 Mio. angemessen sei, die wirtschaftliche Lage der Beteiligten kein Kriterium für eine Herabsetzung liefere, die Beklagte am 1979 ins Handelsregister eingetragen worden sei, gemäss ihrem statutarischen Zweck eine Spezialistin für Generalplanungen sei. Hinzu komme, dass der Vertrag von der Beklagten selbst ausgearbeitet worden sei und

bei einer Dauer von 23 Monaten zu erwarten sei, dass ein Spezialist die Termine einhalten könne (KG act. 1 RZ 35-38).

1.6.2 Auf diese Ausführungen ist nicht einzutreten:

Einerseits handelt es sich dabei um unzulässige Noven (jedenfalls tut die Klägerin nicht dar, inwiefern sie diese Vorbringen bereits dem Handelsgericht vorgetragen hätte, vgl. dazu oben II.2).

Ausserdem ist die Frage, ob die Vorinstanz alle für oder gegen eine allfällige Herabsetzung der Konventionalstrafe sprechenden Kriterien beachtet hat, als Frage des Bundesrechts (Art. 163 Abs. 3 OR) der kassationsgerichtlichen Überprüfung entzogen (§ 285 ZPO, vgl. dazu oben II.3). Immerhin sei darauf hingewiesen, dass sich die Vorinstanz entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin zum Verschulden der Beklagten geäussert hat (vgl. KG act. 2, S. 108).

1.7.1 Die Klägerin wirft der Vorinstanz ferner vor, den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO (Verletzung klaren materiellen Rechts, nämlich Art. 161 Abs. 1 OR) gesetzt zu haben, indem sie ihr vorwerfe, einen entstandenen Schaden nicht ansatzweise begründet zu haben, dies obwohl gemäss Art. 161 Abs. 1 OR die Konventionalstrafe auch dann geschuldet sei, wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen sei (KG act. 1 RZ 39-40).

1.7.2 Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden. Die Verletzung von Bundesrecht und damit auch von Art. 161 Abs. 1 OR prüft das Bundesgericht frei (vgl. oben II.3). § 285 ZPO geht der Bestimmung von § 281 Ziff. 3 ZPO vor.

2. Unter dem Titel "*Verletzung von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO dadurch, dass das Handelsgericht zu Unrecht die mangelnde Substanziierung des klägerischen Anspruchs auf Beteiligung der Beklagten an den entstandenen Mehrkosten angenommen hat*" macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe aktenwidrige Annahmen getroffen, sei in Willkür verfallen und habe auch ihr rechtliches Gehör verletzt (KG act. 1 RZ 43 ff.).

2.1.1 Eine Verletzung von § 281 Ziff. 2 ZPO erblickt die Klägerin darin, dass die Vorinstanz eine Kostenbeteiligung der Beklagten mangels genügender Sub-

stanzierung abgelehnt habe, obwohl sich diese unzweifelhaft aus den relevanten Akten (insbesondere dem Generalplanervertrag [HG act. 4/4] und Buchhaltungsunterlagen [HG act. 16/6/1-4 und 7/1-7/6]), welche allesamt von der Klägerin frist- und formgerecht angerufen worden seien, ergebe (KG act. 1 RZ 47). In Ergänzung zur Replik macht die Klägerin sodann Ausführungen zu diesen Buchhaltungsunterlagen, worin die Kosten für die Bauvorbereitung in der Höhe von Fr. 1'183'239.20, für die Erstellung von Fr. 24'512'666.– sowie die von den Käufern bezahlten Baukosten im Umfang von Fr. 383'500.– ausgewiesen seien. Daraus ergebe sich, dass sich die der Beklagten gemäss Bonus-/Malus-Regelung des Generalplanervertrages zurechenbaren Baukosten auf Fr. 26'079'405.20 beliefen. Da im Generalplanervertrag von Fr. 18'370'000.– ausgegangen worden sei, sei offensichtlich, dass durch die Beklagte Mehrkosten im Betrag von 7'709'405.20 entstanden seien. Nach Abzug von Fr. 600'000.– gelange die Regelung auf einem Betrag von Fr. 7'109'405.– zur Anwendung. 15% und somit Fr. 1'066'041.– seien von der Beklagten zu übernehmen. In der Klage, wo einstweilen von Fr. 4'435'314.– basierend auf der von der Beklagten selbst errechneten Kostenkontrolle vom 18. Dezember 2001 ausgegangen worden sei (sodass die Vorinstanz zumindest vom von der Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 5'717'933.– hätte ausgehen müssen, ansonsten ihr Entscheid aktenwidrig sei), habe sie - die Klägerin - einen ausdrücklichen Nachklagevorbehalt angebracht (KG act. 1 RZ 45-48).

2.1.2 Da das Verfahren vor Kassationsgericht keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens ist (vgl. schon oben II.2), ist auf die neuen Vorbringen der Klägerin in RZ 46 ihrer Beschwerde (welche sie gemäss ihren eigenen Angaben *in Ergänzung zu den Ausführungen in der Replik*) macht, nicht einzutreten.

Die Klägerin zeigt zudem nicht auf, wo sie entsprechende Behauptungen zu den Mehrkosten vor Vorinstanz aufgestellt hätte, weshalb ihre Aktenwidrigkeitsrüge überdies den Anforderungen von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht zu genügen vermag, sodass auch gestützt auf diese Bestimmung nicht darauf einzutreten wäre.

Im Übrigen wird die Frage, ob ein bundesrechtlicher Anspruch genügend substantiiert worden sei, vom Bundesrecht beantwortet (wie die Klägerin selber erkennt, KG act. 1 RZ 43), sodass auf diese Vorbringen auch gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. ZR 102 Nr. 8 und oben II.3).

Schliesslich setzt sich die Klägerin auch nicht mit den Ausführungen der Vorinstanz in Erw. IV.C.5. auf S. 124 ff. des Urteils auseinander. Danach sei bezüglich der von der Z Treuhand AG erstellten Bauabrechnung per 31. Dezember 2004 zu beachten, dass die Klägerin den Vertrag mit der Beklagten per 19. Januar 2002 aufgelöst habe, es aber nicht Sinn und Zweck der vereinbarten Bonus-/Malus-Regel sein könne, die Beklagte auch für nach der Vertragsbeendigung entstandene Kostenüberschreitungen verantwortlich zu machen. Die Klägerin treffe daher die Behauptungslast dafür, welche Kosten gemäss ursprünglicher Projektierung für das Stadium, in dem sich der Bau am 19. Januar 2002 befand, vorgesehen waren und andererseits hätte sie darzulegen, welche Kosten bis dahin effektiv angefallen gewesen seien. Die Mehrkosten seien mit den Behauptungen der Klägerin, die ausgewiesenen Kosten per 31. Dezember 2004 würden ausschliesslich Positionen umfassen, welche zu jenem Teil der Gesamtanlagekosten gehören würden, der von der Beklagten zu vertreten sei, nämlich Vorbereitungskosten, Erstellungskosten, Umgebungsarbeiten und Spezialinstallationen, nicht substantiiert worden (KG act. 2 S. 124 ff.). Auch aus diesem Grunde ist nicht auf diese Rügen einzutreten (vgl. oben II.2).

Selbst wenn aber die Rügen behandelt werden könnten, wären sie unbegründet. Die Klägerin scheint zu verkennen, dass ein frist- und formgerechtes Anrufen von Beweismitteln (und um solche handelt es sich bei den angerufenen Aktenstücken des Generalplanervertrags gemäss HG act. 4/4 und der Buchhaltungsunterlagen gemäss HG act. 16/6/1-4 und 7/1-7/6 resp. die Kostenkontrolle vom 18. Dezember 2001 gemäss HG act. 4/19) nicht eine substantiierte Tatsachenbehauptung zu ersetzen vermag und mit einem "Verweis auf Buchhaltungsunterlagen" kein Schaden resp. Mehrkosten behauptet wird.

2.2.1 Darüber hinaus - so die Klägerin - habe sie umfangreiche Zeugenofferten und die Erstellung eines Gutachtens beantragt. Da die Forderung behauptet

tet und substantiiert dargelegt gewesen sei, wäre die Durchführung eines Beweisverfahrens angezeigt gewesen. Die Vorinstanz habe durch eine antizipierte Beweiswürdigung ihr rechtliches Gehör und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Es folgen rechtliche Ausführungen der Klägerin zur antizipierten Beweiswürdigung und dazu, dass es nach der Praxis des Kassationsgerichts einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletze, wenn das Gericht nach Abschluss des Hauptverfahrens allein gestützt auf die vorläufig eingereichten Beweismittel entscheide (KG act. 1 RZ 49-56).

2.2.2 Die Vorinstanz hat keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, sondern hatte aufgrund ihres Erachtens nicht genügend substantiiert vorgebrachter Behauptungen hinsichtlich der Beklagten anzulastender Mehrkosten gar keine Veranlassung, dazu ein Beweisverfahren durchzuführen oder Beweise zu würdigen. Sämtliche Ausführungen über antizipierte Beweiswürdigung und Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Nichtabnahme von angebotenen Beweisen, Entscheid aufgrund vorläufig eingereicherter Beweismittel ohne Beweisaufgebefschluss (KG act. 1 RZ 50-54) gehen daher am angefochtenen Entscheid vorbei.

3. Schliesslich rügt die Klägerin eine *"Verletzung von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO dadurch, dass das Handelsgericht zu Unrecht die mangelnde Substantiierung und Behauptung des klägerischen Anspruchs auf Rückforderung des zuviel bezahlten Honorars angenommen hat"* (KG act. 1 RZ 57 ff.).

3.1.1 Die Klägerin führt aus, sie habe nach der durch die Beklagte zu verantwortenden Kündigung des Generalplaner-Vertrages Aufgaben daraus an Dritte vergeben müssen, wodurch ihr Mehrkosten im Umfang von Fr. 629'935.– entstanden seien, die sich aus folgenden Kosten zusammensetzen würden: örtliche Bauleitung durch die C Architettura e tecnica, welche ihr insgesamt Fr. 205'528.– in Rechnung gestellt habe (HG act. 4/26/1 und 4/26/3), Projektkoordination für Fr. 198'447.– (HG act. 4/26/5) und Generalplanerleistungen für Fr. 86'080.– (HG act. 4/26/6 und 4/26/8) durch die Dr. D Management & Consulting AG, Ingenieurleistungen durch E über Fr. 139'880.– (HG act. 4/26/10). Diese Arbeiten hätten deshalb von Dritten vorgenommen werden müssen, weil die Beklagte ihren Verpflichtungen aus dem Generalplaner-Vertrag nicht nachgekommen sei. Die Be-

klagte habe bis zur Beendigung des Vertrages lediglich 74.8% der vertraglich vereinbarten Gesamtleistung erbracht gehabt, wie sich aus dem Verhältnis der Aufwendungen für Generalplanerleistungen nach Beendigung des Vertrages zum Gesamthonorar der Beklagten in der Höhe von Fr. 2'499'375.– ergebe, während sie der Beklagten in diesem Zeitpunkt aber bereits 94,8% des Gesamthonorars bezahlt gehabt habe. In der Bauabrechnung der Klägerin vom 17. Juni 2003 werde ausgewiesen, dass sie der Beklagten den Gesamtbetrag von Fr. 2'558'104.– bezahlt habe, wobei Fr. 187'634.– nicht für Leistungen gemäss Generalplaner-Vertrag bestimmt gewesen seien. Somit habe die Klägerin Fr. 2'370'470.– oder eben 94,8% des Gesamthonorars bezahlt, sodass die Beklagte einen Honorarvorschuss von 20% oder Fr. 499'875.– empfangen habe, für den sie keine Leistungen erbracht habe und damit im Sinne von Art. 62 OR bereichert sei (KG act. 1 RZ 57-64).

3.1.2 Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern sie ihre Ausführungen bereits vor dem Handelsgericht gemacht hätte, weshalb auf die Rüge betreffend Aktenwidrigkeit bereits aufgrund von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.2). Da das Verfahren am Kassationsgericht keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens darstellt (vgl. oben II.2), ist auf ihre Ausführungen, mit denen sie die Substanziierung ihres geltend gemachten Anspruchs auf Rückforderung eines Teils des Honorars nachholen zu wollen scheint, und womit jedenfalls kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wird, nicht einzugehen.

Im Übrigen wird die Frage, ob ein bundesrechtlicher Anspruch (vorliegend nennt die Klägerin als Anspruchsgrundlage Art. 62 OR, KG act. 1 RZ 64) genügend substantiiert worden sei, auch vom Bundesrecht beantwortet (wie die Klägerin selber erkennt, KG act. 1 RZ 43), sodass auf diese Vorbringen auch gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.3 sowie III.2.1.2).

3.2.1 Ferner ist die Klägerin der Ansicht, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt bezüglich rechtzeitig gestellter Beweisofferten zum Thema der Rückforderung zu viel bezahlten Honorars, insbesondere Expertise, sowie aufgrund unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung (KG act. 1 RZ 65).

3.2.2 Diesbezüglich kann auf die vorstehend unter III.2.2.2 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Vorinstanz hat keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, wenn sie die Klage hinsichtlich der Rückforderung zu viel bezahlten Honorars mangels genügend substantzierter Behauptungen dazu abgewiesen hat und konnte damit auch nicht das rechtliche Gehör der Klägerin verletzen. Die Rügen gehen daher am angefochtenen Entscheid vorbei.

4. Zusammengefasst gelingt es der Klägerin nicht, einen vom Kassationsgericht zu prüfenden Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen, weshalb ihre Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Ausführungen zum Antrag auf einen reformatorischen Entscheid (vgl. KG act. 1 RZ 41 ff.) erübrigen sich damit.

IV. Beschwerde der Beklagten

1. Als aktenwidrig bzw. willkürlich erachtet die Beklagte die Erwägungen der Vorinstanz auf S. 17-19 des angefochtenen Entscheides, worin diese festhält, dass keine Anhaltspunkte für die beklagliche Ansicht bestünden, dass eine Definition der Termine für Baubeginn und Bezugstermin nach Vertragsabschluss zu erfolgen gehabt hätte, da diese bereits in Form des Terminprogramms von Teil 1 Ziff. 3 des Generalplanervertrages erfolgt sei (KG act. 18/1 RZ IV.1 ff.).

1.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte an, die Vorinstanz erachte die Klammerbemerkung "*Baubeginn und Bezugstermin müssen vorgängig definiert sein*" für nicht massgeblich bzw. lediglich erklärend, weil dieser Passus in Klammer gesetzt sei. Gerade Klammerbemerkungen würden aber in der Regel vorangegangene Abmachungen klarstellen, indem sie Beispiele anführten oder Präzisierungen enthielten. Eine Vereinbarung deswegen als unmassgeblich zu betrachten, weil sie in eine Klammer gesetzt sei, sei somit offensichtlich falsch. Gerade die Klammerbemerkung erkläre vorliegend, unter welchem Vorbehalt die Konventionalstrafe gestanden sei (KG act. 18/1 RZ 2).

In Form dieser Klammerbemerkung sei auch nicht nur ein Anhaltspunkt vorhanden, sondern sogar eine ausdrückliche Vereinbarung. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz würden sehr wohl zahlreiche Anhaltspunkte für diese Abmachung bestehen, denn bei Teil 2/Ziff. 5 des Generalplanervertrages handle es sich um eine individuelle Abrede (nicht um einen vorformulierten Vertragsinhalt). Der Passus finde sich einerseits unmittelbar oberhalb der Unterschriften der Parteien und unmittelbar in Zusammenhang zur Konventionalstrafenregelung. Andererseits fände sich ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass Baubeginn und Bezugstermin erst nach Vertragsschluss noch zu definieren sein würden, im Wortlaut des Vertrages, sei doch das Terminprogramm in Teil 1/Ziff. 3 des Vertrages ausdrücklich unter den Vorbehalt des Vorliegens einer ausreichenden Gesamtfinanzierung gestellt und in Teil 3/Ziff. 23.1 die Baufreigabe als Voraussetzung für den Baubeginn definiert worden, wobei weder das eine noch das andere bei Vertragsschluss ge-

geben gewesen sei. Daher habe eben auch die Klammerbemerkung Sinn gemacht. Dass die Vorinstanz die Abmachungen der Parteien und namentlich die Klammerbemerkung gerade umgekehrt interpretiert habe, sei in höchstem Masse willkürlich (KG act. 18/1 RZ 3).

1.1.2 All diese Vorbringen betreffen die Vertragsauslegung, wie sich bereits aus dem beklagischen Vorwurf ergibt, die Vorinstanz habe die Klammerbemerkung "umgekehrt" *interpretiert*. Ob die Vorinstanz aufgrund der Auslegungselemente (u.a. Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik im Vertrag) zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, dass die in der Klammerbemerkung enthaltene, vorgängig zu erfolgende Definition der Termine Baubeginn und Bezugstermin bereits beim Vertragsabschluss in Form des Terminprogramms, das ebenfalls als Teil 1 Ziff. 3 im Generalplanervertrag enthalten ist (HG act. 4/4 S. 2), erfolgt sei (KG act. 2 S. 18) resp. nach Treu und Glauben davon habe ausgegangen werden dürfen, das vereinbarte Terminprogramm sei verbindlich (KG act. 2 S. 19), prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei. Die Auslegung eines Vertrages nach dem Vertrauensprinzip ist eine Frage des Bundesrechts (Wiegand, in: BSK, N 15 zu Art. 18 OR; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 96; BGE 116 II 696 Erw. 2, 124 III 368 Erw. 5.a, 125 III 308 Erw. 2.b, 126 III 29 Erw. 3.c). Die Vorgehensweise bei der Vertragsauslegung und die Frage, welche Tatsachen für die Auslegung erheblich seien, bestimmt sich ebenfalls nach Bundesrecht (Kass.-Nr. AA040090 vom 23.08.2004 i.S. G. Erw. III.1.b).

Auf sämtliche vorstehenden Vorbringen der Beklagten kann daher in Anwendung von § 285 ZPO nicht eingetreten werden, auch nicht, soweit die Beklagte mit ihren Willkürrügen im Ergebnis eine qualifiziert unrichtige Vertragsauslegung geltend macht (vgl. oben II.3). Eine Aktenwidrigkeit ist, abgesehen davon, dass sie nicht genügend dargetan wäre (vgl. oben II.2), nicht ersichtlich.

1.2.1 Ebenfalls aktenwidrig und willkürlich sei - so die Beklagte -, dass die Vorinstanz daraus, dass sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst gewesen seien, dass die Gesamtfinanzierung und die Baubewilligung noch nicht vorliege, folgere, dass die Parteien bei der konkreten vertraglichen

Terminvereinbarung einen entsprechenden Vorbehalt formuliert hätten, wenn sie davon ausgegangen wären, diese würden die Terminplanung beeinflussen, und alsdann festhalte, das Terminprogramm sei ohne Vorbehalte vereinbart worden und deshalb verbindlich. Denn die Vorbehalte ergäben sich ja wortwörtlich und ausdrücklich aus Teil 1/Ziff. 3 des Generalplanervertrages (Gesamtfinanzierung), Teil 3/Ziff. 23.1 (rechtskräftige Baufreigabe) und Teil 2/Ziff. 5.2 am Ende (vorgängige Definition der für die Konventionalstrafenregelung massgebenden Termine) (KG act. 18/1 RZ 4-5).

1.2.2 Entgegen der Darstellung der Beklagten stellt die Vorinstanz auf S. 18 des angefochtenen Entscheides nicht fest, das Terminprogramm sei ohne Vorbehalte formuliert worden - im Gegenteil hält sie fest, "*dass dies in Bezug auf die Gesamtfinanzierung geschehen ist indem ein entsprechender Vorbehalt bei den festgehaltenen Terminen ausdrücklich vermerkt ist*" (KG act. 2 S. 18 unten). Der Vorwurf der Aktenwidrigkeit ist daher unbegründet. Ob die Vorinstanz alsdann aufgrund der Vertragsauslegung zu Recht folgert, dass die Termine verbindlich gewesen seien, ist eine Frage der richtigen Anwendung des Bundesrechts und damit im vorliegenden Verfahren ungeachtet der sinngemässen Anrufung von Art. 9 BV (Willkür) nicht zu prüfen (§ 285 ZPO und oben II.3 sowie vorstehend IV.1.1.2).

1.3.1 Die Beklagte erblickt auch einen Verstoss gegen das Vertrauensprinzip, das, aus Art. 2 ZGB abgeleitet, auch materielles Recht gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO darstelle. Sie führt aus, dass die Klägerin unter Würdigung aller ihr erkennbarer Umstände (Höhe der Konventionalstrafe von Fr. 100'000.- pro Monat, Baubewilligung sowie ausreichende Gesamtfinanzierung nicht vorhanden, Vereinbarung, dass Baubeginn und Bezugstermin zuerst noch definiert werden müssten) die Abmachungen betreffend Terminprogramm und den Vorbehalten dazu in guten Treuen nicht so habe verstehen dürfen, die Beklagte habe ihr den Termin November 2000 zugesichert. Die Vorinstanz habe daher das Vertrauensprinzip nicht nur falsch, sondern geradezu willkürlich angewendet, indem alle zu berücksichtigenden Gesichtspunkte zur gegenteiligen Auffassung hätten führen müssen (KG act. 17/1 RZ 6.-7).

1.3.2 Da die Beklagte mit ihren Ausführungen an dieser Stelle ebenfalls die *Auslegung* des Vertrages sowie einen Verstoss gegen das *Vertrauensprinzip* rügt (KG act. 18/1 RZ 6), ist darauf in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten (oben II.3 sowie vorstehend IV.1.1.2 und 1.2.2). Das gilt ungeachtet der Anrufung des Nichtigkeitsgrundes von § 281 Ziff. 3 ZPO, geht doch § 285 ZPO § 281 ZPO vor, und ungeachtet der geltend gemachten willkürlichen Anwendung des Vertrauensprinzips (vorstehend II.3 sowie IV.1.1.2).

2. Die Erwägungen der Vorinstanz in Bezug auf den Vorbehalt einer ausreichenden Gesamtfinanzierung beanstandet die Beklagte ebenfalls als aktenwidrig und willkürlich (KG act. 18/1 RZ 8 ff.).

2.1.1 Nach Ansicht der Beklagten sei dieser Gesamtfinanzierungs-Vorbehalt der Massgeblichkeit des Terminprogramms im Wege gestanden, eventualiter sei eine dadurch begründete Bauverzögerung von 3 Monaten geltend gemacht worden. Die Vorinstanz habe hiezu auf S. 20 f. des angefochtenen Entscheides erwogen, mit dem Baubeginn trotz fehlender Gesamtfinanzierung sei dieser Vorbehalt hinfällig geworden und es sei nicht dargetan worden, wie sich die fehlende Gesamtfinanzierung auf den Baufortschritt ausgewirkt habe. Die Beklagte meint, dass es sich beim Vorbehalt um eine Bedingung im Sinne von Art. 151 OR handle und dass die Parteien, indem sie das Terminprogramm unter diese Bedingung gestellt hätten, selber ausdrücklich geregelt hätten, dass das Terminprogramm erst ab dann gelte, wenn die Gesamtfinanzierung gewährleistet sei. Da sei es willkürlich, wenn die Vorinstanz von ihr verlange, sie hätte dartun müssen, inwiefern sich die fehlende Gesamtfinanzierung auf den Baufortschritt ausgeübt habe. Die Vorinstanz habe somit Art. 151 OR missachtet, indem sie ihr einen Beweis auferlegt habe, der nicht ihr, sondern der Klägerin (bezüglich Bedingungseintritt) aufzuerlegen gewesen wäre, da diese aus der Verbindlichkeit des Terminprogramms die Konventionalstrafe ableite (Art. 8 ZGB) (KG act. 18/1 RZ 8-11).

2.1.2 Wie sich bereits aus der Erwähnung von Art. 151 OR sowie Art. 8 ZGB durch die Beklagte ergibt, läuft ihre Willkürüge auf die unrichtige Anwendung von Bundesrecht und letztlich auf den Vorwurf hinaus, die Vorinstanz habe die Bestimmungen des Generalplanervertrages nicht korrekt ausgelegt. Daher kann auf

diese Ausführungen nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO und oben II.3 sowie IV.1.1.2).

2.2.1 Die Beklagte moniert, das Argument der Vorinstanz, die Beklagte habe mit dem Bau begonnen, sei aktenwidrig. In Anbetracht dessen, dass es die Klägerin gewesen sei, welche vorzeitig mit den Bauarbeiten begonnen habe, liege zum Vorneherein kein konkludentes Verhalten seitens der Beklagten vor, welches man als Verzicht auf den Vorbehalt der ausreichenden Gesamtfinanzierung interpretieren könne (KG act. 18/1 RZ 12).

2.2.2 Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als unbestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die ungünstige Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweisergebnisses oder die unrichtige Subsumtion eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (Guldener, a.a.O., S. 131; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO).

Die Vorinstanz erwog auf S. 20 Erw. 3.2.2, die Beklagte könne nichts mehr aus dem formulierten Vorbehalt ableiten, nachdem sie in Kenntnis sämtlicher Umstände mit dem Bau der Villa X begonnen und die Arbeiten stets fortgeführt habe, ohne je die fehlende Gesamtfinanzierung gerügt oder abgemahnt zu haben (KG act. 2 S. 20). Dies ist keine in Würdigung gegenteiliger Parteibehauptungen ergangene tatsächliche Feststellung, sondern Rechtsanwendung. Die Vorinstanz macht keine Tatsachenfeststellung, dass es die Beklagte und nicht die Klägerin gewesen sei, welche *als erste* mit den Bauarbeiten begonnen habe. Die Aktenwidrigkeitsrüge ist daher unbegründet.

Wie sich bereits aus dem Hinweis der Beklagten auf ein ihrer Ansicht nach zu unrecht angenommenes konkludentes Verhalten ergibt, läuft ihre Rüge viel-

mehr auf die unrichtige Anwendung von Bundesrecht und letztlich auf den Vorwurf hinaus, die Vorinstanz habe die Bestimmungen des Generalplanervertrages inklusive dem Verhalten der Parteien nicht korrekt ausgelegt. Dies ist aber der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogen (oben II.3).

2.3.1 Das Argument der Vorinstanz, wonach die Beklagte die Arbeiten fortgeführt habe, ohne je die fehlende Gesamtfinanzierung gerügt oder abgemahnt zu haben, sei - so die Beklagte - ebenfalls aktenwidrig und willkürlich. Bereits auf S. 20 f. der Klageantwort sei ausgeführt worden, dass die Gemeinde Brissago eine Garantiezahlung für den zu erstellenden öffentlichen Weg verlangt habe und die Baueingabe bis zur Leistung dieser Garantie nicht weiter behandle. Auf S. 21 der Duplik habe die Beklagte detailliert ausgeführt, wie sich die fehlende Gesamtfinanzierung terminlich konkret ausgewirkt habe und darauf hingewiesen, dass die Weiterbearbeitung des Baubewilligungsgesuches erst nach erfolgter Zahlung der Garantieleistung erfolge und deswegen an den Kellergeschossen nicht gearbeitet werden könne und dass die diesbezügliche Verzögerung 3 Monate betrage und als Beweis das Bausitzungs-Protokoll Nr. 44 vom 11. November 1999 eingereicht und Zeugeneinvernahmen beantragt. Indem die Vorinstanz einfach über diese substanziierten Ausführungen hinweggegangen sei, sei sie in Willkür verfallen, was umso krasser erscheine, wenn man sich vor Augen halte, dass die in den Protokollen aufgeführten Punkte innert 10 Tagen zu beanstanden gewesen wären, ansonsten sie als genehmigt gälten, wobei die Klägerin nie gegen das Protokoll remonstriert habe (KG act. 18/1 RZ 13-14).

2.3.2 Die Ausführungen in ihren Rechtsschriften, welche nach Ansicht der Beklagten belegen sollen, dass die Feststellung der Vorinstanz, sie habe die Arbeiten fortgeführt, ohne je die fehlende Gesamtfinanzierung gerügt oder abgemahnt zu haben, in Widerspruch dazu ständen, taugen nicht, um dieselbe als aktenwidrig einzustufen, enthalten doch diese effektiv keine Behauptung, welche als Abmahnung der Klägerin über die angeblich fehlende Gesamtfinanzierung betrachtet werden könnte. Die Aktenwidrigkeitsrüge geht daher fehl. Auf die Willkür rüge ist nicht einzutreten, da die Ausführungen der Beklagten den Anforderungen

an den Nachweis dieses Nichtigkeitsgrundes (vgl. dazu oben II.2) nicht zu genügen vermögen.

3. In Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen, die Beklagte könne sich nicht auf den Vorbehalt des Vorliegens der Baufreigabe (resp. die sich daraus ergebende Verschiebung des Baubeginns) berufen, weil sie trotz Fehlens der Baubewilligung mit den Bauarbeiten begonnen bzw. diese nach den durch die Klägerin veranlassten Vorbereitungsarbeiten fortgeführt habe, erblickt die Beklagte ebenfalls mehrere Nichtigkeitsgründe (KG act. 18/1 RZ 15 ff.).

3.1.1 So sieht die Beklagte ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (in Form einer nachvollziehbaren Begründung) verletzt, indem die Vorinstanz nicht begründete, weswegen der eigenmächtig vorgezogene Baubeginn durch die Klägerin und die bloße Fortführung der Arbeiten durch die Beklagte als Verzicht auf das Erfordernis des Vorliegens einer gültigen Baubewilligung anzusehen sei. Dies erfolge in geradezu willkürlicher Weise, denn es gehe nicht an, jemandem ein Verhalten als Verzicht auszulegen, das gar nicht dessen Verhalten, sondern dasjenige eines andern gewesen sei (KG act. 18/1 RZ 16). Ferner sei der Gehörsanspruch willkürlich verletzt dadurch, dass die Vorinstanz auf S. 24 des angefochtenen Urteils argumentiere, es erschiene nicht angemessen, wenn sich die Beklagte zwar allfällige Vorteile eines verfrühten Baubeginns sichern könnte, sich aber gleichzeitig für nachteilige Folgen nicht darauf behaften lassen würde, ohne auszuführen, worin solche Vorteile liegen sollten (KG act. 18/1 RZ 18).

3.1.2 Wie die Beklagte selber erkennt (KG act. 18/1 RZ 16), bezieht sich die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht resp. des rechtlichen Gehörs vorliegend auf einen bundesrechtlichen Anspruch und ist daher beim Bundesgericht vorzubringen (vgl. oben II.3c). Das Kassationsgericht kann nicht darauf eintreten. Daran ändert auch die wiederholte Berufung der Beklagten auf § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO nichts, denn die beschwerdeführende Partei hat es nicht in der Hand, unter Berufung auf § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO - welcher entgegen der Ansicht der Beklagten keinen Nichtigkeitsgrund enthält; diese sind in § 281 ZPO abschließend aufgezählt - dadurch eine zusätzliche Prüfungszuständigkeit des Kassationsgerichts herbeiführen, indem sie geltend macht, der Nichtigkeitsgrund sei in

willkürlicher Weise gesetzt worden. Es gibt denn auch keine "willkürliche" Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; entweder ist dieser wesentliche Verfahrensgrundsatz verletzt oder das rechtliche Gehör wurde gewährt. Auf die Rüge der Gehörsverweigerung ist nach dem Gesagten nicht einzutreten (vgl. auch schon oben II.3).

3.2.1 Weiter macht die Beklagte Ausführungen dazu, wie die blosser Fortführung der Arbeiten durch sie nach dem Vertrauensprinzip von der Klägerin habe verstanden werden dürfen, was die Vorinstanz zu prüfen unterlassen habe und alleine schon eine willkürliche Verletzung von Art. 2 ZGB darstelle. Sie führt dann die Aspekte auf, welche die Vorinstanz ihres Erachtens hätte berücksichtigen müssen, und fährt fort, dass es absurd sei, anzunehmen, dass derjenige, welcher eigenmächtig mit den Bauarbeiten begonnen habe, davon ausgehen dürfe, der andere, der unter ausdrücklichem Protest und ausdrücklicher Ablehnung der Terminverantwortung die Arbeiten fortführe, damit zum Ausdruck geben wolle, er verzichte auf die Vorbehalte betreffend Gesamtfinanzierung und rechtskräftiger Baubewilligung und wolle sich einer Konventionalstrafe von Fr. 100'000.– pro Monat unterziehen. Schliesslich wirft sie die Frage auf, wie man die Ablehnung der Terminverantwortung als Übernahme derselben auslegen könne (KG act. 18/1 RZ 17).

3.2.2 Wiederum ist gestützt auf § 285 ZPO auf diese Ausführungen nicht einzutreten, sind doch Rügen in Zusammenhang mit dem Vertrauensprinzip und der Auslegung eines Vertrages als bundesrechtliche Fragen dem Bundesgericht vorzutragen - auch soweit eine willkürliche Verletzung dieser Grundsätze geltend gemacht wird (oben II.3 sowie IV.1.1.2).

3.3.1 Die Beklagte rügt, sofern die Vorinstanz bezüglich dem Argument, es *"erschiene denn auch nicht angemessen, sich zwar allfällige Vorteile eines "verfrühten" Baubeginns zu sichern, (...) sich aber gleichzeitig für nachteilige Folgen nicht darauf behaften lassen zu wollen"* (KG act. 2 S. 24), das durch einen verfrühten Baubeginn verlängerte Bauprogramm meinen sollte, sei ihr Argument sachlich nicht begründbar und damit willkürlich. Wenn die Beklagte nämlich bei einem vorgezogenen Baubeginn und bei einem auf der Basis eines vertragskon-

formen Baubeginns berechneten Endtermins mehr Zeit erhalte, um das Gebäude zu erstellen, sei dies zwar ein Vorteil, aber kein ungerechtfertigter, da ihr dieser von der Klägerin aufgedrängt worden sei. Für die Klägerin auf der andern Seite stelle diese Zusatzzeit für die Beklagte keinen Nachteil dar, da sie ja in Sachen Endtermin nicht schlechter fahre, als wenn erst (vertragskonform) nach Vorliegen der Baubewilligung mit den Bauarbeiten begonnen worden wäre. Es lasse sich unter keinem Titel begründen, dass sie einen Vorteil nicht solle beanspruchen dürfen, resp. dass dies zur Folge haben solle, dass sie sich einer Konventionalstrafe mit einem Termin unterziehen müsse, den sie gemäss Vertrag nicht hätte akzeptieren müssen. Der Vorbehalt der Baufreigabe sei somit gültig geblieben und die Bauvollendung bereits unter diesem Titel frühestens per Ende Februar 2002 geschuldet. Dass die Vorinstanz Ermessen ausübe, wo kein Spielraum bestehe, könne nach § 281 Ziff. 3 ZPO als Ermessensmissbrauch gerügt werden (KG act. 18/1 RZ 18).

3.3.2 Vor dem von der Beklagten als mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet gerügten Argument finden sich folgende Erwägungen (KG act. 2 S. 24): *"Die zitierten Bestimmungen, auf die sich die Beklagte beruft, haben somit nur insofern einen Bezug zu den im ersten Teil vereinbarten Terminen, als sie der Beklagten allenfalls das Recht verliehen hätten, den Baubeginn zu verweigern, da nicht alle Voraussetzungen gegeben waren. Da sie dies jedoch unterlassen und mit dem Bau begonnen hat, kann sie sich nachträglich nicht mehr auf die fehlenden Voraussetzungen berufen, sondern muss sich ihr tatsächliches Handeln anrechnen lassen. Die Beklagte kann somit nicht geltend machen, sie dürfe nun nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie gemäss Vertrag vorgegangen wäre (act. 19 S. 28 Rz. 30), denn das Verhalten einer Partei während der Vertragsabwicklung ist eben von massgeblicher Bedeutung."* Daraus erhellt, dass die Vorinstanz nicht Ermessen ausgeübt hat, sondern vielmehr die Auffassung der Beklagten im Hinblick auf einen bundesrechtlichen Anspruch und in Auslegung des Generalplanervertrages verworfen und auf einen konkludent (d.h. durch ihr Verhalten) geäusserten Verzicht auf den Vorbehalt des Vorliegens der rechtskräftigen Baubewilligung geschlossen hat, sodass in Anwendung von § 285 ZPO auf die Rüge des Ermessensmissbrauchs als Verletzung klaren materiellen Rechts nicht

eingetreten werden kann (vgl. oben II.3), handelt es sich doch um eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Frage, ob die Vorinstanz das Verhalten der Beklagten zu Recht als Verzicht auf den Vorbehalt der Baufreigabe gewürdigt habe.

3.4.1 Die Beklagte fährt fort, das weitere Argument der Vorinstanz, ihr Hinweis auf das Risiko eines Baustopps genüge nicht, um auszudrücken, sie fühle sich nicht mehr an die vertraglich vereinbarten Termine gebunden, sei aktenwidrig und willkürlich. Zunächst habe sie keineswegs nur auf das Risiko eines Baustopps hingewiesen, sondern (in der Duplik auf S. 21) auf eine konkrete Verzögerung von 3 Monaten, und dass wegen Fehlens der Baufinanzierung und damit der Baubewilligung der Endtermin Frühjahr 2001 nicht mehr garantiert werden könne. Bei gesamthafter und v.a. nach dem Vertrauensprinzip erfolgender Würdigung des Verhaltens der Beklagten hätte zwingend davon ausgegangen werden müssen, dass dieses nicht als Unterwerfung unter die Konventionalstrafe zu verstehen sei, denn wer darauf hinweise, dass der Endtermin Frühjahr 2001 nicht mehr garantiert werden könne, tue mit nicht zu überbietender Deutlichkeit kund, dass er sich nicht an die vertraglich vereinbarten Termine gebunden sehe (KG act. 18/1 RZ 19).

3.4.2 Auf die Willkürüge ist nicht einzutreten, da diese den Anforderungen an den Nachweis des Nichtigkeitsgrundes nicht genügt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2). Dasselbe gilt, soweit die Beklagte die (willkürliche) Verletzung des Vertrauensprinzips rügt (§ 285 ZPO, vgl. oben II.3 und IV.1.1.2). Da sich die Aktenwidrigkeitsrüge im selben Vorwurf erschöpft, indem die Beklagte die Auslegung des Erklärungsverhaltens der Beklagten durch die Vorinstanz, also deren rechtliche Würdigung (und nicht eine *tatsächliche* Annahme), moniert, ist darauf ebenfalls nicht einzutreten. Ob die Vorinstanz bei dieser Auslegung zusätzliche Elemente hätte berücksichtigen müssen sowie ob die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dass die Beklagte die Bauarbeiten höchstens unter ausdrücklicher Abmahnung, dass sie die Termine zufolge der fehlenden Baubewilligung nicht mehr für verbindlich erachte, fortführen hätte dürfen, zutreffend sei und bejahendenfalls, welche Äusserungen oder Verhaltensweisen als Abmahnung zu qualifizieren sei-

en, hätte das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin zu beurteilen (§ 285 ZPO, oben II.3).

3.5.1 Ferner sei - so die Beklagte - auch das Argument der Vorinstanz, die Beklagte habe bei Vertragsabschluss gewusst, dass noch keine gültige Baubewilligung für das Projekt vorliege, weswegen sie der Klägerin konkret und unter ausdrücklicher Abmahnung hätte mitteilen müssen, dass sie die Termine zufolge der fehlenden Baubewilligung nicht mehr für verbindlich erachte, aktenwidrig, werde doch bereits im Generalplanervertrag in Teil 3/Ziff. 23.1 das Vorliegen derselben für den Baubeginn zur Voraussetzung gemacht. Es lasse sich nicht begründen und sei willkürlich, weshalb jemand den Vorbehalt der Baubewilligung noch einmal mitteilen müsse, wenn dieser Vorbehalt ja längst vereinbart worden sei. Die Vorinstanz habe auch Art. 8 ZGB verletzt, weil sie ihr die Beweislast für die Abmahnung zugeschoben habe, obwohl eine solche gar nicht nötig gewesen sei (KG act. 18/1 RZ 20).

3.5.2 An der beanstandeten Stelle macht die Vorinstanz keine tatsächliche Feststellung; vielmehr liegt Rechtsanwendung in Auslegung des Vertrages unter Würdigung des unbestrittenen Verhaltens der Parteien vor, was aber vom Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei auf die Vereinbarkeit mit einem bundesrechtlichen Anspruch geprüft werden kann, sodass auf diese Ausführungen nicht einzutreten ist; auch nicht auf die geltend gemachte willkürliche Anwendung von Bundesrecht (vorstehend II.3 sowie IV.1.1.2).

3.6.1 Für den Eventualfall weist die Beklagte sodann darauf hin, dass selbst dann, wenn man ihr Verhalten als Verzicht auf das Erfordernis der Baubewilligung interpretieren wollte, man diesen Verzicht frühestens per 16. August 1999 (als sie die Bauarbeiten fortgeführt habe), ansetzen dürfte, da erst ab dann ein Verhalten von ihr vorlag, das derart interpretiert werden könnte, mithin die Vorinstanz die Zeit von März bis August 1999 (6 Monate) als nicht von ihr zu verantwortende Verzögerung hätte berücksichtigen müssen (KG act. 18/1 RZ 21).

3.6.2 Diese Ausführungen betreffen Beanstandungen an der Rechtsanwendung im Bereich eines bundesrechtlichen Anspruchs (Vertragsauslegung inkl.

Würdigung des Verhaltens der Parteien), sodass gestützt auf § 285 ZPO nicht darauf eingetreten werden kann (oben II.3 und IV.1.1.2).

3.7.1 a) Die Beklagte beanstandet auch die Erwägungen der Vorinstanz auf S. 25 des angefochtenen Entscheides, wo sie zum Schreiben von O namens der Klägerin an die Beklagte vom 24. Februar 1999 festhalte, dass darin nicht davon die Rede sei, dass die Beklagte von der Einhaltung der vereinbarten Termine befreit sei. Diese Erwägungen stünden im Widerspruch zu den Ausführungen auf S. 46 des angefochtenen Urteils, wonach die Entlastung klarerweise so zu verstehen sei, dass die Entlastungswirkung auch terminlich gemeint sei.

b) Abgesehen davon sei die Interpretation der Vorinstanz auch willkürlich und verstosse gegen das Vertrauensprinzip. Wenn sie von der Klägerin mit Bezug auf die vorgezogenen Bauarbeiten zugesichert erhalte, sie sei "von jeglicher Verantwortlichkeit entlastet", könne diese nach Treu und Glaube gar nicht anders verstanden werden, als dass auch terminlich keine Verantwortung mehr bestanden habe. Schliesslich übernehme niemand die terminliche Verantwortung für Arbeiten, die ausserhalb seines Verantwortungsbereichs stattfänden (KG act. 18/1 RZ 22).

3.7.2 a) Während auf S. 25 des Urteils ausgeführt wird, dass im Schreiben von O vom 24. Februar 1999 (HG act. 9/9) nicht die Rede davon sei, dass die Beklagte von der Einhaltung der vereinbarten Termine befreit sei, lautet die Erwägung 3.6.5.2 der Vorinstanz auf Seite 46 des angefochtenen Entscheids wie folgt: *"..., dass die Klägerin die Beklagte für gewisse Vorbereitungsarbeiten von der Verantwortlichkeit entlastet hat, was klarerweise so zu verstehen ist, dass die Beklagte auch für Verzögerungen nicht einzustehen hat, sofern diese im entsprechenden Arbeitsbereich eingetreten sind."* (Hervorhebung durch das Kassationsgericht). In Erwägung 3.6.5.3 weist das Handelsgericht darauf hin, dass es der Beklagten obliege, im Einzelnen darzulegen, welche Verzögerungen von welcher Dauer durch wen bzw. welche Umstände verursacht wurden und weshalb sie dafür nicht einzustehen habe (KG act. 2 S. 46). Daraus erhellt, dass die Vorinstanz das Schreiben so liest, dass die Beklagte zwar nicht einzustehen hätte, sofern und soweit sie nachweisen könnte, dass eine terminliche Verzögerung in einem

im Schreiben erwähnten Arbeitsbereich eingetreten wäre (S. 46), die Beklagte aber mit dem erwähnten Schreiben nicht von Vorneherein von der Verantwortung für die Einhaltung des vertraglich vereinbarten Terminprogramms befreit worden sei (S. 25). Es handelt sich damit nicht um einen Widerspruch und die Rüge geht fehl.

b) Auf die Rüge der "willkürlichen" Verletzung des Vertrauensprinzips resp. willkürlichen *Interpretation* des Schreibens von O ist, da Bundesrecht betreffend, nicht einzutreten (§ 285 ZPO, vorne II.3 und IV.1.1.2).

4. Als willkürlich und gegen Art. 8 ZGB verstossend taxiert die Beklagte alsdann die seitens der Vorinstanz erfolgte Ablehnung der beklagischen Auffassung, das Terminprogramm im Generalplanervertrag sei auch wegen der verschiedenen Projektüberarbeitungen dahingefallen (KG act. 18/1 RZ 23 ff.).

4.1.1 Die Vorinstanz verneine dies mit der Begründung, die Beklagte habe keine Vertragsänderung behauptet und nachgewiesen und es seien auch sonst weder objektive Gründe noch die rechtliche Grundlage namhaft gemacht worden, weshalb die vereinbarten Termine dahingefallen seien und keine Gültigkeit mehr gehabt haben sollten. Demgegenüber habe sich die Beklagte in der Duplik auf S. 120/123 ausdrücklich und detailliert auf die im Generalplanervertrag vereinbarte SIA-Norm 118 berufen, sodass der Vorwurf der Vorinstanz, die rechtliche Grundlage für das Dahinfallen der vereinbarten Termine sei nicht namhaft gemacht worden, aktenwidrig und willkürlich sei. Gemäss Art. 98 Abs. 2 SIA 118 sei die Konventionalstrafe nicht geschuldet, wenn der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung habe. Gemäss Art. 90 SIA 118 habe der Unternehmer Anspruch auf angemessene neue, durch Vereinbarung festzusetzende Fristen, wenn eine Beststellungsänderung die Anpassung vertraglicher Fristen erfordere (KG act. 18/1 RZ 23-25).

Nach den SIA-Bestimmungen verhalte es sich gerade umgekehrt (nämlich Dahinfallen der Konventionalstrafe bei Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung) als von der Vorinstanz angenommen (Gültigkeit der Konventionalstrafe, bis die Beklagte dargelegt und bewiesen habe, dass man sich auf einen an-

dem Termin geeinigt habe). Das bedeute, dass die Vorinstanz klare und eindeutige Vertragsbestimmungen übersehen oder ignoriert habe mit der Folge, dass sie der Beklagten die Beweislast zugeschoben habe für eine Vereinbarung, welche richtigerweise die Beschwerdegegnerin zu beweisen gehabt hätte (KG act. 18/1 RZ 26 sowie RZ 67).

4.1.2 Wie die Beklagte richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 26 a.E.), ist die Verletzung von Art. 8 ZGB beim Bundesgericht zu rügen, weshalb das Kassationsgericht auf die Ausführungen betreffend Verletzung der Beweislastregeln nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, oben II.3). Die Beklagte ist der Ansicht, vom Kassationsgericht prüfbare Nichtigkeitsgründe seien die aktenwidrige Feststellung, sie habe die Grundlage ihrer Argumentation nicht benannt, und die willkürliche Ausserachtlassung des Wortlautes des Generalplanervertrages und der Art. 90/98 SIA 118 (KG act. 18/1 RZ 26 a.E.).

Was letzteres anbelangt, so ist auf diese Rüge in Anwendung von § 285 ZPO ebenfalls nicht einzutreten. Das Bundesgericht überprüft nebst der Auslegung des Generalplanervertrages nämlich auch die richtige Anwendung von SIA-Normen (und damit auch eine Beanstandung der zu unrecht nicht erfolgten Anwendung derselben) mit freier Kognition (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 96 mit Anmerkung 20 und dortiger Verweis auf BGE 111 II 74 Erw. 3d).

Vom Kassationsgericht zu prüfen bleibt demnach lediglich die Aktenwidrigkeitsrüge, welche jedoch unbegründet ist: In Erw. 3.4.2 auf S. 27 f. des angefochtenen Entscheides (welche Stelle die Beklagte zu bezeichnen unterlässt, sodass sie bereits den Anforderungen an den Nachweis des Nichtigkeitsgrundes nicht nachkommt, vgl. vorne II.2) hat die Vorinstanz ausgeführt: "*Soweit sich die Beklagte nicht auf ihren Anspruch auf Fristerstreckung beruft ... (dazu unten 3.7.) macht sie somit sinngemäss geltend, die Klägerin habe aufgrund der veränderten vertraglichen Grundlagen ... nach Treu und Glauben nicht mehr von der Verbindlichkeit der ursprünglich vereinbarten Terminvereinbarung ausgehen dürfen. Denn weitere objektiven Gründe bzw. eine rechtliche Grundlage ... macht sie nicht geltend*" und am Ende von Erw. 3.4.2: "*Vorbehalten bleiben vertragliche oder ge-*

setzliche Ansprüche auf Anpassung von einzelnen Klauseln, wie zum Beispiel der Anspruch auf Verschiebung von Terminen (dazu unten 3.6.)". Wie sich daraus ergibt, hat die Vorinstanz die rechtliche Grundlage, welche die Beklagte hinsichtlich Terminprogramm aus SIA Norm 118 ableitet, durchaus zur Kenntnis genommen und an der von ihr genannten Stelle auch abgehandelt. Die Feststellung lautet denn, dass die Beklagte keine *weiteren* Gründe bzw. rechtliche Grundlage geltend gemacht habe. Damit geht die Rüge fehl, soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann.

4.2.1 Die Erwägung der Vorinstanz, es sei im Wesentlichen das ursprüngliche Projekt zur Ausführung gelangt, *"im Vergleich zur ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Version einfach in etwas veränderter Form"* sei - so die Beklagte weiter - willkürlich in Anbetracht der von der Beklagten detailliert dargelegten Projektüberarbeitungen. Jede der vier Projektüberarbeitungen habe für sich die Einholung einer Baubewilligung erforderlich gemacht, was unbestritten sei. Wenn gemäss Generalplanervertrag die rechtskräftige Baufreigabe als Voraussetzung für den Baubeginn gelte und dieser vorsehe, dass eine wegen einer fehlenden Baubewilligung erfolgende Verschiebung des Baubeginns eine Verschiebung der vertraglich festgelegten Termine nach sich ziehe, dann gelte dies auch für alle Projektüberarbeitungen und sei bewiesen, dass die Projektüberarbeitungen jeweils Anspruch auf Fristerstreckung gegeben habe, welcher die Ansprüche auf Konventionalstrafe entfallen lassen habe. Die vier Projektüberarbeitungen stellten nämlich Beststellungsänderungen gemäss Teil 3/Ziff.21.1 des Generalplanervertrages und gemäss Art. 84 SIA 118 dar. Indem sie die Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 98 und 90 SIA 118 ignoriert habe, sei die Vorinstanz in Willkür verfallen (KG act. 18/1 RZ 27).

4.2.2 Auf diese Rüge ist in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten, da das Bundesgericht die Anwendung resp. fälschlicherweise nicht erfolgte Anwendung der SIA-Normen auf entsprechende Rüge hin frei überprüft (vgl. oben II.3 und IV.4.1.2).

4.3.1 In zweierlei Hinsicht aktenwidrig und willkürlich ist gemäss der Beklagten, dass die Vorinstanz auf S. 28/29 des Urteils davon ausgehe, im Zeitpunkt

des Vertragsabschlusses sei bereits bekannt gewesen, dass das dem Generalplanervertrag zugrundeliegende Projekt "N I" noch zu überarbeiten sein würde. Die Klägerin habe unter diesen Umständen in guten Treuen von der Verbindlichkeit der Terminzusagen ausgehen dürfen. Zur Begründung führt die Beklagte aus, zum einen habe der Umstand, dass das Projekt "N I" noch zu überarbeiten sein würde, nichts daran geändert, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Bewilligung nicht vorgelegen habe und die Baufreigabe gemäss Vertrag Voraussetzung für den Baubeginn gewesen sei. Gerade weil diese Projektüberarbeitung noch nicht bewilligt gewesen sei, habe die Klägerin davon ausgehen müssen, dass das vertragliche Terminprogramm unter diesem ausdrücklichen Vorbehalt gestanden sei. Es sei willkürlich anzunehmen, man mache einen ausdrücklichen Vorbehalt betreffend der rechtskräftigen Baufreigabe, wisse beidseits um den Umstand, dass die Baubewilligung bei Vertragsabschluss nicht vorliege, und dass das dann bedeuten solle, dass das soeben unter diesen Vorbehalt gestellte Terminprogramm doch verbindlich sei.

Zum Andern müsste die Argumentation der Vorinstanz (e contrario) darauf hinauslaufen, dass die Klägerin dann wenigstens in Anbetracht der nachfolgenden, bei Vertragsabschluss noch nicht bekannten Projektüberarbeitungen nicht mehr in guten Treuen von der Verbindlichkeit der Terminzusagen hätte ausgehen dürfen. Indem die Vorinstanz dann bei der Beurteilung der späteren Projektüberarbeitungen diesen Umkehrschluss nicht ziehe, verhalte sie sich widersprüchlich und damit willkürlich (KG act. 18/1 RZ 28).

4.3.2 Auf die Aktenwidrigkeitsrüge ist mangels Erfüllung der Anforderungen an die Begründung derselben nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, vgl. oben II.2). Mit ihren Ausführungen betreffend Willkür beanstandet die Beklagte sodann die Vertragsauslegung, weshalb darauf ebenfalls nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO, vgl. oben II.3 und IV.1.1.2).

4.4.1 Ebenfalls als mit den Nichtigkeitsgründen gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO behaftet erachtet die Beklagte die vorinstanzliche Erwägung auf S. 30 des Urteils, die Klägerin habe nicht von einem Wegfall der vereinbarten Termine wegen der Projektüberarbeitungen ausgehen müssen, weil es der Beklagten oblegen hätte,

die Klägerin im Rahmen der von dieser gewünschten Projektanpassungen über die Verzögerungen, welche sich daraus ergeben würden, zu orientieren, was nicht geschehen sei (KG act. 18/1 RZ 29). Zur Begründung führt die Beklagte das nachfolgende aus:

a) Darüber, dass das "Projekt N II" bei Vertragsabschluss noch nicht bewilligt gewesen sei und der Baubeginn von der Erteilung der Baubewilligung abhängig, sei die Klägerin schon in diesem Zeitpunkt orientiert gewesen.

b) Im Protokoll Nr. 44 vom 11. November 1999 (HG act. 9/20) sei die Klägerin darüber orientiert worden, wie sich die ausbleibende Zahlung auf die Weiterbearbeitung des Baubewilligungsgesuches auswirke: Dass eine Bewilligung im günstigsten Fall im Januar 2000 zu erwarten sei, deswegen mit den Arbeiten am Keller- und Garagentrakt nur mit einer Verzögerung von drei Monaten begonnen werden könne, und dass der Endtermin Frühjahr 2001 nicht mehr garantiert werden könne (Klageantwort S. 20/21 sowie Duplik S. 21).

c) Über die zusätzlichen Auflagen der Commissione Bellezza Naturale sei die Beschwerdegegnerin nachweislich orientiert gewesen, habe sie doch die überarbeiteten Projektpläne unterzeichnet (Klageantwort S. 24).

d) In Form des Protokolls Nr. 68 vom 10. Februar 2000 sei die Klägerin orientiert worden, dass bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung noch ca. 7 Wochen vergehen dürften (Klageantwort S. 25).

e) Effektiv erteilt worden sei die Baubewilligung dann am 4. April 2000, worüber die Klägerin als Empfängerin derselben orientiert gewesen sei (Klageantwort S. 26).

f) Die Projektüberarbeitung "N IV" sei am 19. April 2001 von der Klägerin in Auftrag gegeben worden. Über die Einflüsse dieser Projektänderung hinsichtlich Terminen sei die Klägerin nicht nur von der Beklagten, sondern auch von ihrem Vertreter O hingewiesen worden (Klageantwort S. 42, 44 und 45).

Über all diese Ausführungen und Beweisanträge sei die Vorinstanz ohne ein Wort hinweggegangen. Dies sei willkürlich und verletze gleichzeitig Art. 8 ZGB.

4.4.2 Wie die Beklagte richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 29 a.E.), ist die Verletzung von Art. 8 ZGB beim Bundesgericht zu rügen, weshalb das Kassationsgericht auf die Ausführungen betreffend Verletzung des Rechts auf Beweis nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, oben II.3). Zu prüfen bleibt somit lediglich die Aktenwidrigkeits- resp. Willkürüge, wobei die Vorinstanz auf S. 30 oben im angefochtenen Entscheid lediglich implizite davon ausgeht, dass eine Orientierung der Klägerin über die sich aus den Projektüberarbeitungen ergebende Verzögerung seitens der Beklagten nicht erfolgt sei, indem sie in Auslegung des Generalplannervertrages zum Schluss kommt, dass es der Beklagten gemäss Ziff. 21.2 desselben oblegen hätte, die Klägerin im Rahmen der von dieser gewünschten Projektanpassungen über allfällige Auswirkungen auf den Baufortschritt zu orientieren (vgl. KG act. 2 S. 30 oben):

Allerdings enthält keine der vorstehend unter IV.4.4.1a-f wiedergegebenen Ausführungen der Beklagten sowie der Ausführungen an den von ihr bezeichneten Stellen ihrer Rechtsschriften eine Behauptung betreffend eine von der Beklagten ausgehende Orientierung über die Auswirkungen auf den Baufortschritt (HG act. 8 S. 20 f., 42, 44 und 45, HG act. 19 S. 21). Eine Aktenwidrigkeit der beanstandeten (impliziten) Feststellung der Vorinstanz scheidet daher aus.

5. Die Beklagte bringt unter dem Titel "Anspruch auf Fristerstreckung bzw. Terminverschiebung" weitere Rügen vor (KG act. 18/1 RZ 30 ff.).

5.1.1 Als willkürlich zu beanstanden sei, dass die Vorinstanz auf S. 35/36 des Urteils festhalte, dass, um den Verzug des Unternehmers zu begründen, eine Mahnung ausgesprochen werden müsse, das Schreiben von O vom 4. Juli 2001 (act. 9/77) als Mahnung erachte, dann aber dennoch von 18 Verzugsmonaten ausgehe. Wenn nämlich erst eine Mahnung einen strafauslösenden Verzug bewirken könne, dann dürfte man frühestens ab 21. September 2001 (dem von O damals gesetzten Erfüllungstermin) von Verzug ausgehen, sodass nach Abzug des Karenzmonats lediglich von 8 Verzugsmonaten ausgegangen werden dürfe. (KG act. 18/1 RZ 30 f.).

5.1.2 Mit diesen Ausführungen beanstandet die Beklagte eine (willkürlich) falsche Anwendung von Bundesrecht (der Bestimmungen gemäss Art. 160 ff. resp. Art. 102 ff. OR), weshalb darauf nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.3).

5.2.1 Die Beklagte rügt weiter die Interpretation der Vorinstanz auf S. 35 des angefochtenen Entscheids, dass gemäss Art. 90 SIA 118 nach dem Dahinfallen einer Konventionalstrafe die Parteien eine Vereinbarung über den neuen Termin zu treffen hätten (was korrekt sei), dann aber unter Bezugnahme auf Gauch/Egli dafürhalte, dass im Streitfall der Richter über die Frage der Fristanpassung zu entscheiden habe. Damit verstosse die Vorinstanz in willkürlicher Weise gegen den klaren Wortlaut der massgeblichen Vertrags- bzw. Normbestimmungen und überdies gegen Art. 8 ZGB. Die Beklagte lässt alsdann Ausführungen folgen, weshalb es die Klägerin gewesen wäre, die eine neue Vereinbarung nachzuweisen gehabt hätte, sodass die Vorinstanz die Beweislastregel umgekehrt habe sowie dass die von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei, weshalb die Vorinstanz den klaren Wortlaut von Art. 90 SIA 118 fälschlicherweise nicht zur Anwendung gebracht habe (KG act. 18/1 RZ 32).

5.2.2 Wie die Beklagte richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 32 a.E.), ist die Verletzung von Art. 8 ZGB beim Bundesgericht zu rügen, weshalb das Kassationsgericht auf die Ausführungen betreffend Verletzung der Beweislastregeln ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche die Vertragsauslegung, resp. -anwendung (resp. Nichtanwendung von Vertragsbestimmungen und SIA-Normen) und damit Bundesrecht betrifft, nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, vgl. oben II.3 sowie IV.4.1.2).

6. Unter den Titeln "*F. Ausserprozessuale Zugeständnisse*" sowie "*G. Rechtsmissbrauch*" rügt die Beklagte die Verletzung von Art. 8 ZGB, ferner eine jeweils "willkürliche" Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB und ihres rechtlichen Gehörs sowie eine ebenfalls "willkürliche" falsche Anwendung von Art. 161/163 OR (womit der Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO vorliege) durch die Vorinstanz (KG act. 18/1 RZ 33-38).

6.1 Zur Begründung führt die Beklagte aus, die Vorinstanz stelle übertriebene Anforderungen an die Substanziierungs- und Beweislast, und habe sich nicht mit den Vorbringen der Beklagten resp. der Frage befasst, ob und inwieweit eine zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten vorliege. Sie lässt weitere Ausführungen zur Begründung dieser Vorwürfe folgen und die Gesichtspunkte, welche die Vorinstanz nach Ansicht der Beklagten als Rechtsmissbrauch der Klägerin resp. der missbräuchlichen Verwendung der prozessualen Rechtsinstitute (wonach das Gericht seinen Entscheid nach §§ 113 f. ZPO nur auf Behauptungen und Bestreitungen, die im Prozess vorgebracht werden, stützen darf) hätte beachten müssen (KG act. 18/1 RZ 33-38).

6.2 Die Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 161/163 OR ist beim Bundesgericht zu rügen - wie die Beklagte richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 34 a.E.) -, weshalb das Kassationsgericht auf die betreffenden Ausführungen ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche die qualifiziert unrichtige Anwendung von Bundesrecht (eben Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 161 ff. OR) betrifft (und ungeachtet der Berufung auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts, geht doch § 285 ZPO § 281 ZPO vor), nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, vgl. oben II.3). Dasselbe gilt auch hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung von Art. 8 ZGB (§ 285 ZPO, oben II.3), da - wie die Beklagte ebenfalls richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 33) - das materielle Bundesrecht bestimmt, wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen zu substantzieren sind (vgl. BGE 127 III 365 Erw. 2.b; ZR 102 Nr. 8). Dass nicht auf die Vorbringen der Beklagten einzutreten ist, gilt gestützt auf § 285 ZPO auch bezüglich der geltend gemachten Verletzung des Gehörsanspruchs, da das Bundesgericht die Rüge, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Vorbringen der Beklagten zu Art. 2 Abs. 2 ZGB auseinandergesetzt habe (was im Ergebnis auf den Vorwurf hinausläuft, der angefochtene Entscheid enthalte nicht alle unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten massgeblichen Entscheidungsgründe), wie auch die Rüge der in diesem Bereich ungenügenden Begründung als Verletzung von Bundesrecht auf entsprechende Rüge hin mit freier Kognition prüft (vgl. oben II.3). Soweit die Beklagte durch Geltendmachung der Zulassung einer rechtsmissbräuchlichen Verwendung von §§ 113 f. ZPO sinngemäss eine Verletzung von § 50 ZPO und eines wesentlichen

Verfahrensgrundsatzes durch die Vorinstanz rügt (KG act. 18/1 RZ 35 lit. a und RZ 37), kann darauf ebenfalls nicht eingetreten werden. Nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ist es nämlich generell nicht möglich, in Fällen, in welchen ein bestimmter Mangel (vorliegend die Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB) beim Bundesgericht gerügt werden kann, gleichzeitig noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Begründung, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift verletzt worden (vgl. III.1.1.2b).

7. Unter dem Titel "H. Projektüberarbeitungen" rügt die Beklagte Aktenwidrigkeit und Willkür (KG act. 18/1 RZ 39-47).

7.1.1 Die Ausführungen der Vorinstanz auf S. 41 des angefochtenen Entscheides, wonach sich aus der Überarbeitung des ursprünglichen Projekts "N I" zur sogenannten Fassung "N II" kein Anspruch auf eine Terminverschiebung ergebe, da der Beklagten diese Überarbeitung bereits bei Vertragsschluss bekannt gewesen sei, sind nach Ansicht der Beklagten aktenwidrig und willkürlich, weil darüber hinweggegangen werde, dass trotz oder gerade deswegen der Vorbehalt der rechtskräftigen Baufreigabe gemacht worden sei.

Nachdem unbestritten sei, dass die Baubewilligung erst am 4. April 2000 erteilt worden sei, sei es willkürlich, der Beklagten den Beweis für eine Terminverschiebung aufzuerlegen. Dementsprechend hätte der fristgemässe Baubeginn frühestens auf April 2000 festgelegt werden dürfen, sodass sich nur schon aufgrund des Vorbehalts der Baufreigabe ein Vollendungstermin per Februar 2002 ergäbe (KG act. 18/1 RZ 39).

7.1.2 Die Rechtsauffassung der Vorinstanz (gestützt auf Vertragsauslegung) stellt keine Tatsachenfeststellung dar und kann damit weder aktenwidrige noch willkürliche tatsächliche Annahme sein. Sie ist - da bundesrechtlicher Natur - der Überprüfung durch das Kassationsgericht entzogen (§ 285 ZPO, oben II.3).

Da die Beklagte nicht aufzeigt, wo die Vorinstanz ihr den Beweis für eine Terminverschiebung auferlegt hätte, ist auf die entsprechende Rüge bereits gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten (oben II.2). Da diese Rüge

ohnehin Bundesrecht (Art. 8 ZGB) beschlägt, wäre auch gestützt auf § 285 ZPO nicht darauf einzutreten (oben II.3).

7.2.1 Hinsichtlich der auf S. 44 des angefochtenen Urteils enthaltenen Einschätzung der Vorinstanz, die Beklagte habe nicht genügend substantiiert, worin die Projektüberarbeitungen bestanden und inwieweit diese Anspruch auf Fristerstreckung gegeben und damit zum Dahinfallen der Konventionalstrafe geführt hätten, bringt die Beklagte vor, der Vorinstanz sei Aktenwidrigkeit und Willkür anzulasten, zudem habe die Vorinstanz überspitzt formalistische Anforderungen an die Substanziierung gestellt und damit Art. 29 BV verletzt (KG act. 18/1 RZ 40-47).

In RZ 42 und 46 der Beschwerde listet die Beklagte Stellen ihrer Rechtschriften und Beilagen am Handelsgericht auf, wo sie zum Inhalt, Umfang und den Auswirkungen der Projektüberarbeitungen substantiiert habe und welche die Vorinstanz in aktenwidriger und willkürlicher Weise ignoriert habe (KG act. 18/1 RZ 42). Ausserdem habe die Vorinstanz nicht begründet, inwieweit die angeblich mangelnde Substanziierung der Klägerin eine substantiierte Bestreitung verunmöglicht habe, womit sie in Willkür verfallen sei und den Gehörsanspruch verletzt habe (KG act. 18/1 RZ 44).

Nachdem die Klägerin nicht behauptet habe, die Ausführungen der Beklagten zu den Projektüberarbeitungen seien nicht genügend substantiiert, hätte die Vorinstanz im Behauptungsverfahren nicht Anforderungen an die Substanziierungspflicht stellen (und damit ihr Recht auf Beweis [Art. 8 ZGB] verletzen) dürfen, welche für die Abnahme der offerierten Beweise gar nicht nötig seien. Hätte die Vorinstanz nicht übertriebene Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt, hätte sie die angebotenen Beweise abnehmen müssen und wäre dann ohne weiteres zur Auffassung gelangt, dass die Beklagte die nötigen Beweise geführt habe, nämlich dass die Beststellungsänderungen Anspruch auf Fristerstreckung gegeben und damit die Konventionalstrafe dahinfallen lassen hätten und sogar, falls die Beklagte nicht nur den Anspruch auf Fristerstreckung als solchen, sondern auch dessen Umfang zu beweisen hätte, dieser in Form der Zugeständnisse

der Klägerin sowie deren mangelnden Reaktion auf die Bausitzungsprotokolle bereits erwiesen wäre (KG act. 18/1 RZ 44 und 47).

Die Vorinstanz begründe auch nicht, welche Details über die Projekte nicht substantiiert worden seien, und weshalb die von ihr offerierten Zeugen nicht hätten zum Prozessthema befragt werden können, weswegen ein Experte nicht in der Lage gewesen sein sollte, zu beurteilen, ob die von der Beschwerdeführerin detailliert geltend gemachten Projektänderungen tatsächlich vorlagen, weiter weshalb sie die von ihr beantragten Amtsauskünfte nicht eingeholt und die Zugeständnisse der Klägerin an die Wohnungskäufer nicht zugelassen habe (KG act. 18/1 RZ 43 und 46).

7.2.2 Wie die Beklagte auch hier erkennt (KG act. 18/1 RZ 45), ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf all diese Rügen der Beklagten gemäss § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann (oben II.3, ZR 102 Nr. 8). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das Kassationsgericht auch dann nicht (gemäss § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO) zuständig zur Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz an die Substanziierung zu hohe Anforderungen gestellt habe, wenn die Beklagte geltend macht, die Vorinstanz habe dies überspitzt formalistisch getan und damit Art. 29 BV verletzt. Diese Rüge geht im Vorwurf auf, das Mass der Substanziierung überspannt zu haben, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin bezüglich den Anforderungen an die Substanziierung ebenfalls frei überprüfen würde (oben II.3). Das gilt auch hinsichtlich der Frage, ob bei der Verneinung genügender Substanziierung die Begründungspflicht verletzt worden sei.

Abgesehen davon, dass auch auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf Beweis unter Hinweis auf Art. 8 ZGB gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3), gingen die Ausführungen auch an der Sache vorbei: Kam die Vorinstanz zum Schluss, die beklagtischen Vorbringen betreffend Projektüberarbeitungen seien nicht genügend substantiiert, bestand für sie kein Anlass, darüber Beweis zu erheben und zu begründen, weshalb sie keine Zeugen vorlud, keinen Experten bestellte, keine Amtsauskünfte einholte und keine Urkunden als Beweise abnahm (vgl. auch oben III.2.2.2). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz entgegen der Darstellung der Beklagten begründet hat, weshalb sie keine

Expertise zur Ermittlung des Einflusses der Projektänderungen auf die Termine angeordnet hat, weil nämlich die Durchführung eines Beweisverfahrens konkrete Behauptungen voraussetze und nicht dazu da sei, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen (KG act. 2 S. 43 f. Erw. 3.6.4.5), womit sich die Beklagte nicht auseinandersetzt.

Da es die Beklagte unterlässt, die genauen Stellen in ihren Rechtsschriften zu bezeichnen, zu denen die vorinstanzliche Erwägung, es fehlten Angaben dazu, inwiefern sich die Änderungen im Einzelnen auf die Termine ausgewirkt bzw. welche Projektänderungen zu welchen Verzögerungen geführt hätten, aktenwidrig sein sollen, oder aus denen sich eine willkürliche tatsächliche Annahme ergeben soll, sondern sich vielmehr darauf beschränkt, Seitenzahlen zu nennen, wo sie substanziiert haben will (RZ 42 der Beschwerde), und da es nicht Sache der Kassationsinstanz ist, aus rund 40 Seiten die Stellen mit entsprechenden Behauptungen (die ebenfalls nicht angeführt werden) herauszusuchen, kann auf die Aktenwidrigkeits- und Willkürzüge auch gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden (oben II.2).

8. Unter dem Titel "I. Vorbereitungsarbeiten" beanstandet die Beklagte die "Auffassung" der Vorinstanz auf S. 48 des angefochtenen Entscheides, die Aushub-Pläne hätten ebenfalls zu Verzögerungen geführt, resp. die Verwerfung ihres Arguments, die Klägerin habe ja gar nie behauptet, die Erstellung dieser Aushubpläne habe zu Verzögerungen geführt, mit der Begründung, die Klägerin habe dies in HG act. 1 S. 21 geltend gemacht, als willkürlich (KG act. 18/1 RZ 48-49).

8.1.1 Denn an besagter Stelle sei - so die Beklagte - nichts von einem auch nur einigermaßen substanziierten Vorwurf zu lesen, die Beklagte habe die Pflicht zur Erstellung der Aushub-Pläne verletzt. Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, in Willkür zu verfallen, wenn sie an dieser Stelle eine pauschale Behauptung genügen lasse, während sie der Beklagten andernorts überspitzte Substanziierungsanforderungen zumute. Es liege somit eine willkürliche tatsächliche Annahme bzw. eine willkürliche Beweiswürdigung vor.

8.1.2 Eine willkürliche tatsächliche Annahme betrifft den Fall, dass das Gericht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen annimmt, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 45 zu § 281 ZPO). In diesem Fall wird im Gegensatz zur aktenwidrigen tatsächlichen Annahme zwar der Akteninhalt richtig wiedergegeben, seine Würdigung ist jedoch unvertretbar (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 f.; ZR 81 Nr. 88). Willkür in der Beweiswürdigung liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (von Rechenberg, a.a.O., S. 28).

Daraus erhellt, dass es der Beklagten mit ihren vorstehenden Ausführungen nicht gelingt, einen der von ihr angerufenen Nichtigkeitsgründe nachzuweisen. Vielmehr beschlägt ihr eigentlicher Vorwurf, dass die Vorinstanz auf eine nicht genügend substantiierte Behauptung der Klägerin abgestellt habe, Bundesrecht, sodass nicht auf die Vorbringen einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.3, ferner bezüglich Substanziierung IV.6.2, IV.7.2.2).

8.2.1 Die Beklagte fährt fort, indem sie der Vorinstanz Aktenwidrigkeit und Willkür vorwirft, wenn sich diese auf den Standpunkt stelle, in Bezug auf den zweiten Teil der Aushubarbeiten sei nicht von einem Direktauftrag der Klägerin an die W auszugehen, während sie auf S. 46/47 der Duplik geltend gemacht habe, es seien alle Vorbereitungsarbeiten und damit auch der zweite Teil der Aushubarbeiten an die W übertragen worden. Indem die Vorinstanz darüber und die diesbezüglichen Beweisanträge hinweggegangen sei, habe sie in willkürlicher Weise eine bestrittene und unbewiesene Tatsache als gegeben erachtet und das aus Art. 8 ZGB fliessende Recht auf Beweis verletzt (KG act. 18/1 RZ 50).

8.2.2 Wie die Beklagte wiederum richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 50 a.E.), hat sie die Rügen in Zusammenhang mit Art. 8 ZGB dem Bundesgericht vorzutragen und kann im vorliegenden Verfahren nicht darauf eingetreten werden (§ 285 ZPO, oben II.3).

Abgesehen davon, dass die Beklagte die Stelle im angefochtenen Entscheid, die ihrer Ansicht nach eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme enthält, nicht bezeichnet, sodass bereits gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht auf ihre Rüge einzutreten ist (oben II.2), ginge die Beklagte auch von einer falschen Prämisse aus, da die Vorinstanz entgegen der Darstellung der Beklagten die von ihr gerügte Annahme nicht getroffen hat. Vielmehr hat die Vorinstanz der vermeintlichen Feststellung ein "*Wenn aber ...*" vorangestellt und anschliessend ausdrücklich offengelassen, ob die Beklagte für einen Teil des Aushubs verantwortlich gewesen sei resp. die Klägerin lediglich einen ersten Teil der Aushubarbeiten direkt an die W BAU AG vergeben habe (vgl. KG act. 2 S. 51).

9. Zum Thema "*J. Hangsicherung*" moniert die Beklagte ebenfalls das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen (KG act. 18/1 RZ 51-54).

9.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte einmal aus, sie mache geltend, dass ihre Entlastung im Zusammenhang mit dem Aushub auch die Hangsicherung umfasse, da diese davon nicht zu trennen sei. Die Vorinstanz unterscheide jedoch zwischen der temporären Baugrubensicherung und einer Hangsicherung im Sinne von permanenten Massnahmen und folgere daraus, die Hangsicherung sei nicht unter den von der Entlastung betroffenen Bereich Aushub zu subsumieren und die Hangsicherung sei auch nicht an die W übertragen worden, weil in diesem Zusammenhang verschiedentlich Ingenieur Y erwähnt worden sei. Diese Unterscheidung sei willkürlich, da sich nirgends ein Anhaltspunkt dafür finde, dass die Parteien in solcher Weise unterschieden hätten. Dementsprechend habe sie nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Entlastung bezüglich des Aushubs auch die Hangsicherung betroffen habe (KG act. 18/1 RZ 51-53).

9.1.2 Die Auslegung des Schreibens von O vom 24. Februar 1999 (und somit auch die Frage, welche Bereiche von der Entlastung erfasst werden) richtet sich nach Bundesrecht, wie auch das von der Beklagten angesprochene Vertrauensprinzip, sodass auf diese Ausführungen - ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche sich auf einen vom Bundesgericht überprüfbaren Anspruch bezieht, - nicht eingetreten werden kann (§ 285 und oben II.3 sowie IV.1.1.2).

9.2.1 Weiter führt die Beklagte aus, dass verschiedentlich Ing. Y genannt worden sei, sei offensichtlich nicht beweiskräftig, denn dieser sei sowohl Vertragspartner der Beklagten als auch Inhaber und Verwaltungsrat der W Bau AG gewesen, sodass dessen Nennung nicht bedeute, dass die Planungsverantwortung im Bereich Hangsicherung bei der Beklagten gelegen habe. Ausgehend von der Tatsache, dass die Rühlwand inkl. Ankerarbeiten an die W übertragen worden sei, und dass Y Inhaber dieser Firma gewesen sei, sei gerade umgekehrt davon auszugehen, dass er in diesem Bereich nicht als Subplaner von ihr, sondern als Direktbeauftragter der Klägerin gehandelt habe und erwähnt worden sei. Dies müsse umso mehr gelten, als sie - die Beklagte - mit dem nachmaligen Wechsel von der Rühlwand zur Schwergewichtsmauer überhaupt nichts zu tun gehabt habe, sondern dieser Entscheid und die Planung derselben direkt im Verhältnis zwischen der Klägerin und Y in dessen Eigenschaft als Inhaber und Organ der W erfolgt sei. In diesem Zusammenhang wirft die Beklagte der Vorinstanz Willkür sowie das Abstellen auf eine bestrittene, unbewiesene Behauptung und damit Verletzung des Rechts auf Beweis vor. Die Vorinstanz habe die beantragte Edition sämtlicher Verträge zwischen der Klägerin und der W ohne Begründung verweigert, obwohl sich daraus ergeben hätte, dass die Hangsicherung einschliesslich Planung von der Klägerin direkt vergeben worden sei (KG act. 18/1 RZ 54).

9.2.2 Wie die Beklagte ein weiteres mal selber ausführt (KG act. 18/1 RZ 54 a.E.), sind ihre Beanstandungen in Zusammenhang mit Art. 8 ZGB dem Bundesgericht vorzutragen und kann das Kassationsgericht darauf nicht eintreten (§ 285 ZPO, oben II.3). Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Rüge, die Vorinstanz habe auf eine bestrittene, unbewiesene Behauptung abgestellt, da die Beklagte den Anforderungen an die Begründung dieser Rüge (Bezeichnung der Behauptung sowie Angabe der entsprechenden Aktenstellen) nicht nachkommt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2). Was die Willkürfrage anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Beklagte die Stelle im umfangreichen angefochtenen Entscheid, welche sie mit ihren Ausführungen in RZ 54 ihrer Beschwerde als willkürlich beanstandet, nicht bezeichnet, sodass auf diese Rüge gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ebenfalls nicht eingetreten werden kann (oben II.2). Im Übrigen würden ihre Vorbringen ohnehin Bundesrecht betreffen (da diese letztlich die

Auslegung des Schreibens der Klägerin an die Beklagte vom 24. Februar 1999 und den sich daraus ergebenden Umfang der Entlastung der Beklagten durch die Vorinstanz betreffen), sodass darauf auch in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten wäre (oben II.3 sowie IV.1.1.2).

9.3.1 Willkürlich ist gemäss der Beklagten auch die Annahme der Vorinstanz, die Vergabe der "Rühlwand inkl. Ankerarbeiten (ohne Betonausfachung)" an die W bedeute nicht, dass damit die Hangsicherung an die W übertragen worden sei. Die Hangsicherung habe nämlich in gar nichts anderem bestanden als dieser Rühlwand inkl. Ankerarbeiten und es handle sich dabei gerade um solche permanenten Massnahmen, von denen die Vorinstanz spreche. Dementsprechend habe mit der Übertragung der genannten Arbeiten nichts anderes gemeint sein können als die Übertragung der Hangsicherung insgesamt. Weder die Vorinstanz noch die Klägerin führten denn aus, welche Hangsicherungsarbeiten neben der Rühlwand und den Ankerarbeiten überhaupt noch auszuführen gewesen wären. Die Vorinstanz habe mithin kurzerhand auf eine bestrittene und unbewiesene Behauptung der Klägerin abgestellt (KG act. 18/1 RZ 53).

9.3.2 Wiederum gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist auf die Rüge, die Vorinstanz habe auf eine bestrittene und unbewiesene Behauptung der Klägerin abgestellt, unterlässt es doch die Beklagte, anzugeben, um welche Behauptung es sich handle und wo sie diese bestritten habe (oben II.2). Dies wäre aber umso mehr Voraussetzung, als die Beklagte im unmittelbar der Rüge vorangehenden Satz ausführt, die Klägerin habe *nicht* behauptet, welche Hangsicherungsarbeiten neben der Rühlwand und den Ankerarbeiten überhaupt noch auszuführen gewesen wären (KG act. 18/1 RZ 53 auf S. 52 unten und S. 53 oben).

10. Unter dem Titel "K. Pfählung/Fundation" beanstandet die Beklagte, dass die Vorinstanz auf S. 55/56 entgegen ihrer Ansicht erwogen habe, aus dem Schreiben von O vom 24. Februar 1999 könne man keine Entlastung der Beklagten bezüglich der Fundations- und Pfählungsarbeiten ableiten.

10.1 Willkürlich und eine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGB) sei es, dass die Vorinstanz den Beweis für die Behauptung, dass die Klägerin gegenüber den Wohnungskäufern ausdrücklich geäußert habe, die sich nachträglich als nötig erweisende Pfählung des Fundaments habe eine Verzögerung von zwei Monaten verursacht, nicht abgenommen habe (KG act. 18/1 RZ 55). Hinsichtlich der Erwägung, wonach die Beklagte das Problem der Pfählung für gelöst erklärt habe, als sie Ing. Y von seinem Mandat habe entbinden können (auf S. 57 des Urteils), verweist die Beklagte im wesentlichen auf ihre Ausführungen und Rügen in RZ 54 ihrer Beschwerde, welche vorstehend IV.9.2.1 wiedergegeben sind (KG act. 18/1 RZ 56).

10.2 Wie bereits vorstehend IV.9.1.2 ausgeführt, richtet sich die Auslegung des Schreibens von O vom 24. Februar 1999 (und somit auch die Frage, welche Bereiche von der Entlastung erfasst werden) nach Bundesrecht. Ebenfalls nach Bundesrecht richtet sich die Frage, ob die Behauptung, über welche die Vorinstanz angeblich keinen Beweis abnahm, für die Beurteilung der Klage überhaupt wesentlich war, sodass auf diese Ausführungen - ungeachtet der geltend gemachten Willkür, welche sich auf einen vom Bundesgericht überprüfbaren Anspruch bezieht, - nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO und oben II.3 sowie IV.1.1.2). Dasselbe gilt hinsichtlich der Rügen betreffend Verletzung von Art. 8 ZGB.

11. Bezüglich "L. Baugrundprobleme" moniert die Beklagte, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf den Beweis verletzt und übertrieben formalistische Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt habe und rügt Aktenwidrigkeit und Willkür (KG act. 18/1 RZ 57).

11.1 Wenn die Vorinstanz ihr in diesem Zusammenhang vorwerfe, sie habe es unterlassen, die auf den schwierigen Baugrund zurückzuführenden Verzögerungen zu substantzieren, sei dies aktenwidrig und willkürlich, da sie auf S. 19/20 der Klageantwort substantziiert habe und die Klägerin in Form des ihr zugestellten bekl. act. 18 im Detail über die aufgetretenen Baugrundprobleme orientiert gewesen sei. Dementsprechend sei die Abnahme der offerierten Beweise zu Unrecht

unterblieben und habe die Vorinstanz übertrieben formalistische Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt (KG act. 18/1 RZ 57).

11.2 Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2 sowie IV.8.1.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Anrufung von Art. 29 BV nicht eingetreten werden kann (oben II.3 und ZR 102 Nr. 8), geht doch die Rüge des überspitzten Formalismus im Vorwurf auf, das Mass der Substanziierung überspannt zu haben, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin bezüglich den Anforderungen an die Substanziierung ebenfalls frei überprüfen würde (oben II.3).

Auch auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf Beweis unter Hinweis auf Art. 8 ZGB ist gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten (oben II.3).

12. Hinsichtlich "N. Verzögerung der Firma M" beanstandet die Beklagte sodann, dass die Vorinstanz zur Auffassung komme, es sei unklar geblieben, ob der nicht der Beklagten anlastbare, zweimonatige Verzug der Firma M sich auf die Erstellung der Wohnungen ausgewirkt habe, weshalb diese Verzögerung den massgeblichen Erstellungstermin nicht verschiebe (KG act. 18/1 RZ 58-59).

12.1 Sie begründet dies damit, die Vorinstanz stelle überspitzt formalistische Ansprüche an die Substanziierungspflicht. Denn wenn nicht einmal die Klägerin selber geltend mache, die Beklagte müsse für das Verhalten der Firma M einstehen, dann sei die Annahme der Vorinstanz willkürlich, weil etwas, das zugestanden sei, nicht mehr zum Beweis verstellt werden müsse. Es komme hinzu, dass die Klägerin in ihrem Schreiben an die Wohnungskäufer den Verzug, den die Firma M verursacht habe, mit zwei Monaten beziffere, und diesen also nicht der Beklagten angelastet habe. Nachdem somit festgestanden sei, dass die Klägerin selber den Verzug der Firma M als für den Erstellungstermin für die Wohnungen relevant betrachtet habe, sei es willkürlich und übertrieben formalistisch, von der Beklagten dennoch zu verlangen, sie müsse noch weitergehend substanziieren (KG act. 18/1 RZ 58-59).

12.2 Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf

diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf Willkür und Anrufung von Art. 29 BV nicht eingetreten werden kann (oben II.3), geht doch die Rüge des überspitzten Formalismus im Vorwurf auf, das Mass der Substanziierung überspannt zu haben, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin bezüglich den Anforderungen an die Substanziierung ebenfalls frei überprüfen würde (oben II.3).

Die sinngemässe Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime geht fehl, da die von der Beklagten geschilderte "Anerkennung" seitens der Klägerin nicht dasselbe betrifft wie die von ihr beanstandete Äusserung der Vorinstanz.

13. Unter dem Titel "*O. Witterungsverhältnisse (Unwetter, Kälteperiode)*" beanstandet die Beklagte weiter, dass die Vorinstanz ihre Ausführungen zu den Verzögerungen wegen angeblicher Unwetter als zu unbestimmt geblieben einstuft (KG act. 18/1 RZ 60).

13.1 Dem sei aber nicht so, denn auf S. 54 - 56 der Klageantwort habe die Beklagte die Klägerin bei ihren Ausführungen gegenüber den Wohnungskäufern behaftet. Nachdem die Klägerin gegenüber den Käufern den Baustillstand wegen Überschwemmung der Baustellenzufahrt auf zwei Monate beziffert und gleichzeitig die Beklagte als hierfür nicht verantwortlich bezeichnet habe, habe die Beklagte ihre Substanziierungspflicht erfüllt. Entgegen der willkürlichen Erwägung der Vorinstanz mache der Begriff der Überschwemmung sehr wohl klar, dass eine Berufung auf ausserordentliche Witterungsverhältnisse vorliege (KG act. 18/1 RZ 60).

13.2 Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2 und IV.12.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf überspitzten Formalismus nicht einzutreten ist (oben II.3).

14. Ferner beanstandet die Beklagte unter dem Titel "*P. Arbeitsstillstand*", dass die Vorinstanz davon ausgegangen sei, sie hätte darlegen müssen, weshalb ihr der Arbeitsstillstand im August einen Anspruch auf Fristerstreckung verschaffen sollte.

14.1 Denn sie habe unbestrittenermassen den von ihr geltend gemachten Verschiebungssachverhalt konkret benannt und die dadurch eingetretene, nicht von ihr zu vertretende Verzögerung mit zwei Monaten beziffert. Nachdem die Klägerin bei ihren Ausführungen gegenüber den Wohnungskäufern selber davon ausgegangen sei, dass eine solche Verzögerung aus diesem Grund vorliege, hätte die Vorinstanz diesen Beweis abnehmen und würdigen müssen. Obwohl gestützt auf die vorhandene Substanziierung die Abnahme vorhandener Beweise ohne weiteres möglich sei, stelle es überspizten Formalismus dar, weitere Substanziierung zu verlangen, da die Substanziierungspflicht nicht Selbstzweck darstelle, sondern lediglich das Beweisverfahren zu ermöglichen habe (KG act. 18/1 RZ 61-62).

14.2 Wie bereits oben IV.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2, IV.12.2 und IV.13.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Ausführungen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf überspizten Formalismus nicht einzutreten ist (oben II.3).

15. Ebenfalls beanstandet die Beklagte unter dem Titel "Q. Käuferwünsche", dass die Vorinstanz ihr vorwerfe, sie habe die Käuferwünsche, auf welche sie eine nicht von ihr zu vertretende Verzögerung von zwei Monaten zurückführe, nicht genügend substanziiert, sowie die Erwägung, dass die Klägerin nach Treu und Glauben habe annehmen dürfen, der Baufortschritt lasse die Änderungswünsche zu, wenn die Beklagte diese vorbehaltlos entgegennehme, welche die Vorinstanz zum Schluss geführt habe, die Beklagte könne sich nicht auf die durch die Käuferwünsche eingetretene Verzögerung berufen, weil sie diese vorbehaltlos entgegengenommen bzw. nicht genügend auf die damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen hingewiesen habe (KG act. 18/1 RZ 63-64).

15.1.1 Zur Begründung führt die Beklagte aus, die Vorinstanz halte selber fest, dass Käuferwünsche Beststellungsänderungen der Klägerin darstellten. Gemäss Teil 3/Ziff. 23.5 des Generalplanervertrages würden sich die vertraglich festgelegten Termine verschieben, wenn das Bauprogramm im Zusammenhang mit vom Bauherrn gewünschten Änderungen angepasst werden müsse. Dasselbe sehe auch der anwendbare Art. 90 SIA 118 vor. Diese deutlichen vertraglichen

Abmachungen habe die Vorinstanz einfach ignoriert und insbesondere übersehen, dass dieser Anspruch auf Fristerstreckung die Konventionalstrafe habe entfallen lassen. Es sei also aktenwidrig und willkürlich, wenn die Vorinstanz trotz dieser klaren Vertragslage davon ausgegangen sei, sie habe die Käuferwünsche vorbehaltlos entgegengenommen, denn nach Treu und Glauben habe die Klägerin die Entgegennahme der Käuferwünsche nicht als Einverständnis zu einer Vertragsabänderung auffassen dürfen und der Vorbehalt, d.h. eine Terminverschiebung, sei ja schon im Vertrag selber vorgesehen gewesen (KG act. 18/1 RZ 64a).

15.1.2 Die Vorbringen der Beklagten betreffen die Vertragsauslegung der Vorinstanz nach dem Vertrauensprinzip (diese hat keine aktenwidrigen Feststellungen getroffen, sondern ist aufgrund der Vertragsauslegung zu ihren angefochtenen Schlüssen gelangt), sodass darauf gemäss § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann (oben II.3 sowie IV.1.1.2).

15.2.1 Die Beklagte bringt weiter vor, sie habe die Klägerin sehr wohl über die zeitlichen Auswirkungen der Käuferwünsche informiert: Auf S. 21 ff. der Klageantwort sei in allen Details ausgeführt worden, welche Käuferwünsche geäußert worden seien, welche baulichen Auswirkungen dies gehabt und zu welchen zeitlichen Verzögerungen dies geführt habe. Insbesondere seien darin sämtliche Protokolle zum Beweis verstellt worden, in denen alles festgehalten worden sei (bekl. act. 21-58) und die mit den Käuferwünschen befassten Personen als Zeugen offeriert worden. Darüber sei die Vorinstanz hinweggegangen, obwohl nicht ersichtlich sei, inwieweit es nicht möglich gewesen sein solle, über die detaillierten Behauptungen der Beklagten Beweis abzunehmen (KG act. 18/1 RZ 64b).

15.2.2 Die Vorinstanz hat nicht festgestellt, die Beklagte habe das von ihr als Beleg für die Aktenwidrigkeit Angeführte nicht ausgeführt - im Gegenteil hat sie die Behauptungen der Beklagten in ihrer Klageantwort sogar an der beanstandeten Stelle im angefochtenen Entscheid wiedergegeben (vgl. KG act. 2 S. 69 ff. mit Verweisen auf HG act. 8). Eine Aktenwidrigkeit liegt deshalb nicht vor und die entsprechende Rüge der Beklagten geht fehl.

15.3.1 Besonders stossend sei - so die Beklagte weiter -, dass in Form von bekl. act. 83 aussergerichtliche Zugeständnisse der Klägerin gegenüber den Käufern und ein liquider Beweis vorliege insofern, als die Klägerin selber die durch die Sonderwünsche der Käufer verursachten Verzögerungen mit mindestens zwei Monaten beziffert und nicht die Beklagte dafür verantwortlich gemacht habe. Unter diesen Umständen noch mehr Substanziierung zu verlangen, sei übertrieben formalistisch und willkürlich, denn die Vorinstanz bleibe die Begründung dafür schuldig, weshalb es nicht möglich gewesen sein sollte, den Beweis dafür abzunehmen, ob gestützt auf die aussergerichtlichen Zugeständnisse der Klägerin davon auszugehen sei, dass eine nicht von der Beklagten zu vertretende Verzögerung von zwei Monaten in Folge der Käuferwünsche vorliege oder nicht (KG act. 18/1 RZ 64c).

15.3.2 Wie bereits oben V.6.2, IV.7.2.2, IV.8.1.2 sowie vorstehend IV.11.2, IV.12.2, IV.13.2 und IV.14.2 ausgeführt, ist die Substanziierungspflicht bundesrechtlicher Natur, sodass auf diese Rügen der Beklagten gemäss § 285 ZPO ungeachtet der Berufung auf überspitzten Formalismus und Willkür nicht einzutreten ist (oben II.3).

16. In Zusammenhang mit dem Thema "R. Genehmigung Terminverschiebungen" wirft die Beklagte der Vorinstanz ebenfalls vor, verschiedene Nichtigkeitsgründe gesetzt zu haben (Aktenwidrigkeit, Willkür, Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Vertrauensprinzips und von Art. 8 ZGB auf "willkürliche Weise", sodass klares materielles Recht gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt sei) (KG act. 18/1 RZ 65-72).

16.1.1 Die Beklagte rügt einmal die Auffassung der Vorinstanz auf S. 83, wonach sich die Beklagte nicht auf die unterbliebene Bestreitung der rund 160 Bausitzungsprotokolle berufen könne, als aktenwidrig und willkürlich, weil gemäss Teil 3 / Ziff. 8.5 des Generalplanervertrages Bausitzungsprotokolle als anerkannt gälten, sofern sie nicht innert 10 Tagen beanstandet würden und sich die Beklagte ausdrücklich darauf berufen habe, dass das Schweigen der Klägerin als Akzept zu werten sei (KG act. 18/1 RZ 65-66 sowie RZ 71a).

16.1.2 Abgesehen davon, dass Seite 83 des angefochtenen Entscheides die beanstandete Auffassung gar nicht enthält, betrifft diese Rechtsauffassung der Vorinstanz keine Frage des prozessualen Sachverhalts und ist daher einer Überprüfung durch das Kassationsgericht nicht zugänglich (§ 285 ZPO, oben II.3).

16.2.1 Die Beklagte wiederholt sodann in RZ 67 im wesentlichen die bereits unter IV.4.1.1 wiedergegebenen Beanstandungen bezüglich der Erwägung der Vorinstanz auf S. 84 des angefochtenen Urteils, wonach ihr die Vorinstanz fälschlicherweise die Beweislast für die Terminverschiebung zuschiebe (KG act. 18/1 RZ 67 und RZ 72a).

16.2.2 Auf diese Rügen ist, da mit Art. 8 ZGB Bundesrecht betreffend, nicht einzutreten (§ 285 ZPO, welcher § 281 ZPO vorgeht, vgl. oben II.3 sowie IV.1.1.2 und IV.1.3.2 sowie IV.4.1.2).

16.3.1 a) Hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägung auf S. 85 des Urteils, die Beklagte habe keine Willensäußerungen behauptet, welche von der Klägerin dahingehend hätten verstanden werden dürfen und müssen, es lägen die Konventionalstrafe beeinflussende Verzögerungen vor und es erachte die Beklagte den ursprünglichen Termin für nicht mehr massgeblich, wirft die Beklagte der Vorinstanz Aktenwidrigkeit, Willkür sowie die Verletzung des Vertrauensprinzips vor. Sie listet alsdann Stellen in ihren Rechtsschriften sowie von ihr eingereichte Beweismittel auf, an welchen sie entsprechende Willensäußerungen sehr wohl behauptet habe (KG act. 18/1 RZ 68).

Willkürlich sei, dass die Vorinstanz auf S. 87 zur Auffassung gelange, ein fehlender Widerspruch gegen ein Protokoll sei sogar dann irrelevant, wenn der Inhaber der Klägerin persönlich an der betreffenden Sitzung anwesend gewesen sei. Die Beklagte wirft die Frage auf, wann denn Anlass bestehe, sich gegen ein angeblich unrichtiges Protokoll zur Wehr zu setzen. Aber auch die Auffassung auf S. 88 des angefochtenen Urteils, wonach die Klägerin mangels Anwesenheit eines ihrer Vertreter an der Sitzung vom 27. November 2000 (wo die Verschiebung des Bezugstermins auf Ende Juli 2001 kommuniziert und verschoben worden sei) keinen Anlass gehabt habe, das zugestellte Protokoll zu bemängeln, sei willkür-

lich, denn gerade in diesem Fall habe jemand jeden erdenklichen Anlass, das über die Sitzung verfasste Protokoll zu beanstanden, wenn er damit nicht einverstanden sei (KG act. 18/1 RZ 69-70).

b) Die Vorinstanz lehne bezüglich dem Vorbringen der Beklagten, dass das von ihr überarbeitete Terminprogramm, wonach einzelne Wohnungen frühestens per Ende Juli 2001 und die restlichen Wohnungen per Ende September 2001 bezugsfertig sein sollten, anlässlich der Bauherrensitzung vom 13. September 2000 genehmigt worden sei, eine Genehmigungswirkung dieses Protokolls ab, weil die Angaben zur Bezugsbereitschaft der Wohnungen zu vage seien, zumal sich die Parteien nicht einig seien, mit welcher Wohnungsabgabe der Bauvollendungstermin gewahrt sei (S. 89 des Urteils). Dieser Vorwurf verfange nicht, da aus dem Passus "Bezug der restlichen Wohnung per Ende September 2001" klar hervorgehe, dass damit per Ende September 2001 die letzte Wohnung übergeben sein sollte. Die Vorinstanz begründe mit keiner Silbe, inwiefern eine solche Formulierung unklar sei, es liege willkürliche Auslegung und zufolge fehlender Begründung eine Verletzung des Gehörsanspruchs vor (KG act. 18/1 RZ 71).

c) Die Erwägung der Vorinstanz auf S. 89, dass die Genehmigung von Übergabeterminen ab September 2001 anlässlich der Sitzung vom 12. März 2001 ohne Einfluss auf den für die Konventionalstrafe massgebenden Termin bleibe, sei willkürlich, da auf jeden Fall nicht die Beklagte eine Vertragsänderung hätte behaupten und beweisen müssen (dazu kann auf die Ausführungen unter IV.16.2.2 verwiesen werden). Mit der von der Vorinstanz vorgenommenen Unterscheidung, ob der Fertigstellungstermin im Sinne der Konventionalstrafenregelung gemeint gewesen sei oder ob es nur um die praktische Abwicklung der Wohnungsübergaben gegangen sei, nehme diese eine begriffliche Unterscheidung vor, die nach ihren eigenen Feststellungen nicht vorgenommen hätte werden dürfen, da sie auf S. 101 des angefochtenen Urteils selber festhalte, dass die Parteien darin übereinstimmen würden, dass die im Generalplanervertrag verwendeten Begriffe "Fertigstellungstermin", "Bauvollendungstermin" und "Bezugstermin" gleichzusetzen seien (KG act. 18/1 RZ 72).

16.3.2 Zunächst ist ein weiteres Mal darauf hinzuweisen, dass auf die Rüge der Verletzung des Vertrauensprinzips gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2).

Zudem setzt sich die Beklagte nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander resp. ihre Ausführungen gehen daran vorbei und beschränken sich auf rein appellatorische Kritik, sodass darauf schon in Anwendung von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden kann (oben II.2).

a) Die Vorinstanz hat nämlich erwogen, dass eine Änderung der Regelung der im Generalplanervertrag vereinbarten Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins einer Vereinbarung zwischen den Parteien bedürfte und es deshalb nicht angehen könne, aus einseitig verfassten Sitzungsprotokollen eine solche Vertragsänderung zu konstruieren. *Protokolle von Bausitzungen würden denn lediglich wiedergeben, was an der entsprechenden Sitzung besprochen worden sei, sodass aus einem fehlenden Protest einer Partei selbst mit Genehmigungsklausel keine Zustimmung zu einer Vertragsänderung abgeleitet werden könne.* Ein solches Protokoll könnte höchstens ein Beweismittel bzw. ein Indiz darstellen dafür, dass an der entsprechenden Sitzung eine Vertragsänderung zwischen den anwesenden Parteien vereinbart worden sei, vorausgesetzt, eine solche Abrede sei konkret behauptet worden. *Indem die Beklagte sich lediglich darauf berufe, dass die Klägerin nicht gegen eine im Protokoll vermerkte Terminverschiebung remonstriert und diese akzeptiert habe, mache sie selber nicht geltend, die Parteien hätten sich anlässlich der protokollierten Sitzung auf eine Vertragsänderung in dem Sinne geeinigt, dass nun nicht mehr der November 2000 als Vollendungstermin für die Konventionalstrafe, sondern ein anderer Termin gelten solle.* Es sei fraglich, ob die faktische Verschiebung des Übergabetermins auch Folgen für die Konventionalstrafe hätte und es genüge nicht, an einer Sitzung festzuhalten, dass die bisherigen Termine verschoben werden müssten. Erforderlich seien vielmehr die übereinstimmenden Willensäußerungen zweier Personen, um von der Vereinbarung eines neuen Termins auszugehen, welche aber von der Beklagten trotz entsprechendem Hinweis nicht genügend

substanziert unter Nennung der handelnden Personen und geäußerten Willenserklärungen behauptet worden seien (KG act. 2 S. 84-88).

b) Die Vorinstanz hat weiter erwogen, dass auch die Behauptung, das überarbeitete Terminprogramm sei anlässlich der Bauherrensitzung vom 13. Dezember 2000 (von einer Bauherrensitzung vom 13. September 2000, wie von der Beklagten geltend gemacht, ist an dieser Stelle des angefochtenen Entscheids nicht die Rede) genehmigt worden, ungenügend substantziiert sei, habe die Beklagte doch nicht einmal dargelegt, wie dieses Terminprogramm ausgesehen habe und auf welche Termine sich die Parteien geeinigt haben sollten. Die vagen Angaben zur Bezugsbereitschaft der Wohnungen würden nicht genügen, zumal sich die Parteien nicht einig seien, mit welcher Wohnungsabgabe der Bauvollendungstermin gewahrt sei (vgl. dazu unten 5.2). Unter Erw. 5.2 auf S. 99 werden die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien wiedergegeben, wonach die Klägerin diesen Termin in der Übergabe der letzten Wohnung erblicke, während die Beklagte der Ansicht sei, die gestaffelte Übergabe der Wohnungen ab September 2001 sei als Bauvollendung anzusehen (KG act. 2 S. 88-89 und S. 99).

c) Die Vorinstanz hat erwogen, es sei fraglich, ob der "Übergabetermin" von dem die Beklagte spreche, gleichzeitig Fertigstellungstermin im Sinne der Konventionalstrafenregelung meine oder ob es damit nicht vielmehr nur um die praktische Abwicklung der Wohnungsübergaben gegangen sei (KG act. 2 S. 89-90). Damit scheidet Willkür bereits aus, da die Vorinstanz nirgends festgestellt hat, "Übergabetermin" sei mit "Fertigstellungstermin", "Bauvollendungstermin" und "Bezugstermin" gleichzusetzen und damit entgegen der Darstellung der Beklagten keine Unterscheidung trifft, von der sie selber an anderer Stelle gesagt hätte, diese sei nicht zu treffen.

Abgesehen davon, dass auf die Vorbringen der Beklagten gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden kann (wie soeben dargelegt), wäre die Frage, ob sich aus der im Generalplanervertrag enthaltenen Genehmigungsfiktion der Bausitzungsprotokolle und der Nichtbeanstandung derselben durch die Klägerin eine Genehmigung der Terminverschiebungen durch diese oder aber eine Vertragsänderung ergeben könne, eine bundesrechtliche, sodass auch ge-

stützt auf § 285 ZPO nicht auf die Vorbringen der Beklagten einzutreten ist (oben II.3).

Überdies enthält die Auflistung der Beklagten in RZ 68 ihrer Beschwerde lediglich die in ihre Rechtsschriften übernommenen Feststellungen der Bausitzungsprotokolle und nirgends eine Behauptung, wonach an einer solchen Sitzung eine Willensäußerung der Parteien auf Vereinbarung eines neuen Terminprogramms erfolgt wäre. Die Aktenwidrigkeitsrüge ginge demnach fehl, selbst wenn auf sie eingetreten werden könnte.

17. Die Beklagte lastet der Vorinstanz auch unter der Überschrift "Blosse Vertragsanwendung" hinsichtlich deren Erwägungen auf S. 90/91, dass die in Anwendung des Vertrages erfolgte jeweilige Terminverschiebung von der Frage, ob die Parteien eine Verschiebung des Bauvollendungstermins vereinbart hätten, klar zu trennen sei, Nichtigkeitsgründe an (KG act. 18/1 RZ 73-74).

17.1 Sie wirft der Vorinstanz einerseits Willkür und andererseits eine falsche Beweislastverteilung vor, indem sie einräume, dass es nicht um den Fall einer Vertragsänderung gehe, sondern um die Vertragsanwendung, dann aber der Beklagten (auf S. 27, 84, 86 des Urteils) die Behauptungs- und Beweislast dafür auferlege, inwiefern eine Vertragsänderung vorliege.

17.2 Wie die Beklagte auch hier erkennt (KG act. 18/1 RZ 74 a.E.), betrifft die Frage der korrekten Beweislastverteilung Bundesrecht, sodass auf diese Rügen in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3). Auf die Willkür rüge ist nur schon mangels genügender Begründung und Nachweises nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2).

18. Unter den Titeln "T. Missbrauch" und "U. Verwirkung / Untergang der Konventionalstrafe" rügt die Beklagte weiter das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen bezüglich der vorinstanzlichen Erwägung auf S. 91 des Urteils, wonach die Klägerin vor der vollständigen Annahme der Erfüllungshandlungen keinen Anlass und keine Pflicht gehabt habe, die Strafe einzufordern oder einen Vorbehalt zu erklären sowie der Erwägung der Vorinstanz auf S. 94/95, die Klägerin habe den Strafvorbehalt im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR bis zur Übergabe der letzten

Wohnung als Ende des Erfüllungsvorgangs anbringen können und die Konventionalstrafe sei nicht verwirkt gewesen, weil die Klägerin sich mit Schreiben vom 15. Januar 2002 die Geltendmachung der Konventionalstrafe vorbehalten habe (KG act. 18/1 RZ 75-79).

18.1 Zur Begründung ihrer Willkürzüge macht die Beklagte geltend, diese Erwägungen ignorierten die gegebene Situation und Vertragslage (Teil 3 / Ziff. 8.5 sowie Ziff. 23.5) und erfolgten in Verletzung des Vertrauensprinzips. Sie lässt Ausführungen folgen, worauf an diesbezüglich von ihr Vorgebrachtem die Vorinstanz nicht eingegangen sei, was auch noch den Gehörsanspruch verletze (KG act. 18/1 RZ 76 sowie RZ 78-79).

18.2 Ein weiteres Mal ist darauf hinzuweisen, dass auf die Rügen der Verletzung des Vertrauensprinzips ungeachtet der geltend gemachten Willkür gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2). Was die Verletzung des Gehörsanspruch angeht, so ist auf diese Rüge ebenfalls nicht einzutreten, da der Vorwurf, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Vorbringen der Beklagten zum Verhalten der Klägerin und dem Vertrauensgrundsatz auseinandergesetzt habe, darauf hinausläuft, der angefochtene Entscheid enthalte nicht alle unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten massgeblichen Entscheidungsgründe, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin mit freier Kognition prüft (vgl. oben II.3).

19. Die Beklagte ist unter "V. Umfang der Konventionalstrafe" der Auffassung, die Vorinstanz habe mit ihrer Erwägung auf S. 103, der Fertigstellungstermin im Sinn des Generalplanervertrages sei so zu verstehen, dass erst die Bezugsbereitschaft der letzten Wohnung als Bauvollendung anzusehen sei, den Generalplanervertrag willkürlich ausgelegt und das Vertrauensprinzip verletzt (KG act. 18/1 RZ 80).

19.1 Der Begriff der "Bauvollendung" sei nämlich unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände und vor allem dem Verhalten der Parteien offensichtlich anders auszulegen gewesen. Auf S. 43 ff. der Klageantwort sei im Detail dargelegt worden, wie sich die Parteien ab 30. April 2001 auf ein Übergabeprogramm

bezüglich der einzelnen Wohnungen geeinigt hätten. Die Beklagte gibt darauf hin die einzelnen Daten wieder, sowie was ihrer Ansicht nach wesentlich für die Auslegung sei (KG act. 18/1 RZ 81).

19.2 Erneut ist darauf hinzuweisen, dass auf die Rügen der Verletzung des Vertrauensprinzips sowie der nicht richtigen Vertragsauslegung ungeachtet der geltend gemachten Willkür gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten ist (oben II.3 sowie u.a. IV.1.1.2).

20. Schliesslich führt die Beklagte unter dem Titel "*W. Herabsetzung*" die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich der Herabsetzung der Konventionalstrafe auf, und moniert, dass diese mit keinem Wort begründet habe, weshalb eine Konventionalstrafe von Fr. 800'000.– nicht mehr in einem krassen Missverhältnis zu den nicht bestehenden bzw. nicht schützenswerten Interessen der Klägerin (die, wie sie gezeigt habe, keinen Schaden erlitten habe) stehe. Auch ohne die Begründung der Vorinstanz zu kennen, müsse die Höhe von Fr. 800'000.– nach wie vor als krass übersetzt bezeichnet werden (KG act. 18/1 RZ 82-88).

20.1 Die Vorinstanz habe damit den Anspruch der Beklagten auf eine Begründung und damit auf rechtliches Gehör verletzt, andererseits liege Ermessensmissbrauch vor. Weil die Vorinstanz die Aspekte, die im vorliegenden Fall zwingend für eine Reduktion auf Null gesprochen hätten, nicht berücksichtigt habe, liege eine Verletzung von Art. 162 Abs. 3 OR vor (KG act. 18/1 RZ 86-88).

20.2 Mit ihren Ausführungen wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, Art. 161 Abs. 1 und Art. 162 Abs. 3 OR verletzt zu haben, was - wie die Beklagte wiederum grundsätzlich richtig erkennt (KG act. 18/1 RZ 88 a.E.) - als Verletzung von Bundesrecht vom Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin mit freier Kognition geprüft würde, sodass das Kassationsgericht auf diese Rüge nicht eintreten kann (§ 285 ZPO, oben II.3). Der von der Beklagten gerügte Ermessensmissbrauch ist jedoch entgegen ihrer Ansicht ebenfalls nicht vom Kassationsgericht zu prüfen, da das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei überprüfen würde, ob die Vorinstanz die Herabsetzung nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 163 Abs. 3 OR bundesrechtskonform vorgenommen habe. Das gilt auch hinsichtlich der Fra-

ge der genügenden Begründung des Ergebnisses der Herabsetzung im Bereich eines bundesrechtlichen Anspruches (vorliegend Art. 163 Abs. 3 OR), weshalb auch auf die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.3c).

21. Zusammengefasst gelingt es der Beklagten nicht, einen vom Kassationsgericht zu prüfenden Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen, weshalb ihre Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Ausführungen zum Antrag auf einen reformatorischen Entscheid (vgl. KG act. 18/1 S. 2, I. Anträge und RZ 89) erübrigen sich damit.

V. Kosten- und Entschädigungsfolge

Beide Parteien unterliegen je mit den in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gestellten Anträgen. Ausgangsgemäss werden sie daher kosten- und grundsätzlich auch je der andern Partei entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO). Der für die Bemessung der Gerichtsgebühren für das Kassationsgerichtsverfahren gemäss § 4 i.V.m. § 13 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren massgebende Streitwert der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin beträgt dabei Fr. 1'673'953.40 (KG act. 1 S. 2, entsprechend einer Gerichtsgebühr von Fr. 37'490.–) und derjenige der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten Fr. 826'046.60 (KG act. 18/1 S. 2 i.V.m. KG act. 2 S. 167, entsprechend einer Gerichtsgebühr von Fr. 27'270.–).

Da im vorliegenden Fall die Klägerin einen viel grösseren Aufwand hatte, sich zur sehr umfangreichen Beschwerde der Beklagten zu äussern, und die Bearbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten auch für das Kassationsgericht einen erheblich höheren Aufwand verursacht hat, als diejenige der Klägerin, erscheint ungeachtet der Tatsache, dass die Klägerin mit einem höheren Streitwert unterliegt als die Beklagte, eine Wettschlagung der Parteientschädigungen sowie eine hälftige Teilung der Gerichtskosten angemessen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Verfahren Kass.-Nr. AA080048 und AA080049 werden vereinigt. Das Verfahren Kass.-Nr. AA080049 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Beide Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die der Beschwerde der Beklagten verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 64'700.–.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 2.5 Mio.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 4. Februar 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich (Verfahren HG030377), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: