

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150067-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 12. September 2016

in Sachen

A. _____ Schweiz AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. et lic. iur. X2. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. September 2015; Proz. CG100095

Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von mindestens CHF 22'954'484.10 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf den vorstehenden Betrag Zins von jährlich fünf Prozent zu bezahlen, und zwar auf einen Mindestbetrag von CHF 22'478'892.10 seit dem 23. April 2008, auf einen Teilbetrag von CHF 430'400.00 seit dem 13. August 2008, und auf den Teilbetrag von CHF 45'192.00 seit dem 17. Januar 2009.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.
4. Es sei Vormerk zu nehmen, dass diese Klage eine Teilklage ist und dass die Klägerin sich vorbehält, nach Abschluss des Beweisverfahrens weitergehende Ansprüche durch Anpassung der Rechtsbegehren in diesem Verfahren oder durch Geltendmachung in einem anderen Verfahren einzuklagen.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 339'921.65 zuzüglich Zins zu 5 % auf CHF 45'192 ab 17. Januar 2009 und auf CHF 294'729.65 ab 13. August 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 490'000.--; die Barauslagen betragen
CHF 90.-- Zeugenentschädigung
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 98.5 % und der Beklagten zu 1.5 % auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 368'600.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilungen / Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 223):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (Dispositiv-Ziffern 1 - 4) vom 25. September 2015, Geschäfts-Nr. CG 100095-L/U, aufzuheben, es sei in der Streitsache eine Verhandlung durchzuführen und es sei die Streitsache,

soweit nicht spruchreif, zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; mit der Weisung, ein Beweisverfahren gemäss § 136 ZPO-ZH und einer Verhandlung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durchzuführen.

2. Neufassung von Dispositiv-Ziffer 1:
In Gutheissung der Klage sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 19'709'109.35 zu bezahlen zuzüglich 5 Prozent jährlicher Zins auf den Betrag von CHF 19'233'917.35 seit dem 23. April 2008, auf den Betrag von CHF 430'000.00 seit dem 13. August 2008 und auf den Betrag von CHF 45'192.00 seit dem 17. Januar 2009.
3. Neufassung von Dispositiv-Ziffer 2:
In Gutheissung der Klage sei die vorinstanzlich auf CHF 490'000 festgelegte Entscheidgebühr auf einen tarifkonformen Betrag zu reduzieren und auf maximal CHF 185'612.00 (CHF 185'522.00 + CHF 90.00 Zeugengeld) festzusetzen.
4. Neufassung von Dispositiv-Ziffer 3:
In Gutheissung der Klage seien die Gerichtskosten der Beklagten aufzuerlegen.
5. Neufassung von Dispositiv-Ziffer 4:
In Gutheissung der Klage sei die vorinstanzliche Prozessentschädigung auf einen tarifkonformen Betrag zu reduzieren und auf maximal CHF 171'172.00 zuzüglich MWSt festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 Prozent MWSt auf die Prozessentschädigung, für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren, zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten:

--

Erwägungen:

1.1 Mit einer als Totalunternehmer-Vertrag bezeichneten Vereinbarung vom 31. Oktober 2005 bestellte die Beklagte bei der Klägerin resp. deren Rechtsvorgängerin C._____ Generalunternehmung AG den Neubau des Sportstadions Letzigrund in Zürich gegen einen Pauschalpreis inklusive Mehrwertsteuer von rund Fr. 98 Mio. (im Dossier enthalten als act. 4/96 = 76/3). In der Folge gab es

insgesamt fünfzehn Nachträge zum Vertrag, zu einem Werkpreis von zusammen rund Fr. 6 Mio.

Auf eine Schlussabrechnung der Klägerin vom 13. März 2008 antwortete die Beklagte, das Werk sei noch nicht abgenommen - wogegen die Klägerin dafür hielt, die vertraglich vereinbarte "Hauptabnahme" sei bereits am 24. August 2007 erfolgt. Am 15. April 2008 ergänzte die Beklagte, aus den Nachträgen Nr. 16 und 17 zum Vertrag stehe ihr (und nicht der Klägerin) ein Guthaben zu, und Nachträge mit den Nummern 18 bis 36 lehne sie ab. Am 17. Juli 2008 fand eine letzte "Abnahme 3" statt (act. 4/30). Über die Schlussabrechnung wurden sich die Parteien in der Folge nicht einig.

Am 3. Juni 2010 machte die Klägerin den Prozess um den ihrer Ansicht nach offenen Rest des Werklohnes von rund Fr. 23 Mio. beim Bezirksgericht anhängig. Auf das Verfahren ist so weit notwendig im Folgenden einzugehen. Das Urteil, welches die Klage im ganz überwiegenden Umfang abwies, wurde der Klägerin am 8. Oktober 2015 zugestellt.

1.2 Die Berufung der Klägerin datiert vom 9. November 2015 und wurde gleichentags der Post übergeben (act. 223).

Die Kammer zog die Akten des Bezirksgerichts bei und erhob von der Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 170'000.--.

Die Präsidentin der Kammer ist aus gesundheitlichen Gründen an der Ausübung ihres Amtes für längere Zeit verhindert. Die Verwaltungskommission des Obergerichts hat der Kammer für die Zeit bis Ende 2016 Ersatzrichter lic. iur. Huizinga zugeteilt. Dieser wirkt daher am heutigen Urteil mit.

In einem parallelen Verfahren der Parteien verlangte die Klägerin von der Beklagten aus einem anderen Bauvorhaben eine Zahlung von rund Fr. 290'000.--. Das Bezirksgericht hiess die Klage im reduzierten Umfang von rund Fr. 253'000.-- gut, wogegen die Beklagte Berufung erhob. Die Kammer bestätigte das mit Urteil vom 27. Februar 2015. Das Bundesgericht hob den Entscheid auf. Es schützte zwar die Erwägungen, welche sich auf den Werkvertrag der Parteien für jenes

andere Objekt bezogen. Hingegen wies es die Kammer an, die Verrechnungseinreden zu prüfen, welche die Beklagte aus dem Vertragsverhältnis "Letzigrund" geltend macht (*BGer* 4A_221/2015 vom 23. November 2015). Das Bundesgericht gab der Kammer auf, die beiden Verfahren sinnvoll zu koordinieren. Das war nötig und wäre es noch, wenn die Verrechnungseinrede noch in beiden Prozessen mindestens eventuell streitig wäre. Mittlerweile hat sich die Situation allerdings geändert. Im heute zu beurteilenden Fall hat das Bezirksgericht einen Saldo zugunsten der Klägerin gefunden, welcher sich *nach* Berücksichtigung der als gerechtfertigt erkannten Verrechnungspositionen ergibt. Die Beklagte hat das nicht angefochten. Damit ist die Problematik der an zwei Orten (eventuell) geltend gemachten Verrechnung entfallen. So weit das Bezirksgericht den Saldo zu Gunsten der Klägerin reduzierte, weil es eine Verrechnungsforderung in die Rechnung einsetzte, ist die Forderung untergegangen (Art. 124 Abs. 2 OR). So weit es eine Verrechnung nicht zulies, weil die Gegenforderung nicht bestehe, ist diese rechtskräftig beurteilt (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Ob die Beklagte die Verrechnung noch mit anderen oder weiteren Forderungen erklärt hat (was der Annahme des Bundesgerichts widerspräche, es handle sich um die nämlichen Ansprüche: zit. *BGer* E. 6.4), wird im parallelen Verfahren zu prüfen sein – es läuft der Beklagten dort eine Frist, um zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Der Erledigung des entscheidungsreifen vorliegenden Verfahrens stünde es nicht entgegen.

2.1 Die Klägerin geht zutreffend davon aus, dass das Berufungsverfahren der schweizerischen ZPO untersteht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Ungeachtet dessen ist Kritik am Verfahren des Bezirksgerichts nach dem für das ganze erstinstanzliche Verfahren geltenden alten kantonalen Prozessrecht zu prüfen (Art. 404 Abs. 1 ZPO; *OGerZH* NK100014 vom 12. Januar 2011 und BGE 138 I 1).

2.2 Zuerst fragt sich, was verlangt und worüber zu entscheiden ist, denn auch für die Berufung gilt, dass die Begehren der Parteien Rahmen und Grenze für das Urteil bilden (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin formuliert ihren Berufungsantrag zur Sache einleitend mit "Gutheissung der Klage". Das wäre ein Betrag (und ein Streitwert für die Berufung) von rund Fr. 23 Mio. Nach der Begründung (act. 223 Rz. 8 S. 6 ff.) kann es allerdings nicht so gemeint sein. Die Klägerin führt

ausdrücklich aus, sie unterziehe sich teilweise der Beurteilung durch das Bezirksgericht, und das ergibt sich auch aus der Zusammenstellung, welche sie der Berufung voranstellt (act. 223 Rz. 8) und in der Folge (Rz. 11, 14 und 16) anders gruppiert wieder aufnimmt: bei der Position 26/"Euro-Tribüne" gibt das Zugesprochene (Fr. 282'000.--) und das als in der Berufung noch streitig Bezeichnete (Fr. 889'657.76) zusammen Fr. 1'171'657.76, wogegen als ursprünglich gefordert Fr. 1'255'523.36 genannt werden. Hier wird die Klage also um rund Fr. 84'000.-- reduziert. Die Position 28/"Umrüstung WC (Garderoben)" wird gegenüber den eingeklagten Fr. 22'170.90 mit Fr. 20'359.10 anerkannt: eine Klagereduktion um rund Fr. 1'800.--. Position 31/"zusätzliche Beleuchtungskörper", in der Klage enthalten mit Fr. 260'998.51, wird fallen gelassen. Die Position 32/ "Mehrkosten Schliessanlage" wird mit Fr. 155'473.73 gegenüber eingeklagten Fr. 171'448.70 stehen gelassen, was eine Reduktion um rund Fr. 16'000.-- bedeutet. Unter den Positionen 33-45/"Erstattungsanspruch der Stadt aus Budgetpositionen" wollte sich die Klägerin Fr. 265'504.35 anrechnen lassen, wogegen das angefochtene Urteil offenbar Fr. 642'873.38 abzog; das ist eine Reduktion des am Ende zugesprochenen Betrages gegenüber der Klage um rund Fr. 377'000.--, und indem es die Klägerin so akzeptiert, reduziert sie die Klage um diese Summe. Die Abweisung der Position 57/"Projektänderung, Erweiterung sanitäre Installationen" mit eingeklagten Fr. 231'181.-- wird akzeptiert und die Klage entsprechend reduziert, und ebenso bei der Position 59/"Mehrkosten" mit den ursprünglich eingeklagten Fr. 61'914.60. Die Klägerin anerkennt die Abweisung und reduziert damit die Klage bei den Positionen 64/"Integrierte Prüfungen" und 65/"Akustik-Kontrolle" um die eingeklagten Fr. 99'711.-- resp. Fr. 49'186.80. Endlich reduziert sie die Klage bei der Position 66/"Vernichtung der Kosteneinsparungsmöglichkeit" von ursprünglichen Fr. 2,28 Mio. auf nunmehr Fr. 1 Mio. Nach Treu und Glauben kann ihr Berufungsantrag daher nicht so verstanden werden, dass sie wirklich Gutheissung der Klage verlangt.

Der Antrag enthält eine weitere offenkundige Unrichtigkeit: die Beklagte soll "in Neufassung von Dispositiv-Ziffer 1" verurteilt werden, der Klägerin einen Betrag von Fr. 19'709'109.35 zu zahlen. Beim Wort genommen, verzichtete die Klägerin damit auf die Fr. 339'921.63, welche ihr das angefochtene Urteil zuspricht,

denn die Fr. 19'709'109.35 ergeben sich aus der Summe der in der Berufungsschrift als *strittig* = *rot* markierten Beträge. Nach Treu und Glauben verstanden will die Klägerin erreichen, dass ihr die Fr. 19.7 Mio. zu den Fr. 340'000.-- zusätzlich zugesprochen werden. Falls sie mit der Berufung vollständig durchdringt, will sie also in Dispositiv Ziffer 1 ("Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin zu bezahlen: ...") klarerweise Fr. 20'049'030.98 und nicht Fr. 19'709'109.35 geschrieben sehen. Treu und Glauben verlangen Berichtigung dieses Irrtums.

3. Mit dem ersten Berufungsantrag verlangt die Klägerin, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben, es sei eine Verhandlung durchzuführen, und es sei die Sache, so weit nicht spruchreif, an das Bezirksgericht zurückzuweisen mit der Weisung, ein Beweisverfahren und eine Verhandlung durchzuführen. Das ist nicht ganz leicht zu verstehen. So wie es formuliert ist, sollte das Obergericht (zuerst) das Urteil des Bezirksgerichts aufheben und (dann) eine Verhandlung durchführen. Das ergibt kaum Sinn. Eher ist wohl gemeint, auch wenn es gerade nicht so gesagt wird, dass das Obergericht eine Verhandlung durchführen und dann das angefochtene Urteil aufheben solle. Nach dem insoweit klaren Antrag will die Klägerin sodann, dass das Obergericht die Sache, wenn es sie nicht selbst entscheiden kann, an das Bezirksgericht zurückweist mit der Auflage, ein Beweisverfahren und eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Klägerin glaubt, dass das Bezirksgericht nur in drei Punkten ein Beweisverfahren durchführte, spreche für sich alleine schon für eine Rückweisung (act. 223 Rz. 5).

Nach altem und neuem Verfahrensrecht ist über wesentliche tatsächliche Behauptungen Beweis zu erheben, nach dem neuen zudem nur dann, wenn rechtzeitig taugliche Beweismittel genannt wurden (§ 133 ZPO/ZH; Art. 150 Abs. 1 und Art. 221 ff. ZPO). Ob zu einem bestimmten Punkt ohne Beweisverfahren entschieden werden durfte, lässt sich nur anhand der konkreten Beanstandungen, der Erwägungen des angefochtenen Entscheides und allenfalls der Vorbringen der Parteien in erster Instanz beurteilen. Davon losgelöst sozusagen die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung durch die erste Instanz abzuschätzen, wäre blosser Spekulation. Ob ein Beweisverfahren zu Unrecht unterblieben ist,

wird sich bei der Prüfung der einzelnen Beanstandungen der Klägerin zeigen. Ob das Beweisverfahren gegebenenfalls von der Berufungsinstanz selbst nachgeholt werden sollte, liegt in deren Ermessen und hängt unter anderem davon ab, wie umfangreich die Erhebungen voraussichtlich sein würden. Es liegt im Ermessen der Berufungsinstanz und kann abstrakt nicht entschieden werden.

Die Klägerin verlangt "eine Verhandlung" vor Obergericht und nach Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht "eine Verhandlung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK". Dazu führt sie aus, die erste Instanz habe mit Ausnahme von drei Positionen allein aufgrund der Akten entschieden. Vor einem materiellen Urteil wäre daher eine Verhandlung durchzuführen gewesen, "was hiermit beantragt wird" (act. 223 Rz. 5). Was das Durchführen eines Beweisverfahrens mit einer mündlichen Verhandlung zu tun hat, erläutert die Klägerin nicht. In Nachachtung des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) ist gleichwohl zu prüfen, ob der Antrag begründet ist.

Im Berufungsverfahren neuen Rechts kann das Obergericht eine mündliche Verhandlung anordnen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Eine Verhandlung hat von vorneherein wenig oder gar keinen Sinn, wenn über die Berufung ohne Einholen einer Antwort entschieden werden kann (Art. 312 ZPO). In Verfahren, welche der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime unterstehen und in welchen keine ausnahmsweise zulässigen Noven im Sinne von Art. 317 ZPO vorgetragen wurden, müssten sich mündliche Vorträge in blossen Wiederholungen erschöpfen. Wo die Vorträge so umfangreich sind wie hier (die Klage umfasste 421 Seiten, die Klageantwort zuerst 1'329, nach Rückweisung 495 Seiten, Replik und Duplik 444 resp. 347 Seiten), das angefochtene Urteil 220 Seiten und die Berufungsschrift 113 Seiten umfasst, eignet sich die Sache auch wenig für den mündlichen Vortrag. So weit es um das Verfahren der Berufung geht, wie es die ZPO regelt, ist dem Antrag der Klägerin nicht zu folgen.

Das kantonale Recht sah für Replik und Duplik grundsätzlich Mündlichkeit vor, doch konnte das Gericht dafür ausnahmsweise das schriftliche Verfahren anordnen (§ 128 ZPO/ZH). Eine solche Ausnahme war gemäss der konstanten Praxis der kantonalen Gerichte insbesondere dann gegeben, wenn es um umfangrei-

che und komplexe Auseinandersetzungen ging. Das ist im hier zu beurteilenden Prozess der Fall. Nach kantonalem Prozessrecht musste deshalb nicht zwingend und in jedem Fall eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Zu diskutieren ist, ob eine übergeordnete Bestimmung die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verlangte oder verlangt. Art. 30 Abs. 3 BV sieht vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann. Art. 30 Abs. 3 BV betrifft die Publikumsöffentlichkeit, während die Parteiöffentlichkeit in Art. 29 Abs. 2 BV garantiert wird (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, a.a.O., S. 964, S. 970). Zu Art. 30 Abs. 3 BV führen Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, Rz. 856) Folgendes aus: "Die Gerichtsöffentlichkeit dient der Transparenz und damit der Fairness des Verfahrens [...]. Im Zentrum von Art. 30 Abs. 3 BV stehen somit die Gerichtsverhandlung und die Urteilsverkündung. BSK BGG-Heimgartner/Wiprächtiger (2. Auflage 2011), N. 7 zu Art. 59 führen – unter Hinweis auf BGE 137 I 16 E. 2.2 – dazu aus: "Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet das Öffentlichkeitsprinzip eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz (allerdings nur betr. Verhandlung und Urteilsverkündung); es soll durch die Kontrolle der Öffentlichkeit den Prozessbeteiligten eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleisten. Der allgemeinen Öffentlichkeit soll darüber hinaus auch ermöglicht werden, Kenntnis davon zu erhalten, wie das Recht verwaltet und wie die Rechtspflege ausgeführt wird. Es sorgt damit auch für Transparenz in der Rechtspflege, was eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht und als wesentliches Element des Rechts auf ein faires Verfahren zu den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates gehört". Als hauptsächliche Funktionen werden alsdann genannt (Heimgartner/Wiprächtiger [2. Auflage 2011], N. 8 zu Art. 59): Kontrolle der Öffentlichkeit bzw. Allgemeinheit betreffend korrekte und gesetzmässige Behandlung, betreffend wirksame und angemessene Erfüllung der Richteraufgaben, betreffend Information über wirksame Strafverfolgung und damit über die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Erwähnt werden auch eine (nicht messbare) präventive Bedeutung, die Verbreitung von Rechtskenntnissen und Schaffung von Rechtsbewusstsein sowie die Förderung

von öffentlichen Debatten zu Justiz- und Rechtsfragen (a.a.O., N. 9 zu Art. 59 BGG).

Auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II garantieren als Teilaspekt des fairen Verfahrens öffentliche Gerichtsverhandlungen, u.a. im Zivilrecht, wenn keine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt werden (Heimgartner/Wiprächtiger [2. Auflage 2011], N. 19 f. zu Art. 59). Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantiert die Parteiöffentlichkeit und die Volksöffentlichkeit gleichermassen, allerdings unter zwei Einschränkungen, nämlich den Ausschluss der Öffentlichkeit und das Ausbleiben von mündlichen Verhandlungen überhaupt (Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, München/Basel/Wien 2012, Rz. 73 und 76). Für zivilrechtliche Verfahren ist das Recht auf öffentliche Verhandlung nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ein antragsbedürftiges Recht, wenn die Anberaumung der Verhandlung nach nationalem Gesetz nicht zwingend vorgesehen ist, sondern ins Ermessen des Gerichts gestellt ist (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., Rz. 91). Das heisst nach BGE 136 I 279 E. 1, dass "bei Vorliegen eines klaren und unmissverständlichen Parteiantrages [...] grundsätzlich eine öffentliche Verhandlung durchzuführen [ist]" (E. 3a und 3b S. 55 f.). Von einer ausdrücklich beantragten öffentlichen Verhandlung kann abgesehen werden, wenn der Antrag der Partei als schikanös erscheint oder auf eine Verzögerungstaktik schliessen lässt und damit dem Grundsatz der Einfachheit und Raschheit des Verfahrens zuwiderläuft oder sogar rechtsmissbräuchlich ist. Gleiches gilt, wenn sich ohne öffentliche Verhandlung mit hinreichender Zuverlässigkeit erkennen lässt, dass eine Beschwerde offensichtlich unbegründet oder unzulässig ist (BGE 122 V 47 E. 3b/cc und 3b/dd S. 56). Als weiteres Motiv für die Verweigerung einer beantragten öffentlichen Verhandlung fällt die hohe Technizität der zur Diskussion stehenden Materie in Betracht, was etwa auf rein rechnerische, versicherungsmathematische oder buchhalterische Probleme zutrifft [...]. Schliesslich kann das kantonale Gericht von einer öffentlichen Verhandlung absehen, wenn es auch ohne eine solche allein aufgrund der Akten zum Schluss gelangt, dass dem materiellen Rechtsbegehren der bezüglich der Verhandlung antragstellenden Partei zu entsprechen ist (BGE 122 V 47 E. 3b/ee und 3b/ff S. 57 f.). Umgekehrt ist ein ausdrücklicher und stillschweigender Verzicht auf öffentli-

che Verhandlung möglich (Mark Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 443), allerdings nur, wenn die Allgemeinheit kein besonderes Interesse am Zugang zum Gericht hat (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 973).

Das Bundesgericht legt Art. 30 Abs. 3 BV eng aus. Garantiert wird einzig, dass – wenn eine Verhandlung stattzufinden hat – diese öffentlich sein muss (BGE 128 I 288 E. 2 = Pra 2003 Nr. 80). In diesem Zusammenhang führt das Bundesgericht in E. 2.3 aus: "Nach einer ersten Auslegung, die in erster Linie auf den Wortlaut abstellt, verpflichtet Art. 30 Abs. 3 BV nicht in allen gerichtlich zu beurteilenden Fällen zur Abhaltung einer öffentlichen (mündlichen) Verhandlung, sondern will vorbehältlich einer anderslautenden gesetzlichen Regelung nur garantieren, dass solche Verhandlungen, sofern sie überhaupt stattfinden, öffentlich sind. Mit anderen Worten gewährt der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung gemäss Art. 30 Abs. 3 BV einer Partei keinen Anspruch, vor einem Gericht im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung mündlich angehört zu werden. Dies im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, der ein solches Recht begründet (BGE 121 I 35 E. 5d m. Hinw.), sofern die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichten. Andererseits ist eine Auslegung von Art. 30 Abs. 3 BV denkbar, wonach in allen von Art. 30 Abs. 1 BV erfassten Fällen, d.h. überall dort, wo ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung besteht, ein Recht auf eine öffentliche (mündliche) Gerichtsverhandlung gegeben ist, wie in den Fällen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ein solches Recht hätte jedoch – entgegen dem, was dem vorerwähnten Entscheid vom 3. April 2001 entnommen werden könnte – eine Tragweite, die grösser ist als diejenige von Art. 30 BV und wie oben dargelegt [...] weiter als jener von Art. 6 Ziff. 1 EMRK".

Ist eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, so muss dies im Laufe eines Prozesses nur einmal geschehen, und zwar in der Regel vor erster Instanz (BGE 141 I 97 E. 5.1) und damit vor einer Gerichtsinstanz, die Sachverhalt und Rechtsfragen voll überprüfen kann; die EMRK fordert nicht für jede Instanz ein öffentliches Verfahren. Findet vor der ersten Instanz keine öffentliche Verhandlung statt,

und wird sie auf Beschwerde hin vor der zweiten, mit voller Kompetenz ausgestatteten Instanz nachgeholt, ist der Mangel in der Regel geheilt (Villiger, a.a.O., Rz. 444; Grabenwarter/Pabel, a.a.O., Rz. 93; Müller/Schefer, a.a.O., S. 970 mit Hinweis auf zwei Entscheidungen in Anm. 52, und zwar EGMR Kolb v. Austria 35021/97 [2003] Ziff. 60 sowie Stallinger & Kuso v. Austria, 14696/89 [1997] Ziff. 46; Steinmann, St. Galler Kommentar [3. Auflage 2014], N. 60 zu Art. 30 BV; BSK BV-Reich [2. Auflage 2015], N. 51 zu Art. 30).

Die Klägerin behauptet nicht, sie habe vor Bezirksgericht eine mündliche Verhandlung verlangt. Das erstinstanzliche Verfahren leidet demnach an keinem Mangel, und damit steht die mündliche Verhandlung vor Obergericht zum Nachholen und Heilen einer Versäumnis der ersten Instanz nicht in Frage. Bleibt zu entscheiden, ob die Rechtsmittelinstanz eine mündliche Verhandlung durchführen müsse, wenn der Antrag erstmals ihr gestellt worden ist. Das Bundesgericht scheint dies generell zu verneinen (*BGer* 8C_138/2011 E. 2.3). Der EGMR hat dazu schon erwogen, ob die sich stellenden Fragen durch eine mündliche Verhandlung angemessen geklärt ("adequately resolved") werden könnten, resp. ob die Rechtsmittelinstanz massgebliche Fragen zum Sachverhalt zu klären habe (Villiger, a.a.O., Rz. 446 f.). In der ersten Instanz wären diese Gesichtspunkte nicht relevant; die Parteien haben Anspruch auf eine Verhandlung ungeachtet dessen, ob sich die Sache überhaupt für den mündlichen Vortrag eignet, und die EMRK gibt ihnen das Recht, die Mitglieder des Gerichtes physisch zu *sehen* und von ihnen akustisch *gehört* zu werden. Wenn es für das Rechtsmittelverfahren darauf ankommt, ob die sich stellenden Fragen durch eine mündliche Verhandlung angemessen geklärt ("adequately resolved") werden können, ist das eine andere Optik. Hier darf und muss mit erwogen werden, ob sich die Sache für den mündlichen Vortrag eignet, oder ob dieser sich aufdrängt, weil der persönliche Eindruck der Mitglieder des Gerichts wesentlich ist (*BGer* *5A_724/2015 vom 2. Juni 2016 E.3.3.). Das trifft in einem so komplexen und umfangreichen Fall wie dem der heutigen Parteien nicht zu. Massgebliche Fragen zum Sachverhalt werden in der Berufung neuen Rechts kaum je geklärt, und das ist auch im vorliegenden Fall nicht zu erwarten: hat kein Beweisverfahren stattgefunden, gibt es keine Beweiswürdigung zu überprüfen (Art. 310 lit. b ZPO), und wenn das Beweisverfahren zu

Unrecht unterblieb, wird die Sache in aller Regel an die erste Instanz zurück gewiesen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Endlich erlaubt es das neue Recht, über die Berufung ohne Einholen einer Antwort zu entscheiden (Art. 312 ZPO, analog zu Art. 102 Abs. 1 BGG), was eine mündliche Verhandlung als zusätzlich unangemessen erscheinen lässt.

Dem Antrag der Klägerin, es sei in der Berufung eine mündliche Verhandlung durchzuführen, ist daher nicht stattzugeben.

4.1 Die Klägerin rügt zunächst, dass ihr das Bezirksgericht eine "*Planungsverantwortung*" zugeschoben habe, was rechtsfehlerhaft sei. Damit wäre das Risiko für fehlerhafte oder ungenügende Planung auf sie als Unternehmerin überwältigt worden und hätte sie (nach Ansicht des Bezirksgerichtes) für Nachtragsforderungen im Umfang von rund Fr. 11,6 Mio. keinen Vergütungsanspruch. Tatsächlich habe das Bezirksgericht denn auch zu diesen Forderungen die offerierten Beweise nicht angenommen (damit dürfte gemeint sein: kein Beweisverfahren im Sinne der §§ 133 ff. ZPO/ZH eröffnet und durchgeführt), was nachgeholt werden müsse (act. 223 Rz. 9 ff.). Ferner beanstandet die Klägerin, das Bezirksgericht halte ihr zu Unrecht vor, sie habe das vertragliche *Procedere für Zusatzarbeiten* nicht eingehalten. Das habe dazu geführt, dass das Bezirksgericht tatsächlich ausgeführte Zusatzarbeiten von rund Fr. 6 Mio. nicht anerkannte resp. nur die Forderungen von zusammen rund Fr. 2.275 Mio. in die Rechnung einsetzte, zur deren Bezahlung sich die Beklagte bereit erklärt hatte. Sodann habe das Bezirksgericht die diversen Einzelpositionen der Nachtragsvereinbarung NT 17 als *zu wenig substantiiert* erklärt und darum auch hier kein Beweisverfahren durchgeführt, desgleichen bei der Position "vernichtete Kosteneinsparungs-Möglichkeiten" (act. 223 Rz. 12 ff.). Weiter betrachtet die Klägerin als rechtsfehlerhaft die Erwägungen des Bezirksgerichts zu *Beschleunigungsmassnahmen*: der Verzicht auf Beweiserhebungen in diesem Punkt und das Urteil beruhe darauf, dass die Klägerin der Beklagten wohl anzeigte, sie müsse diverser Projektänderungen wegen Beschleunigungsmassnahmen ergreifen, dass die Beklagte das aber nicht explizit bewilligte (act. 223 Rz. 15 f.). Und endlich beanstandet die Klägerin allge-

mein die Anforderungen des Bezirksgerichts an die *Substanziierung*; damit seien verfassungsmässige Rechte verletzt worden (act. 223 Rz. 17 ff.).

Diese allgemeinen Beanstandungen sind sinnvoll für den Einstieg ins Thema. Sie sind aber in dieser Form nicht überprüfbar. Die Berufung muss begründet werden, und darum "incombe[-t-il] (...) au recourant de motiver son appel, c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGE 141 III 576). Nach diesen Kriterien sind die Beanstandungen im Folgenden zu prüfen.

4.2.1 Die Klägerin beanstandet die Annahme des Bezirksgerichts, Fehler oder Unvollständigkeiten bei den der Projekt-Ausschreibung zugrunde liegenden Unterlagen gingen zu Lasten der Unternehmerin. Richtigerweise müssten solche Fehler oder Unvollständigkeiten zur Folge haben, dass dadurch verursachte Mehraufwendungen des Unternehmers zusätzlich zum vereinbarten Pauschalpreis zu vergüten seien (act. 223 Rz. 21 ff.). Nach der Zusammenstellung der Klägerin ist diese Frage für insgesamt neunzehn Positionen mit einer streitigen Summe von rund Fr. 11,65 Mio. relevant (act. 223 Rz. 11). Der Werkvertrag der Parteien enthält dazu folgende Bestimmung:

1.2.1 Bisherige Planung

Unter bisheriger Planung werden die bisherigen, im Hinblick auf das Bauwerk (unten Ziffer 2.1) im Auftrag der BH vorgenommenen Planungsarbeiten bezeichnet.

Der TU verpflichtet sich, die Gesamtplanerin/den Gesamtplaner mit den weiteren Leistungen gemäss dem Gesamtplanervertrag zu beauftragen und die vereinbarte Honorierung unverändert zu übernehmen.

Es ist die Pflicht der Totalunternehmung, die von der Gesamtplanerin/dem Gesamtplaner bisher erbrachten Leistungen (insbesondere Planunterlagen und sonstige Dokumente) auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerks auf deren Grundlage vollumfänglich zu übernehmen.

4.2.2 Ungeachtet des Wortlautes ist das so zu verstehen, wie es die Vertragsschliessenden übereinstimmend verstanden (Art. 18 Abs. 1 OR). Offenbar hatte die Klägerin in erster Instanz einen solchen inneren Willen des Inhalts behauptet, dass Fehler und Unvollständigkeiten der Unterlagen nicht zu Lasten der Unternehmung, sondern zu Lasten der Bestellerin gehen sollten. Jedenfalls bezieht sich die Klägerin in der Berufung darauf, dass das Bezirksgericht ein Beweisverfahren durchführte, um den Willen der damaligen Vertragsparteien zu ermitteln. Sie kritisiert die Würdigung der in diesem Zusammenhang erhobenen Zeugenaussagen. Es seien D.____, E.____, F.____, G.____ und H.____ einvernommen worden. Der Zeuge H.____, damals "Mitglied der Geschäftsleitung A.____" (welch letztere allerdings damals noch gar nicht gegründet und daher auch nicht Vertragspartei war; H.____ unterzeichnete den Vertrag als Organ der C.____ Generalunternehmung AG), habe gewusst, dass "sicher besprochen worden (sei), wer die Kosten für die Berichtigung von Fehlern in der Ausschreibungsplanung trage", und dass nach dem gemeinsamen Verständnis der Parteien bei fehlerhafter oder fehlender Planung die finanzielle Verantwortung für die daraus entstehenden Mehrkosten bei der Bestellerin lag. Die Zeugen D.____ und E.____, welche seinerzeit auf Seiten der Beklagten verhandelten und den Vertrag unterzeichneten, hätten sich nicht erinnern können, dass man über das Berichtigen von Planungsfehlern sprach. "Wohlweislich" hätten sie es auch auf Nachfrage unterlassen, auch nur mit einem Wort zu erwähnen, ob die Parteien mit der fraglichen Vertragsbestimmung auch die finanzielle Verantwortung "auf die A.____ überwälzen wollten" (gemeint offenbar: "...auf die C.____ Generalunternehmung AG"). Der Zeuge H.____ arbeite nicht mehr bei der Klägerin, wogegen der Zeuge E.____ durch ein Auftragsverhältnis nach wie vor eng mit der Beklagten verbunden sei. Da D.____ und E.____ den Vertrag redigierten, müssten Unklarheiten zu Lasten der Beklagten gehen, und im Zweifel müsse der Vertrag in der für die belastete Partei milderer Version verstanden werden. Ein Vertrag in anderem Zusammenhang (B.____ / ...-Düker, act. 154/A-002) hätte gewürdigt werden müssen und zu Gunsten der Klägerin gesprochen, ferner seien

weitere Dokumente (act. 4/96 und act. 154/A-003 und A-004) unrichtig gewürdigt worden.

Bei der Frage, was die Parteien subjektiv wollten, haben allgemeine Auslegungsregeln offenkundig keine Bedeutung. Wer den Vertrag redigierte und ob er objektiv unklar ist, spielt dafür keine Rolle. Ebenso unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Verweis der Klägerin auf den schriftlichen Vertrag (act. 4/96); es geht ja gerade nicht um dessen Wortlaut, sondern darum, was die Vertragsschliessenden *unabhängig* vom Text darunter verstanden.

Mit dem pauschalen Hinweis, Beweismittel seien "unrichtig gewürdigt" worden, ist der Nachweis eines Fehlers in der Beweiswürdigung nicht erbracht. Nur der Vollständigkeit halber dazu was folgt: act. 154/A-002 ist die Kopie eines mit 20. Dezember 2005 datierten Entwurfes für einen Vertrag der Beklagten mit einer anderen Unternehmung über ein anderes Objekt ("Dükerbauwerk ..."; ein Düker ist laut allgemein zugänglichen Informationen eine Druckleitung zur Unterquerung einer Straße, eines Tunnels, eines Flusses oder von Bahngleisen). Was das für den Beweis der Klägerin über den inneren Willen der den heute streitigen Vertrag Schliessenden aussagen könne, bleibt schleierhaft, und die Berufung erläutert es nicht. Immerhin ergibt sich bei summarischer Durchsicht des Dokumentes, dass bei jenem Vorhaben ebenfalls eine "Komplettheitsklausel" vereinbart war: die Unternehmung war auch dann verpflichtet, das Werk vollständig und funktionstüchtig herzustellen, wenn der Leistungsumfang nicht abschliessend oder nicht zweifelsfrei bestimmt sein sollte, und sie erklärte, sie habe die Vertragsgrundlagen studiert und mache keine Vorbehalte (Ziff. 3.4). Wenn denn daraus etwas für den inneren Willen der Vertreter der Beklagten beim Aushandeln des heute streitigen Vertrages abgeleitet werden kann, dann dies, dass der Vertragsentwurf "Dükerbauwerk ..." ein Hinweis auf eine Praxis der Stadt sein kann, das Risiko unvollständiger Planung auf die Unternehmer abzuwälzen. Die von der Klägerin genannten act. 154/A-003 und -004 sind insgesamt sechsunddreissig Seiten Protokolle über Besprechungen zum Vertrag. Bei summarischer Durchsicht wird die Frage nicht behandelt, wer das Risiko unvollständiger oder unrichtiger Planung

trage, und die Klägerin führt in der Berufung nicht aus, was das Bezirksgericht woraus für ihren Beweis richtigerweise hätte ableiten müssen.

Damit bleibt es bei der Würdigung der Zeugenaussagen. Es mag offen bleiben, ob der Nachweis einer unrichtigen Würdigung überhaupt möglich ist, wenn sich die Klägerin von vorneherein nur mit drei von fünf Zeugen auseinandersetzt. Der Zeuge F._____ war allerdings bei den Vertragsverhandlungen gar nicht dabei (angefochtenes Urteil S. 48). Die Klägerin zitiert den Zeugen H._____ mit dessen Aussage, es sei sicher besprochen worden, wer die Kosten für die Berichtigung von Fehlern in der Ausschreibungsplanung trage, und dass nach dem gemeinsamen Verständnis der Parteien bei fehlerhafter oder fehlender Planung die finanzielle Verantwortung für die daraus entstehenden Mehrkosten bei der Bestellerin lag. Auch wenn er nicht mehr bei der damaligen Vertragspartnerin C._____ Generalunternehmung AG resp. der Klägerin arbeitet, dürfte er geneigt sein, seine damalige Leistung als Verhandler nicht ungünstig darzustellen. Die zitierten Äusserungen mögen auch seine subjektiv ehrliche Erinnerung wiedergeben. Dass diese sich damit deckt, was die seitens der Beklagten Verhandellnden dachten und meinten, ist durchaus nicht klar. Woraus er schliesst, diese seien (wie er) der Meinung gewesen, Unvollständigkeiten und Fehler der Unterlagen gingen zu Lasten der Bestellerin, geht aus den in der Berufung zitierten Aussagen nicht hervor. Dass "sicher" darüber gesprochen wurde, lässt sich anhand der Ausführung in der Berufung nicht erhärten. Im Gegenteil scheint es merkwürdig, dass die Klägerin in den vielen Protokollseiten, welche sie zum Beweis offerierte, keinen Hinweis auf solche Diskussionen aufzeigen kann, wenn diese stattgefunden haben sollen. Von den damals für die Beklagte Verhandellnden soll der eine noch mit der Stadt durch Mandate verbunden sein. Dass der andere aus irgend welchen (ungehörigen) Rücksichten falsch ausgesagt haben könnte, legt die Klägerin nicht dar. Warum die beiden Zeugen "wohlweislich" (das würde heissen: mit Bedacht, um etwas zu vertuschen oder zu verheimlichen) nichts dazu aussagten, wer die Kosten ungenügender oder falscher Planung tragen sollte, erläutert die Klägerin nicht. Nach dem vorstehend diskutierten Vertragsentwurf "Limmat-Düker" könnte es gegenteils bei der Beklagten Praxis gewesen sein, dieses Risiko dem Unternehmer aufzubürden. Der Zeuge G._____, seinerzeit ebenfalls bei der Klägerin (oder ihrer

Rechtsvorgängerin) angestellt und als deren Projektleiter mit den Vertragsverhandlungen mindestens zeitweise befasst, konnte sich anders als der Zeuge H._____ nicht daran erinnern, dass einzelne Bestimmungen des Vertrages mit den Vertretern der Beklagten besprochen wurden, namentlich nicht, dass die Kostenfolgen von Planungsfehlern Thema waren (angefochtenes Urteil S. 48 f.). Damit setzt sich die Berufung nicht auseinander. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass nur der Zeuge H._____ solche Gespräche mit den Vertretern der Beklagten führte; die Aussagen des Zeugen G._____ sprechen gleichwohl eher gegen die Darstellung der Klägerin oder stützen sie zumindest nicht.

Alles in allem ist die Rüge der Klägerin zur Beweiswürdigung in diesem Punkt nicht berechtigt.

4.2.3 Wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 133 III 406 E. 2.2 S. 409; 132 III 626 E. 3.1 S. 632, 24 E. 4 S. 27 f.). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGer 4A_564/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.1). Die Unklarheitenregel gelangt dann zur Anwendung, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 S. 69, 607 E. 2.2; 124 III 155 E. 1b S. 158; 122 III 118 E. 2a S. 121).

Die Klägerin argumentiert, sie habe im Hinblick auf die Planung zwei verschiedene Aufgaben übernommen: die vorhandenen Ausschreibungsunterlagen auf ihre Richtigkeit zu prüfen, und die künftigen Planungsleistungen zu erbringen. Das Zweite habe sie problemlos bewältigen können und dafür auch einen Posten in ihre Kalkulation eingesetzt. Der Vertrag habe ihr aber keine Verpflichtung aufer-

legt, Mehrkosten für Mängel der bisherigen Planung zu tragen, und erst recht nicht Mehrkosten der Ausführung, welche auf mangelhafte Planung zurückgingen. Das letztere wäre als Vertragsklausel "blanker Unsinn", denn ein Auftraggeber könne nicht erwarten, dass der Auftragnehmer einen Vertrag schliesse, nach welchem dem Auftraggeber erlaubt sei, die Vertragsgrundlagen beliebig zu ändern, ohne dass damit ein Anspruch auf Preisanpassung verbunden wäre. Innert der zwei zur Verfügung stehenden Monate sei es praktisch unmöglich gewesen, die Ausschreibungsunterlagen mit mehr als dreihundert Einzelpreis-Positionen vollständig zu prüfen. Die von der Beklagten beigezogenen Ingenieure hätten die Statik des Daches falsch berechnet. Nach Abschluss des Vertrages hätten jene Ingenieure eineinhalb Jahre lang gebraucht, um die Statik nachzurechnen (act. 223 Rz. 21 ff.).

Im einen Punkt ist der Klägerin ohne Weiteres beizupflichten: ein Auftraggeber kann nicht erwarten, dass der Auftragnehmer einen Vertrag schliesst, nach welchem es dem Auftraggeber erlaubt ist, die Vertragsgrundlagen beliebig zu ändern, ohne dass damit ein Anspruch auf Preisanpassung verbunden wäre. Das ist hier aber gar nicht das Thema. Wie mit notwendigen Änderungen (zum Beispiel aufgrund von höherer Gewalt), Änderungswünschen der Bestellerin resp. mit Änderungsvorschlägen der Unternehmerin umzugehen ist, regelt der Vertrag detailliert (Ziff. 2.1 letzter Absatz, Ziffern 8.1 und 8.2), und das wird nachstehend zu erörtern sein. An dieser Stelle geht es darum, was unter den Parteien gilt, wenn die Ausschreibungsunterlagen unvollständig oder falsch sind.

Ein Pauschalpreis stellt immer gleichzeitig ein Risiko und eine Chance dar. Kann der Unternehmer günstiger liefern als ursprünglich zu erwarten, hat er gleichwohl den unverkürzten Werklohn zu gut, hat er Mehraufwendungen, muss er sie mit dem vereinbarten Lohn decken. Das ist trivial, muss aber doch als Grundlage der Beurteilung vorangestellt werden. Das hier streitige Werk war nicht nur von aussergewöhnlichem Umfang, sondern auch höchst komplex; unter anderem mussten sechs verschiedene "Betriebszustände" ermöglicht werden (Vertrag Ziff. 2.1). Auch baulich und konstruktiv war es etwas Besonderes. Offenbar ist es bei einem solchen Vorhaben nicht ohne Weiteres klar, dass die Ausschreibungs-

unterlagen vollständig und richtig waren: das ist nach Treu und Glauben und bei einer objektivierten Betrachtung daraus zu schliessen, dass der Vertrag zur Richtigkeit dieser Unterlagen eine ausdrückliche Bestimmung enthält. Offenkundig besteht ein Interessengegensatz unter den Beteiligten, welcher durch eine Bestimmung im Vertrag oder eine subsidiäre Regelung aufgelöst werden muss, wenn die Unterlagen nicht vollständig oder sogar unrichtig sind. Das Bundesgericht erwägt dazu Folgendes:

Auf die Angaben des Bauherrn darf sich der Unternehmer dann ohne Nachprüfung verlassen, wenn es sich (...) um sachverständige Angaben handelt (Spiess/Huser, a.a.O., N. 9 zu Art. 59 SIA 118; Alfred Koller, Durchbrechung des Festpreischarakters von Pauschalpreisverträgen, in: AJP 2014 S. 764 ff. 766 mit Hinweisen; vgl. auch Hürlimann, a.a.O., N. 14a zu Art. 25 SIA 118; Rainer Schumacher, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 1998, S. 147 f. Rz. 489). Allgemeiner Sachverstand genügt nicht. Vielmehr muss sich der Sachverstand auf Seiten des Bestellers gerade auf die konkrete Angabe beziehen (vgl. Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 723 Rz. 1956, bezogen auf Weisungen im Rahmen von Art. 369 OR). Ist aber ein entsprechender Sachverstand auf Seiten der Bauherrschaft gegeben muss ein Fehler in den Unterlagen objektiv nur erkannt werden, wenn er offensichtlich ist *oder wenn der Unternehmer zur Nachprüfung verpflichtet und nach dem vorausgesetzten Fachwissen in der Lage ist, die Fehlerhaftigkeit zu erkennen* (so das in der Berufung angerufene Urteil BGer 4A_213/2015 E.4.4.2., Hervorhebung beigefügt).

Die Beklagte ist ein professioneller Bauherr. Wie weit der Sachverstand in ihrem Amt für Hochbauten selber vorhanden ist, kann offen bleiben, da sie sich regelmässig und auch hier von Spezialisten beraten liess – so ist unstrittig, dass sie für die Statik des Werkes ein externes Ingenieurbüro beizog. In dieser Situation durfte die Klägerin grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen vertrauen, wenn Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit nicht offensichtlich waren. Ob das der Fall war, muss hier offen bleiben. Das Bundesgericht macht den entscheidenden Vorbehalt, dass es dann nicht gilt, wenn der Unternehmer zur Nachprüfung verpflichtet und nach dem vorausgesetzten

Fachwissen in der Lage ist, die Fehler- (oder Lücken-)haftigkeit zu erkennen (a.a.O.).

Der Klägerin ist insofern beizupflichten, als auch eine Abrede, dass der Unternehmer die Ausschreibungsunterlagen prüfen werde, keine vorvertragliche Pflicht begründet. Eine Pflicht kann vom Vertragspartner notfalls durchgesetzt werden. Das ist hier nicht der Fall. Die Beklagte schob den Offerenten nach der Auffassung des Bezirksgerichts die Obliegenheit zu, die Unterlagen zu prüfen. Dazu waren sie nicht im eigentlichen Sinn verpflichtet, aber wenn sie es versäumten, trugen sie die nachteiligen Folgen. Das ist eine Abmachung, die unter dem Aspekt von Art. 19 OR ohne Weiteres zulässig ist. Wie weit sie geht, ist aufgrund des Wortlautes und allenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

Die Klägerin übernahm es, die von der Beklagten gelieferten Planunterlagen und sonstigen Dokumente auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerkes auf deren Grundlage vollständig zu übernehmen. Die Bestimmung steht in einem 25-seitigen Dokument im Kapitel "1. Vorbemerkungen" und unter der Überschrift "1.2 Terminologisches / 1.2.1 Bisherige Planung". Der Vertragspartner der Beklagten war allerdings kein Laie, sondern eine hervorragend beschlagene und erfahrene Unternehmung. Die Bestimmung findet sich auf der ersten Seite der materiellen Bestimmungen (die drei Seiten zuvor sind das Titelblatt und das Inhaltsverzeichnis). Nach Treu und Glauben kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, die Klausel übersehen zu haben – was sie denn auch nicht tut. Sie behauptet ja, dass sie sich – so jedenfalls der Zeuge H._____ als ihr damaliges Organ (resp. Organ ihrer Rechtsvorgängerin) – damit eingehend befasste. Sie will die Klausel so ausgelegt haben, dass sie für ihre Kalkulation nur noch nicht erbrachte Planungsleistungen berücksichtigen musste, und dafür habe sie denn auch rund Fr. 4,1 Mio. vorgesehen (act. 223 Rz. 42). Dieser Teil ihrer Aufwendungen ergibt sich in der Tat aus Ziff. 14.9 des "Submissionsprogramms der 2. Stufe" (act. 4/98, KV2), auf welches sich die Berufung stützt. Unter dem Titel "Stand der Planung" wird der Unternehmerin überbürdet, "alle weiteren und fehlenden Planungsleistungen, die für die Erstellung des Bauvorhabens notwendig sind, (...) zu erbringen und im Angebot einzurechnen". Das

betrifft bei unbefangenen Verständnis nur dieses einen Satzes Planungsleistungen, die der Ausschreibung noch gar nicht zugrunde lagen. Die Klägerin hat den Satz in der Berufung denn auch fett hervorgehoben (act. 223 Rz. 34). Sie übergeht dabei allerdings, dass auch in dieser Ziff. 14.9 des "Submissionsprogramms der 2. Stufe" die vorstehend erwähnte Bestimmung des TU-Vertrages ausdrücklich und wörtlich enthalten ist: "(...) die [von der Beklagten gelieferten] Planunterlagen und sonstige Dokumente auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerkes auf deren Grundlage vollständig zu übernehmen" (act. 4/98 S. 13). Damit geht es also ausdrücklich nicht nur um noch fehlende, sondern insbesondere um die bereits gelieferten Planunterlagen. Bei unbefangenen Verständnis vernünftiger und korrekter Parteien (Art. 2 ZGB) übernahm eine Offerentin daher auch das Risiko, dass sich die der Ausschreibung zugrunde liegenden Unterlagen als unvollständig oder falsch erweisen sollten. Die Klägerin argumentiert, das habe wenn überhaupt nur das Nachholen der Planung und jedenfalls nicht Mehrkosten der Ausführung betreffen können. Dafür gibt der Vertrag allerdings keine Grundlage. Die mehrfach zitierte Klausel trägt dem Unternehmer auf, "die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerks vollständig zu übernehmen". Das bedeutet, dass die Pflicht zum Erstellen des Bauwerks auch bei Unrichtigkeit der "Planunterlagen und sonstigen Dokumente" gilt. Darin lag zweifellos ein potentiell erhebliches Risiko. Die Klägerin war aber frei, dieses aufgrund der Vertragsgrundlagen nicht nur erkennbare, sondern offenkundig liegende Risiko einzugehen oder nicht. An sich lagen Unvollständigkeiten oder gar Fehler der Submissionsunterlagen im Verantwortungsbereich der Beklagten, wie das Bundesgericht in zitierten Entscheid festhielt. Nach diesem Urteil war es aber zulässig, durch Vertrag eine andere Abmachung zu treffen, und das war hier der Fall.

Das Bundesgericht behält vor, dass eine Bestellerin "nach dem vorausgesetzten Fachwissen in der Lage ist, die Fehlerhaftigkeit [der Ausschreibungsunterlagen] zu erkennen". Die Klägerin argumentiert damit, wenn sie in der Berufung geltend macht, innert der zwei Monate, die ihr zur Verfügung standen, habe sie nur schon die dreihundert Einzelpreis-Positionen nicht vollständig prüfen, geschweige denn die Statik des Daches nachrechnen können. Wie es sich damit

nach den konkreten der Klägerin (resp. ihrer Rechtsvorgängerin) zur Verfügung stehenden Ressourcen verhielt, steht nicht fest. Aus objektiver Sicht kann nicht gesagt werden, sie habe keine ausreichende Gelegenheit gehabt, die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen. Unter https://www.A._____.com/de-ch/uber-uns/geschichte.html (letztmals besucht am 17. Juni 2016) rühmt sich die Klägerin, die grösste Bauunternehmung der Schweiz zu sein und auf hundertfünfzig Jahre Geschichte und Erfahrung aufbauen zu können. Gewiss war das Stadion Letzigrund ein ausserordentliches Vorhaben. Die Beklagte durfte aber auch davon ausgehen, dass die potentiellen Anbieter für ihre Offerten auch ausserordentliche Anstrengungen unternehmen würden. Nicht nur ging es um einen erheblichen Werklohn von fast hundert Millionen Franken, sondern es war offenkundig auch ein prestigeträchtiges Objekt. Die Klägerin trägt vor, die von der Beklagten beigezogenen Ingenieure hätten nach Vertragsschluss achtzehn Monate nächtelang gearbeitet, um die Statik des Daches nachzurechnen (act. 223 Rz. 55 f.). Ob das wahr ist, kann die Kammer nicht prüfen. Der Behauptung darf immerhin darum mit einer gewissen Skepsis begegnet werden, weil jene Ingenieure die Statik offenbar tatsächlich ungenügend untersucht hatten; wenn der Fehler offen zutage gelegen hätte, stellte das ihrer Fachkompetenz kein gutes Zeugnis aus. Die grösste Bauunternehmung der Schweiz (oder ihre Rechtsvorgängerin) muss aber in der Lage sein, die Statik eines Werkes innert zweier Monate sei es mit eigenen Kräften oder durch Beizug externer Fachleute zu prüfen. Wenn sie erkannt hätte, dass die Grundlagen zur Statik ungenügend oder falsch waren und wenn sie tatsächlich in den zwei Monaten die Berechnungen nicht selber erstellen (lassen) konnte, musste sie entweder auf das Vorhaben verzichten oder gegenüber der Bestellerin einen Vorbehalt in diesem Punkt durchsetzen. Da sie das nicht getan hat, übernahm sie nach Treu und Glauben das Risiko unvollständiger oder falscher Unterlagen zur Statik. Dass der Punkt offenbar aktuell wurde und zu erheblichen Mehrkosten führte, kann diese Beurteilung nicht ändern.

4.3.1 Das Bezirksgericht hält die Forderungen der Klägerin aus diversen *Projektänderungen* für nicht berechtigt. Anders als zum vorstehend erörterten Komplex der Planungs-Verantwortung hat es dazu keine Beweise erhoben, weil es den Punkt aus rechtlichen Gründen als entscheidungsreif ansah.

Die Klägerin kritisiert das. Die Würdigung bzw. Schlussfolgerung sei unzutreffend, dass sie das vereinbarte Ablaufverfahren für Änderungen nicht eingehalten habe und auf einer schriftlichen Vertragsänderung oder auf einer schriftlichen Bestätigung mittels Einschreibebrief hätte beharren müssen. Falsch sei namentlich, dass der Beklagten kein Rechtsmissbrauch vorzuwerfen sei, auch wenn Zusatzarbeiten offeriert und ausgeführt wurden (act. 223 Rz. 78 ff.).

4.3.2 Die Klägerin kritisiert namentlich, das Bezirksgericht habe zwar richtig erwogen, ein Schriftlichkeitsvorbehalt könne auch stillschweigend aufgehoben werden, das aber nur als "Theorie" bezeichnet und nicht richtig angewendet. Es gehe durchaus nicht um die generelle Aufhebung des Vorbehaltes der Schriftlichkeit, aber sie (die Klägerin) habe in erster Instanz behauptet, nach einer Sitzung des Projektteams am 26. Januar 2006 sei über einen Zeitraum von 1 ½ Jahren ein optimiertes Procedere praktiziert worden, wonach Projektänderungen in einem regelmässigen Rhythmus von zweiwöchentlichen Sitzungen aufgrund von periodisch aktualisierten [Kosten-]Schätzungen besprochen und (aus Beweisgründen nach wie vor zu erstellende) schriftliche Vereinbarungen erst nachträglich aufgesetzt wurden. In Abweichung vom Schriftlichkeitsvorbehalt habe die Beklagte in der Zeit zwischen Februar und Juni 2007 mindestens 25 Projektänderungen mündlich freigegeben und nach Ausführung der Arbeiten die Mehrkosten zum Teil Monate später bezahlt, ohne sich auf fehlende Schriftlichkeit zu berufen. Das Gleiche gelte für 35 Projektänderungen aus der Zeit von Juni bis November 2007 und für "zahlreiche" Änderungen, welche dann später in den "Nachträgen 16 und 17" zusammengefasst wurden. Dass das Bezirksgericht darüber nicht Beweis abnahm, verletze Art. 8 ZGB (act. 223 Rz. 80-92).

Das Bauvorhaben war zwar bei Vertragsschluss in grossen Teilen definiert, doch behielten die Parteien Änderungen am Projekt explizit vor. Generell heisst es unter dem Titel "2. Gegenstand des TU-Vertrages", dass die Festlegung der definitiv zur Ausführung gelangenden Arbeiten (...) in enger Abstimmung zwischen dem TU und der BH [geschehe], wobei letzterer im Verhältnis zum TU das alleinige Entscheidungsrecht zustehe. Entsprechend waren im vereinbarten Pauschalpreis nicht enthalten "7.5 ... g) Mehrkosten aufgrund von Änderungen bzw.

Abweichungen von Budgetpositionen im Sinne von unten Ziffer 8". Und Ziffer 8.2 bestimmte das Vorgehen bei Bestellungen-Änderungen: Die Bauherrin durfte jederzeit Änderungen der Ausführung verlangen; durch solche Änderungen verursachten Mehr- oder Minderkosten sollten zur Anpassung des Werkpreises führen. Bei Änderungswünschen der Bauherrin oder auch bei eigenen Vorschlägen hatte die Klägerin eine schriftliche Pauschalofferte vorzulegen, welche alle Termin- und Bewilligungsfolgen sowie sämtliche Bau- und Betriebskosten des Änderungswunsches zu enthalten hatte. Die Klägerin musste "das Mengengerüst" und den Mengenzuwachs offen nachweisen. Projektänderungen waren vor der Ausführung durch die Beklagte zu genehmigen, und: "Mehrkosten für Projektänderungen ohne vorherige schriftliche Zustimmung der BH trägt alleine der TU" (act. 4/96 S.13).

Die Klägerin geht von diesen Bestimmungen aus, macht aber geltend, sie seien im Laufe der Projektausführung abgeändert worden. Dabei behauptet sie (jedenfalls in der Berufung) nicht, es habe eine ausdrückliche Vereinbarung über eine solche Änderung gegeben - worüber man Beweis erheben und die Personen, welche die Vereinbarung getroffen haben sollten, als Zeugen hören müsste. Die Klägerin stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, die Aufhebung eines vertraglichen Vorbehaltes der Schriftlichkeit könne durch konkludentes Verhalten oder stillschweigend geschehen (act. 223 Titel vor Rz. 80 und Rz. 80 ff.). Sie referiert dazu eingehend die Praxis des Bundesgerichts und bemängelt, das Bezirksgericht habe das zu wenig genau getan. Das angefochtene Urteil zitiert zwar nur einen höchstrichterlichen Entscheid, geht aber von den selben vertragsrechtlichen Grundlagen aus wie die Klägerin (angefochtenes Urteil S. 57 oben). Es geht von den Behauptungen der Klägerin aus und kommt zum Schluss, daraus lasse sich kein konkludenter Verzicht der Beklagten auf den Vorbehalt der Schriftlichkeit ableiten. Dieses Vorgehen ist einwandfrei; ob dem Schluss gefolgt werden kann, hat die Berufungsinstanz zu prüfen.

Die Klägerin beruft sich wie dargestellt darauf, es sei "im Nachgang" zu einer Sitzung vom 26. Januar 2006 stillschweigend auf den Schriftlichkeitsvorbehalt des Vertrages verzichtet worden. Sie behauptet also nicht, auf diese Änderung hätten sie die Parteien an jener Sitzung geeinigt. Das wäre schon aufgrund des Textes

auch nicht haltbar – abgesehen davon, dass die Beklagte von der Klägerin unbestritten erklärt, dieses Protokoll habe sie nie genehmigt (act. 75/1 Rz. 188). Das von der Klägerin resp. ihrer Rechtsvorgängerin erstellte Protokoll (act. 4/92, Register "1", Protokoll PT A16 S. 3) hält fest:

6. Kosten

Es ist extrem schwierig die Kosten im gewünschten Detaillierungsgrad zeitgerecht der Bauherrschaft zu übermitteln.

Die Bauherrschaft ist bereit, jeden Donnerstag die aktualisierten Kosten mit der ZGU zu besprechen (10:00 im Baubüro)

Info

Die Bauherrschaft wird z.Hd der PT-Sitzung alle 2 Wochen eine nachgeführte Kostenaufstellung mit Bezug auf den bewilligten Baukredit abgeben.

Kosten Allgemein:

Herr E._____ muss und will mit den bewilligten Geldern das Projekt realisieren. Dem entgegenzuhalten ist, dass gegenüber dem im TU-Vertrag vorgesehenen Standard eine wesentliche Qualitätssteigerung in den Bereichen

- AXPO-Super-League
 - Gastronomie
- realisiert werden soll.

Herr I._____ ist mit den Auslegungen von Herrn E._____ nicht einverstanden und erinnert an Stellungnahmen von Herrn D._____. Herr I._____ will auch Auskunft über die in der Stadionvereinbarung beschriebenen 1.3 Mio.

Das Planungsteam schlägt der Bauherrschaft nachstehende Kostenoptimierungen vor:

- Zaun (Dicke und Bleche) wird bemustert
- Flachdach, günstigere Produkte
- Sanitärapparate, günstigere Produkte
- Nüssli

Für die Bearbeitung wird ein Bearbeitungshonorar erwartet.

Die ZGU wird eine Aufwandsrechnung erstellen.

ZGU 02.02.06

Daraus ergibt sich, dass auch nach dem von der Unternehmung erstellten Protokoll der Vertreter der Beklagten "E._____ AHB PL" (= Amt für Hochbauten [der B._____], Projektleiter – er hatte für die Beklagte den TU-Vertrag unterzeichnet) darauf bestand, er müsse und wolle "mit den bewilligten Geldern das Projekt realisieren". Es war mit anderen Worten klar, dass für die Beklagte die Kostenkontrolle nach wie vor einen hohen Stellenwert hatte. Dass sie sich bereit erklärte, regelmässig den aktuellen Stand der Kosten mit der Unternehmung zu "besprechen", konnte daher nach Treu und Glauben nicht als Verzicht auf das vertraglich

festgelegte Procedere verstanden werden, auch wenn regelmässig an gemeinsamen Sitzungen Excel-Tabellen mit aktualisierten Kostenübersichten vorlagen, wie die Klägerin geltend macht. Der Interessengegensatz zwischen der auf Kostenkontrolle bedachten Bestellerin und der mit einer grossen Zahl von Änderungswünschen konfrontierten Unternehmerin wurde (immer nach dem von der letzteren verfassten Protokoll) an der Sitzung vom 26. Januar 2006 offen gelegt, aber nicht aufgelöst.

Es würde den Standpunkt der Klägerin stützen, wenn die Beklagte ab dem 26. Januar 2006 keine schriftlichen Zustimmungen zu Projektänderungen mehr abgegeben hätte. So war es aber nicht. Das Bezirksgericht zitiert die Beklagte mit der Behauptung, sie habe die Klägerin verschiedentlich wegen verspäteter und ungenügender Änderungsofferten "abgemahnt", und die Klägerin habe denn auch mehrere solche Offerten nachgebessert. Das habe dazu geführt, dass die Nachträge 11 - 15 genehmigt worden seien. Dabei habe man in allen Nachträgen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die vertraglichen Bestimmungen nach wie vor gölten (Urteil S. 56 unter Hinweis auf die Duplik act. 134 Rz. 461 ff.). Das stellt die Berufung nicht in Frage. In der Tat sind die von der Beklagten ins Recht gelegten Nachträge von der Unternehmerin datiert zwischen dem 8. Dezember 2005 und dem 4. Dezember 2007, insbesondere gibt es in der Folge der Besprechung vom 26. Januar 2006 Nachträge mit den Daten vom 3. März 2006, 17. Mai 2006, 29. Juni 2006, 17. Juli 2006 etc.; der Nachtrag Nr. 11 wurde von der Unternehmerin (mittlerweile nicht mehr die C._____ Generalunternehmung AG, sondern die Klägerin) am 30. November 2006 erstellt, am 12. Mai 2007 korrigiert und am 12. Juni 2007 von der Bauherrschaft genehmigt. Diese Nachträge listen im Einzelnen die Änderungen auf, weisen aufgeschlüsselt gemäss "Kosten nach BKP 2-stellig" die finanziellen Konsequenzen aus und nennen den neuen Pauschalpreis als "Total inkl. MWST" (vgl. act. 76/9). Unter diesen Umständen konnte die Klägerin nicht in guten Treuen davon ausgehen, aufgrund der Besprechung vom 26. Januar 2006 und im Nachgang zu dieser habe die Beklagte stillschweigend auf den Schriftlichkeitsvorbehalt für Projektänderungen verzichtet. Wenn sie, wie sie das behauptet, Änderungs- oder Zusatzwünsche der Klägerin schon vor deren

schriftlichen Bewilligung ausgeführt hat, tat sie das gemäss der Vorgabe im Vertrag auf eigenes Risiko.

Die Klägerin führt wie dargestellt in der Berufung aus, die Klägerin habe in der Zeit zwischen Februar und Juni 2007 mindestens 25 Projektänderungen mündlich freigegeben und nach Ausführung der Arbeiten die Mehrkosten zum Teil Monate später bezahlt, ohne sich auf fehlende Schriftlichkeit zu berufen. Das Gleiche gelte für 35 Projektänderungen aus der Zeit von Juni bis November 2007 und für "zahlreiche" Änderungen, welche dann später in den Nachträgen 16 und 17 zusammengefasst wurden. Sie beanstandet, dass darüber nicht Beweis abgenommen wurde. Das war nicht nötig, weil diese Behauptungen den Standpunkt der Klägerin nicht stützen, die Beklagte habe *generell* auf den Vorbehalt der Schriftlichkeit verzichtet. Wie soeben ausgeführt, kann ein solcher Verzicht aus dem Verhalten der Parteien nach der Besprechung vom 26. Januar 2006 nicht abgeleitet werden. Noch am 12. Mai 2007 legte die Klägerin wie vorstehend ausgeführt einen korrigierten Nachtrag vor und die Bauherrschaft genehmigte ihn unterschriftlich am 12. Juni 2007. Auch wenn die Klägerin daneben eine Vielzahl von Zusatzpositionen mündlich freigab und das dann in der Folge durch Zahlung der entsprechenden Rechnungen honorierte, konnte und durfte das die Klägerin nicht als generellen Verzicht auf die Schriftlichkeit verstehen, sondern als Ausnahme für die entsprechenden Positionen.

Die Auffassung des Bezirksgerichtes, dass die Klägerin auch nicht konkludent generell und verbindlich auf den Vorbehalt der Schriftlichkeit für Bestellungenänderungen verzichtet habe, ist daher zutreffend.

4.3.3 Richtig hat das Bezirksgericht sodann die Frage nach dem Rechtsmissbrauch aufgeworfen und sie dann aber verneint, was die Klägerin in der Berufung kritisiert.

Zu diesem Thema trägt die Klägerin vor, die Beklagte habe ihr zwar formell die Ausführungsplanung übertragen, diese dann aber materiell doch an sich gezogen, indem sie durch über tausend Planänderungen eine geordnete Planung faktisch verunmöglichte (act. 223 Rz. 95 f.). Die Bestellerin hatte sich einseitige

Planänderungen ausdrücklich vorbehalten (act. 4/96, Ziff. 8.2.1), und die Klägerin hatte sich dem mit Unterzeichnung des Vertrages unterzogen. Sollte es zutreffen, dass Menge und Gewicht der Änderungen tatsächlich unzumutbar wurden, hätte die Klägerin intervenieren können und müssen. Der Vertrag sah einen ambitionierten Zeitplan vor (Ziff. 2.1: das Werk musste für das Ereignis "Weltklasse Zürich" am 24. August 2007 und für internationale Fussballspiele ab 15. Januar 2008 benutzbar sein), und wenn dieser aufgrund der neuen und zusätzlichen Vorgaben der Beklagten objektiv nicht mehr einzuhalten war, musste sich die Klägerin nach Treu und Glauben diesen Vorgaben verweigern können. Das tat sie allerdings nicht, oder jedenfalls nicht klar und deutlich genug, als dass sie sich damit aus der vertraglichen Verpflichtung befreit hätte. Wie gesehen unterzog sie sich insbesondere nach dem in der Berufung als kritisch bezeichneten 26. Januar 2006 nach wie vor dem vertraglichen Procedere für Änderungen. In der Rückschau mag sie das bedauern, aber es kann nicht dazu führen, dass das Beharren der Beklagten auf dem Schriftlichkeitsvorbehalt hinterher als offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB erscheint.

Abgesehen davon, dass die Beklagte nach der Darstellung der Klägerin selbst zahlreiche durch Planänderungen verursachte Mehrkosten trotz formell fehlender schriftlicher Bewilligung akzeptierte, standen der Klägerin neben den vertraglichen weitere Ansprüche auf Entschädigung zu:

4.3.4 Wo eine Grundlage für einen vertraglichen Werklohn fehlte, stand der Klägerin unter den gesetzlichen Voraussetzungen der sachenrechtliche Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen zu (Art. 672 ZGB). Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht diesen Aspekt nicht geprüft habe (act. 223 Rz. 93). Materiell mag diese Kritik zutreffen. Prozessual oblag es allerdings ihr, die Voraussetzungen ins Verfahren einzubringen (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH). Sie erläutert in der Berufung nicht, wo und wie sie den Punkt dem Bezirksgericht vortrug, und daher kann er auch in der Berufung nicht vertieft werden (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGE 141 III 576).

4.4 Ein nächster Punkt betrifft Kosten von Beschleunigungs-Massnahmen. Das angefochtene Urteil geht gestützt auf act. 3 Rz. 665 davon aus, die Klägerin

fordere unter diesem Titel Fr. 3'083'504.74 vor Mehrwertsteuer. Es hält diese Forderungen aus rechtlichen Gründen für unberechtigt (Urteil S. 76 ff. und S. 201). In der Berufung nennt die Klägerin andere Zahlen mit einem anderen Total, ohne eingehende Begründung; sie versieht immerhin drei Beträge mit einem *, was heissen solle "einschl. Honorar 12% (in Klage separat ausgewiesen)" (act. 223 Rz. 8 S. 7 und 10 "Zusätzliche Massnahmen..." und Legende, Rz. 98). In der Klageschrift hatte sie allen sechs Positionen ein Honorar von 12% zugeschlagen. Bei den drei in der Berufung mit * markierten Zahlen (in der Klage II, IV und V, in der Berufung 8, 10 und 11) ergibt eine Kontrollrechnung, dass nun neu 112% der in der Klage genannten Beträge verlangt werden, also unter Einbezug des dort separat berechneten Zuschlages. Die drei anderen Positionen sind unverändert (in der Klage I, III und VI, in der Berufung 7, 9 und 12). Das bedeutet, dass die Klägerin den Zuschlag von 12% bei diesen Posten fallen lässt. So ergibt sich das in der Berufung genannte (als Zitat aus der Klage an sich rechnerisch unrichtige) Total von rund Fr. 2,878 Mio.

In der Sache geht es laut Darstellung der Klägerin um erhebliche Kosten verursachende Massnahmen zur Beschleunigung der Arbeiten, welche angesichts der zahlreichen Änderungswünsche der Beklagten notwendig geworden seien, damit der Zeitplan eingehalten werden konnte. Das Bezirksgericht geht davon aus, die Klägerin habe der Beklagten zwar angezeigt, dass sie den vertraglichen Termin ohne Beschleunigungsmassnahmen nicht einhalten könne. Sie mache aber nicht geltend, die Beklagte habe der Übernahme von Mehrkosten zugestimmt. Damit gelte ihre Zustimmung als verweigert und es gebe keinen Anspruch auf Vergütung (Urteil S. 76 ff.).

Die Klägerin lässt das so nicht gelten. Sie beruft sich auf die laut Vertrag anwendbare SIA Norm 118. Danach trifft der Unternehmer Vorkehren zur Beschleunigung, welche ohne sein Verschulden nötig werden, nur mit Einwilligung der Bauleitung. In diesem Fall trägt der Bauherr die nachgewiesenen Mehrkosten. Wird die Einwilligung verweigert, ist der Unternehmer zur Vornahme der Vorkehr nicht verpflichtet (Art. 95 Abs. 3 SIA Norm 118). Die Klägerin legt die Bestimmung so aus, dass nur die Zustimmung zu den Massnahmen, nicht aber eine zur sepa-

raten Vergütung erforderlich sei; die letztere ergebe sich als Folge-Anspruch des Unternehmers aus der Zustimmung des Bestellers zu den Massnahmen und sei im Streitfall im Abrechnungsstreit zu klären. Sie erläutert die kritische Situation: der vertragliche Fertigstellungstermin sei mit einer Konventionalstrafe von Fr. 2,7 Mio. gesichert gewesen (die Beklagte habe auf zehn Tage nach Bauende zu einem internationalen Leichtathletik-Anlass im zu erstellenden Stadion eingeladen), wogegen man sich zwölf Monate vor diesem Termin bereits um zwei Monate im Rückstand befand. Das sei die Folge der von der Beklagten verlangten Änderungen gewesen, und die Beklagte habe denn auch den Beschleunigungsmassnahmen zugestimmt und insbesondere darum ersucht, die Klägerin möge "schnellstmöglich mit einem aktualisierten beschleunigten Bauprogramm" die Errichtung des Stadions vorantreiben. Dass das auch nach Auffassung der Beklagten eine Zustimmung zu Beschleunigungsmassnahmen war, habe sie dem Bezirksgericht in Replik Rz. 174 ff. vorgetragen. Wenn schon, hätte die Bestellerin die Massnahmen klipp und klar ablehnen müssen, etwa schlicht mit den vier Worten "Wir wollen keine Beschleunigung" (act. 223 Rz. 113). Die Beklagte habe auch nach Treu und Glauben nicht während der ganzen restlichen Bauzeit den Beschleunigungsmassnahmen der Klägerin zusehen dürfen, ohne sich als Konsequenz bei einer jedenfalls stillschweigenden Zustimmung zu diesen Massnahmen behaften lassen zu müssen (act. 223 Rz. 98 ff.).

Die Klägerin beanstandet die Anwendung von Art. 95 Abs. 3 SIA Norm 118 durch das Bezirksgericht. Dieses habe zu Unrecht angenommen, es seien Beschleunigungsmassnahmen nur angezeigt, aber nicht bewilligt worden. Dafür wäre vorweg die Bestimmung auszulegen. Der Unternehmer trägt die Verantwortung für richtige und zeitgerechte Erstellung des Werkes, und er schuldet bekanntlich den Erfolg, und nicht nur die Mühe. Darum trägt grundsätzlich er die Mehrkosten für notwendige Beschleunigungsmassnahmen wie Anpassen der Baustelleneinrichtungen, Zahl der Arbeiter oder Einführung zusätzlicher Schichten (Abs. 2). Eine besondere Regelung gilt (für den Werkvertrag an sich systemfremd) dann, wenn den Unternehmer "kein Verschulden" trifft – und nicht nur, wenn er die Verantwortung für die Verzögerung dem Bauherrn anlasten kann: er hat dem Bauherrn Massnahmen zur Beschleunigung vorzuschlagen, und wenn der Bauherr

zustimmt, trägt er deren Mehrkosten. Stimmt der Bauherr nicht zu, darf der Unternehmer die Massnahmen ausführen, muss es aber nicht. Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass bei unbefangenen Verständnis der Bestimmung nur die Zustimmung der Bauherrschaft zu den Massnahmen, nicht aber zur zusätzlichen Vergütung kritisch ist, und dass über diese Kosten im Rahmen der Abrechnung gestritten werden kann und muss (so offenbar die von der Klägerin zitierten Lehrmeinungen zu Art. 95 SIA Norm 118: act. 223 Rz. 102 ff.). Immerhin: aus der inneren Logik des Textes ist anzunehmen, wenn der Bauherr die Beschleunigungsmassnahmen verweigere, schulde er auch keine zusätzliche Vergütung.

Das angefochtene Urteil geht davon aus, die Klägerin habe eine Einwilligung der Beklagten zu Beschleunigungsmassnahmen nicht einmal behauptet (S. 77 E. 9.3.1.3). Die Berufung erkennt und zitiert das (act. 223 Rz. 98 auf S. 41). In der Folge argumentiert die Klägerin eingehend damit, was Sinn der SIA-Bestimmung sei und was die Parteien wann und wie zu Beschleunigungsmassnahmen vorschlugen und erwogen. Ganz konkret wo und wie sie entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils die Zustimmung der Beklagten zu Beschleunigungsmassnahmen schon vor erster Instanz behauptete, lässt sich der Berufung freilich nicht klar entnehmen. In Rz. 110 behauptet die Klägerin immerhin, die Beklagte habe mit ihrer Aufforderung an sie, schnellstmöglich einen aktualisierten Terminplan vorzulegen, Beschleunigungsmassnahmen nicht nur akzeptiert, sondern positiv angeordnet; und dass das auch dem tatsächlichen Verständnis der Beklagten entsprach, habe sie in der Replik (act. 110 Rz. 174 ff.) vorgetragen.

Zunächst ist zu klären, wie Art. 95 SIA Norm 118 im Verhältnis der Parteien zu den übrigen Vertragsbestimmungen steht. Primär gelten die spezifischen Bestimmungen des sehr detaillierten Vertrages, und nur, wenn sie diesen nicht widersprechen, greifen subsidiär die verschiedenen Bedingungen und Normen (Vertrag act. 4/96 Ziff. 3.2 in Verbindung mit 3.1). Für kostenrelevante Änderungen, sei es auf Anordnung der Bauherrschaft oder auf Anregung der Unternehmerin, hatte der Vertrag das bereits diskutierte Procedere mit Vorlage der Mehrkosten durch die Unternehmerin und schriftlicher Zustimmung der Bauherrschaft festgelegt. Es wird vertreten, dass Beschleunigungsmassnahmen im Sinne von Art. 95

SIA Norm 118 keine Beststellungsänderungen im Sinne der Norm sind (Gauch [Hrsg.] Kommentar zur SIA Norm 118 Schumacher, Art. 95 N. 30 lit. c). Das ist allerdings eine allgemeine Aussage, die nicht ohne Weiteres auf den konkreten Fall angewendet werden kann. Sie ist insofern natürlich richtig und fast trivial, als mit den in der Norm genannten Beschleunigungsmassnahmen (Anpassen der Baustelleneinrichtungen, Zahl der Arbeiter, Einführung zusätzlicher Schichten) das geschuldete Werk nicht geändert wird. Im Vertragsnexus der Parteien stand aber die Bestimmung zu den Änderungen (des Werkes) unter dem Obertitel "Änderungen und Budgetpositionen" (Ziff. 8), insbesondere waren ganz allgemein bei im Vertrag enthaltenen, aber noch nicht nach Art und Umfang bestimmten Leistungen "Budgetpreise" zu vereinbaren, welche alle vorhersehbaren Neben- und Vorleistungen zu enthalten hatten (Ziff. 8.3). Daraus durfte und musste geschlossen werden, die Beklagte – als unter der Kontrolle der Öffentlichkeit und der Politik agierende Bauherrschaft – lege besonders grossen Wert auf Vorhersehbarkeit und Kontrolle aller mit dem Projekt verbundenen Kosten. Auch die hier diskutierten Beschleunigungsmassnahmen hatten also das *Procedere* von Art. 8 des Vertrages zu durchlaufen. Dass das der Fall gewesen sei, macht die Klägerin nicht geltend.

Der Verzicht auf die formelle Schriftlichkeit konnte auch in diesem Punkt stillschweigend erfolgen. Die Klägerin macht dazu in erster Linie geltend, angesichts des Termindrucks hätte die Beklagte nach Treu und Glauben erklären müssen, sie wolle *keine* Beschleunigung. Das war angesichts der offenbar objektiv wirklich sehr knappen Zeitverhältnisse nicht zu erwarten – das Stadion musste unbedingt bis zum ersten der geplanten Grossanlässe fertig werden. Andererseits war wie gesehen die Beklagte auch nicht frei, das Projekt sozusagen koste es was es wolle zu realisieren. Wenn die Klägerin sie zitiert mit der Wendung, dass "Änderungen nur im absoluten Notfall noch möglich sind" (act. 223 S. 45 oben), ist damit nicht auch das Einverständnis verbunden, dass die Verzögerungen auf Änderungswünschen der Beklagten beruhten. Wie die Klägerin das Grossvorhaben anpackte und zu Ende führte, lag in ihrer Verantwortung. So weit ersichtlich gibt es kein Zugeständnis, und die Klägerin zeigt keines auf, dass die Beklagte die Verzögerung auf sich genommen hätte. Damit stand mindestens als möglicher

Standpunkt im Raum, die Klägerin habe in der Anfangsphase zu wenig konsequent beschleunigt – und für diesen Fall war die Beklagte weder nach Vertrag noch nach dem subsidiär anwendbaren Art. 95 Abs. 2 SIA Norm 118 verpflichtet, für Beschleunigungsmassnahmen zu zahlen (a.a.O.: "Die Mehrkosten trägt der Unternehmer"). Es gab dann auch keinen Grund für eine Zustimmung zu Massnahmen, welche ohnehin in die Verantwortung der Unternehmerin fielen (a.a.O.: "trifft der Unternehmer von sich aus, jedoch unter Anzeige an die Bauleitung, alle zusätzlich notwendigen Vorkehren..."), und weder daraus, dass sie der Beklagten "kostenintensive" Beschleunigungsmassnahmen anzeigte, noch dass die Beklagte darüber informiert zu werden wünschte, wie der neue Zeitplan aussehe und allenfalls erkannte, dass Beschleunigungsmassnahmen umgesetzt wurden, lässt sich direkt ein Vergütungsanspruch der Klägerin ableiten.

Immerhin: wie schon vorstehend erörtert, sind die Äusserungen und das objektiv verstandene Verhalten von Vertragsparteien dann nicht massgebend, wenn beide Seiten übereinstimmend etwas Anderes meinten (Art. 18 OR). Die Klägerin beruft sich darauf in der Berufung: die Aufforderung, "schnellstmöglich einen aktualisierten Terminplan" vorzulegen, habe die Beklagte selbst sowohl als Anordnung als auch als Einverständnis mit diesen zu treffenden Massnahmen verstanden (act. 223 Rz. 110). In der Berufung ist das als neue Behauptung nicht mehr zulässig (Art. 317 ZPO). Die Klägerin macht darum geltend, sie habe das in ihrer Replik Rz. 174 ff. bereits dem Bezirksgericht vorgetragen. Dort steht Folgendes: Die Klägerin sei "gespannt, mit welcher fadenscheinigen Begründung" der Stadtrat versuchen werde, die klaren Anzeigen [der Klägerin] betreffend Mehrkosten zu verunklären (Rz. 174). Es wird ein Protokoll zitiert, wonach die Beklagte den Baukredit als ausreichend beurteilte und sich dagegen verwahrte, sie ändere, ergänze, konkretisiere und erweitere das Projekt "ohne Einschränkung". Die Beklagte sei sich bewusst, dass die Finanzmittel extrem restriktiv bewirtschaftet werden müssten und Änderungen nur im absoluten Notfall noch möglich seien. Die Konkretisierung des Projektes sei Aufgabe der Unternehmerin mit dazu gehörender Bemusterung und Detaillierung (Rz. 175, umformuliert auch in den Rz. 177 - 180). Der Stadtrat habe damit nicht in Zweifel gezogen, dass die Anzeigen der Klägerin betreffend Zusatzleistungen zufolge Fehlplanungen und Neuausschreibungen ge-

rechtfertigt seien, ebenso wenig den Umstand, dass zur rechtzeitigen Bauvollendung wegen der Projektänderungen kostenintensive Ressourcenanpassungen (also entschädigungspflichtige Beschleunigungsmassnahmen) erforderlich seien (Rz. 181). Die Klägerin hob zudem hervor, die Vertreter der Beklagten hätten entgegen ihrer Zusage weiterhin Änderungen und Ergänzungen angeordnet, über deren Mehrkosten sie immer zeitnah orientiert worden seien (Rz. 182; mit Rz. 183 beginnt ein neues Kapitel der Rechtschrift). – Mit diesen Ausführungen stellte die Klägerin den Sachverhalt und die Erklärungen der Parteien dar und argumentierte dazu, wie das richtigerweise zu verstehen sei. Was die Beklagte resp. ihre Organe subjektiv darunter verstanden, wird nicht behauptet. Darüber war und ist daher auch kein Beweis abzunehmen.

Damit steht der Klägerin unter dem Titel "Beschleunigung" nichts zu.

4.5 Unter dem Titel "Mehrkosten / Substanziierung" äussert sich die Klägerin zu prozessualen Grundsätzen der Substanziierung und zur richterlichen Fragepflicht. Sie beanstandet, dass das Bezirksgericht mit Substanziierungshinweisen nicht (zu Recht) zurückhaltend, sondern völlig passiv gewesen sei: sie habe es gänzlich unterlassen, sich zu den hunderten von kaskadenhaft vorgetragenen Substanziierungsrügen der Beklagten zu äussern und der Klägerin mitzuteilen, welche davon sie als begründet erachte. So könne eine Partei mit endlosem Bestreiten und Behaupten und mit dem Recht zum letzten Wort das Behauptungsverfahren ins Unendliche ziehen. Die Beklagte muss sich – so die Klägerin – bei ihrem "Vorverständnis" der behaupteten resp. bestrittenen Tatsachen behaften lassen. Behauptungen, Bestreitungen und Substanziierungshinweise seien nicht wirksam, wenn die Partei davon selber bessere Kenntnis habe als der Gegner – und das ist nach Auffassung der Klägerin bei den Vorgängen um die Planung des Letzigrund-Stadions der Fall, weil die Beklagte das faktisch und entgegen dem Vertrag an sich gezogen habe. Es gebe keine Pflicht zum Bestreiten einer Bestreitung, und das gelte hier umso mehr, als die Beklagte bewusst unzählige falsche "ins-Blaue-Behauptungen" aneinander gereiht habe und dann, als die Klägerin diese Unwahrheit in der Replik bewiesen hatte, einfach einen völlig neuen Sachverhalt vortrug. Als Beispiel führt die Klägerin den Punkt der Kühlung mehre-

rer Räume: sie habe zunächst dargestellt, dass sie diese Leistung mit zehn Kühlgeräten hätte erbringen sollen. Die Beklagte habe dem entgegnet, es seien *elf* Geräte vorgesehen gewesen. In der Replik habe die Klägerin die Zahl der Geräte nicht erneut genannt. Das angefochtene Urteil sehe von einem Beweisverfahren ab, weil die Zahl "elf" in der Replik nicht noch einmal bestritten worden sei (im Einzelnen act. 223 Rz. 119 ff.).

Die Substanziierung von anspruchsbegründenden Tatsachen ist wie die Klägerin zutreffend ausführt eine Frage des Bundesrechts und war das schon unter der Geltung des kantonalen Prozessrechts (Leuch et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, Art. 89 N. 2a). Die Anforderungen an die Substanziierung dürfen nicht so hoch angesetzt werden, dass die Durchsetzung bundesrechtlicher Ansprüche faktisch verunmöglicht wird (*BGer* 4A_438/2010 vom 15. November 2010, *BGE* 114 II 289, 112 II 180). Allerdings müssen die Behauptungen so präzise sein, dass sich daraus vernünftige Beweisthemata formulieren lassen. Im Behauptungsverfahren wird behauptet und im Beweisverfahren bewiesen; eine Partei kann sich nicht darauf verlassen, dass im Beweisverfahren die nötige und bisher ungenügende Konkretisierung des Sachverhaltes hergestellt werde (*ZR* 90/1991 Nr. 3, *ZR* 102/2003 Nr. 57). Das dürfte an sich unbestritten sein; kritisch ist die Anwendung dieser Grundsätze auf den einzelnen Fall. Die allgemeinen Bemerkungen der Klägerin, die hier auch noch nicht in konkrete Anträge münden, sind daher nicht weiter zu vertiefen; es ist, so weit die Klägerin einzelne Punkte anspricht, darauf zurück zu kommen. An dieser Stelle rechtfertigt sich immerhin schon das Eingehen auf drei Punkte:

- Zuerst auf das konkrete Beispiel der Klägerin, dass das Bezirksgericht das Nicht-Bestreiten der Gegenbehauptung "elf Geräte" zum Anlass genommen habe, die Behauptung "zehn Geräte" als unerheblich zu betrachten. Das wäre wohl falsch. So wie es die Klägerin darstellt, steht es indessen nicht im angefochtenen Urteil. Dieses geht davon aus, dass der Vertrag der Parteien unter dem Titel "Kühlung" gewisse Leistungen vorgesehen habe, unter anderem die Miete von elf Kleinkühlgeräten. Die Klägerin behaupte zwar, davon sein man abgewichen, sie behaupte aber selbst nicht, dass für diese Änderung das vorgesehen Procedere

eingehalten worden sei. Eine Mehrvergütung sei daher nicht geschuldet. Unter dem Titel "nicht ausgeführte Leistungen" macht das Bezirksgericht einen Abzug für vertraglich vorgesehene elf Kleinkühlgeräte (in der Berufung Rz. 133 angegebene Erwägung 9.4.5.2: Urteil S. 93 f.). Dagegen bringt die Klägerin nichts vor, und es ist offenkundig richtig, bei einem nicht ausgeführten Leistungs-Teil für die Reduktion des Werklohnanspruchs dasjenige als Minderleistung zu berücksichtigen, was im Vertrag dafür vorgesehen war.

- Die Klägerin argumentiert sodann selber nicht ganz konsistent, wenn sie bemängelt, die Beklagte habe nach einer "ins-Blaue-Behauptungen" einfach einen völlig neuen Sachverhalt vorgetragen, sobald sie erkannte, dass sich die erste Behauptung nicht halten lasse. Im Rahmen des Behauptungsverfahrens und eingeschränkt im Rahmen von § 115 ZPO/ZH auch später noch durfte eine Partei ihren Vortrag ändern. Das betraf dann aber nicht das von der Berufung an dieser Stelle angesprochene Problem der reinen Bestreitung, welche tatsächlich die bestrittene Behauptung nicht aus der Welt schafft. Eine neue und andere Behauptung musste die Gegenpartei indes bestreiten.

- Die Klägerin betrachtet Bestreitungen und Substanziierungshinweise der Beklagten als unwirksam, wenn diese selbst in der Lage gewesen wäre, zu substantizieren und den Gegenbeweis zu führen. Das ist so nicht richtig. Zunächst ist festzuhalten, dass bei einem Pauschalpreisvertrag nicht mehr behauptet werden muss als der Vertrag und dessen Erfüllung. Die Kammer hat das für das Verhältnis der Parteien festgehalten im Verfahren LB140086 (Urteil vom 27. Februar 2015). Wenn es um Abweichungen geht und der Unternehmer daraus einen Anspruch auf Mehrvergütung ableitet, trägt er dafür die Beweislast, wie wenn er seine Forderung zum Beispiel im Sinne von Art. 374 OR "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und [seiner] Aufwendungen" begründen müsste. Wenn seine Gegenpartei aufgrund besonderer Umstände bessere Kenntnis von der Sache hat als er selber, mag das Beweismass reduziert sein. Es bleibt aber an ihm, seinen Anspruch detailliert zu behaupten, und ohne solche Behauptungen bedarf es nicht einmal einer Bestreitung. Die Klägerin vermischt auch Behauptungs- und Beweisverfahren, wenn sie der Beklagten vorhält, diese wäre in der Lage gewesen, "Ge-

genbeweis zu führen" (act. 223 Rz. 132). Ohne ausreichende Behauptungen kommt es gar nicht zu einem Beweisverfahren (§ 133 und § 54 Abs. 1 ZPO/ZH; ZR 100/2001 Nr. 27, S. 88 rechte Spalte). Ob eine Bestreitung wider besseres Wissen erfolgt, lässt sich im Behauptungsverfahren sodann nicht feststellen, und das Gericht könnte dagegen nichts unternehmen. Es ist vor Gericht alltäglich, dass die Parteien unvereinbare Positionen vertreten, und mitunter scheint es tatsächlich klar, dass nicht beide Seiten in guten Treuen ihre gegensätzlichen Behauptungen aufstellen können. Was richtig ist und wer vielleicht bewusst die Unwahrheit gesagt hat, ergibt sich aber erst im Beweisverfahren, wenn für ein solches ausreichende Behauptungen aufgestellt worden sind. Es kann allenfalls Konsequenzen für die Kostenfolgen haben (§ 64 Abs. 3 und § 66 Abs. 1 ZPO/ZH), ändert aber nichts an der Behauptungs- und Bestreitungslast im Hauptverfahren (§ 113 ZPO/ZH).

Auf diese Aspekte ist zurück zu kommen, wenn die Klägerin im Folgenden eine konkrete Rüge formuliert.

Wie weit die Obliegenheit der Parteien zur Substanziierung als bundesrechtliche Frage durch die Pflicht oder das Recht des Gerichts zum Nachfragen gemildert wird, bestimmt sich heute nach Art. 56 ZPO, war aber früher eine Frage des kantonalen Rechts (Leuch et al., a.a.O.). § 55 ZPO/ZH gab dem Gericht auf, einer Partei Gelegenheit zum Verbessern unklarer, unvollständiger oder unbestimmter Vorbringen zu geben. Das Eingreifen des Gerichts stand schon damals in einer Spannung zur richterlichen Unabhängigkeit und war darum – wie die Klägerin anerkennt – zurückhaltend zu handhaben (ZR 90/1991 Nr. 37). Es blieb nach § 54 Abs. 1 ZPO/ZH Sache der Partei, dem Gericht das Klagefundament vorzutragen, und § 55 ZPO/ZH sollte so wenig wie der heutige Art. 56 ZPO die Nachteile unsorgfältigen Prozessierens ausgleichen (*BGer* 5A_115/2012 vom 20. Apr. 2012 E. 4.5.2.). Gegenüber rechtskundigen und anwaltlich vertretenen Parteien wurde die Fragepflicht daher zurückhaltend ausgeübt, und insbesondere trat die Hinweispflicht des Gerichts dort zurück, wo der Gegner mangelnde Substanziierung gerügt hatte (ZR 100/2001 Nr. 27). Die Klägerin hält dagegen, die Beklagte habe kaskadenhaft hunderte von Substanzierrügen vorgetragen, und in dieser

Situation hätte das Bezirksgericht ihr erläutern müssen, welche davon es als begründet ansehe. Die Kammer hat die Ausführlichkeit der Rechtsschriften, welche die Beklagte in den Auseinandersetzungen mit der Klägerin einreichen lässt, schon kritisch beurteilt (*OGerZH* RB130002 vom 21. März 2013 E II.6.): von einem gewissen Punkt an kann Weitschweifigkeit die prozessualen Rechte des Gegners und die Justiziabilität einer Sache überhaupt tangieren; so hat auch das Bezirksgericht im vorliegenden Fall die im Umfang masslose Klageantwort der Beklagten zurückgewiesen (mit eingehender Begründung Beschluss vom 20. Januar 2011, act. 57). Weiter konnte das Eingreifen des Gerichts aber nicht gehen. Dass die Klägerin in der konkreten Auseinandersetzung neben dem vereinbarten Pauschalpreis und den von der Beklagten akzeptierten Sammel-"Nachträgen" eine grosse Zahl von weiteren Zusatzvergütungen einklagt, machte die Sache komplex und aufwändig. Es blieb aber bei der Substanziierungslast der Klägerin, und insbesondere oblag es ihr, die Bestreitungen und Substanziierungsrügen der Beklagten auf Stichhaltigkeit zu prüfen (§113 ZPO/ZH).

4.6 Es sind nunmehr die Rügen der Klägerin zu einzelnen Positionen zu prüfen.

4.6.1 Die Klägerin beanstandet, dass das Bezirksgericht die Fälligkeit der Teilzahlungen von Fr. 400'000.-- und Fr. 42'000.-- erst mit Prüfung der Schlussrechnung annehme. Richtig sei es, die Fälligkeit im Moment des Abrufes anzunehmen, und diesen Zeitpunkt sieht die Klägerin offenbar am 1. Juli 2008 (act. 223 Rz. 136). Die Klägerin hat Recht mit dem Argument, dass der Verzug schon vor der Urteilsfällung eintreten kann und in aller Regel auch eintritt. Sie argumentiert in der Berufung aber (nur) mit der Fälligkeit, und nicht mit dem Verzug im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR. Mit der Erläuterung, es gehe um den "Abruf" der Teilzahlungen, lässt sie zudem sinngemäss erkennen, dass kein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart war. Die Rüge bleibt daher mangels einer Angabe, wo und wie im erstinstanzlichen Verfahren eine Mahnung behauptet wurde, im Ergebnis erfolglos.

4.6.2 Die Rügen der Klägerin unter dem Titel "zusätzliche allgemeine und Fach-Planung" sind allgemein gehalten. Sie zeigen nicht auf, wie und warum

der Entscheid des Bezirksgerichts auf einem falschen Rechtsverständnis beruht (so act. 223 Rz. 137). Der Hinweis auf Abschnitt III/A Rz. 21 ff. der Berufung lässt immerhin erkennen, dass es um die Frage geht, wie weit die Klägerin die Planungsgrundlagen der Beklagten überprüfen musste. Das wurde vorstehend erörtert, und die Rüge der Klägerin wurde als unbegründet erkannt (E. 4.2). Die Klägerin trägt an dieser Stelle der Berufung nichts Zusätzliches vor, was eine Änderung der Beurteilung erlaubte.

Zu Forderungsposition 6 (Fachkoordination) von Fr. 130'000.-- rügt die Klägerin, das Bezirksgericht habe unzulässige Anforderungen an die Substanziierung gestellt (act. 223 Rz. 140 ff.). Offenbar geht es auch hier um Planungsleistungen. Das Bezirksgericht hat erwogen, diese Kosten begründe die Klägerin hauptsächlich mit Unrichtigkeit der Ausschreibungs-Projektierung (Urteil S. 75). Dagegen bringt die Klägerin in der Berufung nichts Schlüssiges vor, und der Punkt wurde der Sache nach auch im heutigen Entscheid schon behandelt (E. 4.2). Das Bezirksgericht führt weiter aus, die Klägerin mache daneben auch andere Planungsleistungen geltend (offenbar gemeint: Planungsleistungen, welche an sich zu einem Anspruch auf separate Vergütung führen könnten), doch substanziere sie nicht, was im Einzelnen der Grund zur Änderung der Projektierung gewesen sei (Urteil S. 75). Die Klägerin betrachtet das als eine unzulässig hohe Anforderung an die Substanziierung. Zu Unrecht allerdings: in einem Pauschal-Werkvertrag sind alle notwendigen Leistungen durch das vereinbarte Entgelt abgegolten, und nur zusätzliche Leistungen sind separat zu vergüten. Dabei hat der Unternehmer ein Zweifaches zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen: welche Arbeiten er ausgeführt hat (was mangels einer Einigung auf das Honorar im Sinne von Art. 374 OR mit "dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen des Unternehmers" darzutun ist), und zudem, warum das – wenn es zur Erstellung des Werkes nötig war – im Pauschalpreis nicht enthalten sei. Unabhängig davon, ob die Beklagte darauf hinwies (wie es das angefochtene Urteil erwähnt und die Klägerin in der Berufung nicht bestreitet), musste der Klägerin bewusst sein, dass sie insoweit ein Klagefundament zu behaupten hatte. Es mag sein, dass die Beklagte mit sehr vielen grösseren und kleineren Änderungswünschen die Sache verkomplizierte (so act. 223 Rz. 140). Das ändert aber nichts daran, dass die Klägerin es ist, wel-

che nun zusätzliche Vergütungen beansprucht. Die Rüge ist darum nicht berechtigt.

4.6.3 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht zu ihren Forderungen für Beschleunigungsmassnahmen nicht Beweis erhoben hat; sie besteht darauf, dass der Standpunkt der Beklagten krass rechtsmissbräuchlich sei (act. 223 Rz. 144). Das wurde bereits behandelt (vorstehend, E. 4.4), und es kann auf jene Erwägungen verwiesen werden. Die Rüge der Klägerin ist nicht berechtigt.

4.6.4 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht zu ihrer Forderung für Kopierkosten nicht Beweis erhoben habe. Sie habe ausreichend behauptet, dass ihr dafür Fr. 679'205.43 zustünden. Das ergebe sich daraus, dass sie Fr. 523'000.-- kalkulierte und tatsächliche Kosten von Fr. 1'129'433.42 anfielen – was sie im Einzelnen geltend gemacht habe (act. 223 Rz. 145 ff.).

Das Bezirksgericht erwägt, es fehle die Einwilligung der Beklagten zu solchen zusätzlichen Kosten, und die Klägerin habe darum unter diesem Titel keinen Anspruch (Urteil S. 78). Die Frage des Procederes bei Mehrkosten und die Vergütung für Beschleunigungsmassnahmen wurden vorstehend erörtert (E. 4.3 und 4.4), worauf verwiesen werden kann. Die Frage der Substanziierung trägt die hier kritisierte Erwägung des Bezirksgerichts nicht (Urteil S. 79). Dabei ist aber die Beanstandung der Klägerin ohnehin unberechtigt. Sie macht geltend, ihre Mehrkosten seien durch das Aufzeigen der kalkulierten mit den tatsächlichen Kosten für Kopien ausreichend substanziiert (act. 223 Rz. 151). Das trifft nicht zu, weil im Pauschalvertrag grundsätzlich sie das Risiko für Mehrkosten trägt und es daher für den Pauschal-Anteil nicht darauf ankommt, was sie für tatsächliche Aufwendungen hatte (Art. 373 Abs. 1 OR, Vertrag act. 4/96 Ziff. 7.1). Welche Mehraufwendungen sie aufgrund welcher Änderungen des Vertrages hatte, hatte sie zu behaupten und zu belegen. Die Rüge ist nicht berechtigt.

4.6.5 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht zu ihrer Forderung für zusätzlichen Personaleinsatz als Massnahme zur Beschleunigung der Arbeiten keine Beweise erhob (act. 223 Rz. 154 ff.).

Der Punkt der Vergütung für Beschleunigungs-Massnahmen wurde bereits behandelt (E. 4.4). Die Rüge der Klägerin ist unbegründet.

4.6.6 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Ansprüche für zusätzliche Fachbauleitungen zu Unrecht ablehne. Sie kritisiert die Auffassung des angefochtenen Urteils zu Beschleunigung-Massnahmen und zum Risiko bei unrichtiger Ausschreibungsplanung (act. 223 Rz. 158 ff.).

Die kritisierten Punkte wurden vorstehend erörtert (E. 4.2 und 4.4), und es kann darauf verwiesen werden. Die Rüge der Klägerin ist nicht begründet.

4.6.7 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung für die Ausweitung der Baustelle abwies und verweist auf ihre Argumente zu den Beschleunigungs-Massnahmen (act. 223 Rz. 163 ff.).

Der kritisierte Punkt wurde vorstehend erörtert (E. 4.4), und es kann darauf verwiesen werden. Die Rüge der Klägerin ist nicht begründet.

4.6.8 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung für zusätzliche Gerüste und längeres Vorhalten der Gerüste abwies und verweist auf ihre Argumente zu den Beschleunigungs-Massnahmen (act. 223 Rz. 167 ff.).

Der kritisierte Punkt wurde vorstehend erörtert (E. 4.4), und es kann darauf verwiesen werden. Die Rüge der Klägerin ist nicht begründet.

4.6.9 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung für zusätzliche Geometerarbeiten abwies und verweist auf ihre Argumente zur Prüfung der Ausschreibungsunterlagen und zu den Beschleunigungs-Massnahmen (act. 223 Rz. 171 ff.).

Die kritisierte Punkte wurden vorstehend erörtert (E. 4.2 und 4.4), und es kann darauf verwiesen werden. Die Rüge der Klägerin ist wiederum unbegründet.

4.6.10 Unter dem Titel "Nachtrag 17 - Ausgangslage und Schlussabrechnung" schreibt die Klägerin, die Feststellungen des Bezirksgerichts seien un-

vollständig (act. 223 Rz. 181). Weitere Erläuterungen fehlen allerdings, und es kann daher auf den Punkt nicht näher eingegangen werden.

4.6.11 Die Klägerin rügt die Abweisung des von der Beklagten nicht anerkannten Teils (Fr. 33'967.24) einer Forderung für "zusätzliche Erschliessung HLK-Zentralen" von Fr. 113'222.24. Die Beklagte habe vorprozessual einen Einschlag von 30 % verlangt, im Prozess dann aber "die gesamte (!) Forderung bestritten, und zwar mit unzähligen (fadenscheinigen) Ausflüchten". Sie habe dann auch die Darstellung der Klägerin, welche entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts ausreichend gewesen sei, gar nicht substantiiert bestritten (act. 223 Rz. 182 ff.).

Das Bezirksgericht behaftet die Beklagte bei der Anerkennung der Position im reduzierten Umfang von Fr. 79'255.-- (Urteil S. 99; Aufstellung der Beklagten act. 4/32 S. 4, oberste Position). Das ist nicht angefochten, und damit bleibt es unerheblich, ob die Bestreitung (auch) dieses Teils der Forderung durch die Beklagte "fadenscheinig" und/oder eine "Ausflucht" war. Immerhin ist zu wiederholen, dass das Gericht die Begründetheit von Behauptungen und Bestreitungen in aller Regel im Stadium der Parteivorträge noch nicht prüfen kann, es wäre denn, ein Parteistandpunkt sei aus einem besonderen Grund ohne Weiteres als unrichtig erkennbar (E. 4.5).

Das Bezirksgericht zitiert die Klägerin mit der Behauptung, die Position sei nach dem "am 26. Januar 2006 beschlossenen Verfahren" vereinbart worden (Urteil S. 99). Dieser Standpunkt der Klägerin wurde vorstehend erörtert und verworfen (E. 4.3). Schon aus diesem Grund ist der Anspruch der Klägerin nicht ausgewiesen.

Zur Frage der Substanziierung: Die Klägerin verlangt eine Mehrvergütung zum vereinbarten Pauschalpreis, und die Beklagte durfte diese Position dem Grundsatz und der Höhe nach bestreiten, ohne sich missbräuchlich zu verhalten. Da kein Preis vereinbart war, konnte ein (Mehr-)Werkpreis nur im Sinne von Art. 374 OR mit dem "Wert der Arbeit und die Aufwendungen des Unternehmers" begründet werden. Wenn die Klägerin das ausreichend substantiiert hätte, wäre

ein Beweisverfahren durchzuführen, wenn nicht, konnte und musste die Beklagte auch nicht substantiiert bestreiten – es kommt also darauf an, ob die Klägerin das Fundament ihres Anspruchs ausreichend vorgetragen hat. Das Bezirksgericht verneint es: die Klägerin habe unter dem Titel "Mehrkosten Elektro-Erschliessung" zwar sieben Positionen betragsmässig genannt, aber dazu nichts Näheres ausgeführt und damit ungenügend substantiiert (Urteil S. 100). Das trifft zu. Zu den Positionen "Ausbau HV 5 x 2200 SFr.", "Installation der Zentralen 5 x 12400 SFr." etc. konnte kein Beweis erhoben, insbesondere kein vernünftiger Beweissatz formuliert werden: wenn man einen Zeugen oder einen Experten dazu gefragt hätte, wäre keine substantielle Antwort möglich gewesen – vor oder mit der Fragestellung wären diese Zahlen in einzelne Positionen von Arbeit und Material aufzuschlüsseln gewesen, was im Beweisverfahren nicht (mehr) möglich ist. Die Klägerin führt zwar in der Berufung aus, sie habe die Zahlen mit ihrer Schlussrechnung "bewiesen" – das ist nicht nur vom prozessualen Verständnis her irrig, sondern es gibt in den Akten auch das genannte Dokument "Beilage KNT17-(A)-03" so weit ersichtlich nicht (Beilagen zur Klage, 16 Ordner). Die Beklagte hat auf die ungenügende Substanziierung hingewiesen (act. 75 Rz. 1022) – was im Übrigen nicht erforderlich gewesen wäre, weil die anwaltlich vertretene Klägerin ohne Weiteres wissen musste, dass das Behaupten von runden Zahlen eine präzise Begründung nicht ersetzt.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.12 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung unter dem Titel "Mehrkosten Möbel / Innenausbau Schreiner" von Fr. 78'041.76 ohne Beweisverfahren abgewiesen habe. Die Angabe, es sei um einen "fakturierten Betrag" von Fr. 250'141.76 gegangen, legt nahe, dass nur ein Teil streitig sei, was die Berufung so freilich nicht sagt. Die Klägerin sagt, sie habe schon mit der Klage den Anspruch im Detail dargelegt und die Beklagte habe einzig "unsubstantiiert" den Anspruch an sich und den fakturierten Betrag bestritten, nicht aber das Fehlen von Stückpreisen bemängelt, wie es das Bezirksgericht dann tue (act. 223 Rz. 186 ff.).

Das Bezirksgericht führt aus, es gehe um eine Änderung der vereinbarten Leistung. Nach Darstellung der Klägerin habe sie neue Leistungen zu einem Betrag von Fr. 256'370.50 offeriert, und die Beklagte habe nur (aber immerhin) Fr. 172'000.-- anerkannt (Urteil S. 100 f.). Es geht also um zusätzliche Arbeiten, die nicht im Pauschalpreis enthalten waren, und über welche die im Vertrag vorgesehene Einigung der Parteien nicht zustande gekommen ist (dazu E. 4.3). Schon aus diesem Grund ist der Anspruch der Klägerin nicht berechtigt.

Wenn eine gültige Zustimmung der Beklagten zu den Mehrarbeiten im Grundsatz vorläge, müsste die Vergütung nach Art. 374 OR mit dem "Wert der Arbeit und die Aufwendungen des Unternehmers" begründet werden. An der in der Berufung angeführten Stelle (Klageschrift act. 3 Rz. 781 ff.) trug die Klägerin vor, die Beklagte habe "viele Möbel und Einbauten" mit geänderten Oberflächen verlangt, für Schränke statt einfache Schlösser Pfand-Schlösser, für Schränke der Umkleideräume andere Halogenleuchten, und "an mehreren Stellen zusätzliche Waschtische, Schränke und Regale". Dafür verwies sie auf eine Möbelliste, sieben Pläne und eine Excel-Liste. Abgesehen davon, dass diese Dokumente in den der Klage beigelegten 16 Ordnern so weit ersichtlich nicht beilagen, wäre es nicht zumutbar gewesen, daraus die nach Ansicht der Klägerin erheblichen Behauptungen herauszusuchen. Eine zum Beweis offerierte Liste der Subunternehmerin der Klägerin wies nach deren eigenen Darstellung die Mehrleistungen nicht gesondert aus (act. 3 Rz. 785) und wäre darum als Substanziierung auch nicht tauglich. Die Klägerin anerkennt, dass die Beklagte mangelnde Substanziierung rügte. Dass diese Rüge "unsubstanziert" erfolgt sein soll, dürfte zutreffen, denn eine unsubstanzierte Behauptung kann man gar nicht substantiert bestreiten.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.13 Die Klägerin beanstandet, dass das Bezirksgericht ihre Forderung von Fr. 49'894.-- für "Mehrkosten Geländer" abweist. Die Beklagte habe einzig die Ausführung als solche bestritten, und dazu habe die Replik eine Stellungnahme enthalten (act. 223 Rz. 190 ff.).

Das Bezirksgericht führt aus, es gehe um eine Änderung der vereinbarten Leistung (Urteil S. 102). Es geht also um zusätzliche Arbeiten, die nicht im Pauschalpreis enthalten waren, und über welche die im Vertrag vorgesehene Einigung der Parteien nicht zustande gekommen ist (dazu E. 4.3). Schon aus diesem Grund ist der Anspruch der Klägerin nicht berechtigt.

Das Bezirksgericht hält der Klägerin vor, diese habe ihren Anspruch zu wenig substantiiert. Das trifft zu. Sie erläuterte zwar in der Klage, wie es zur Bestellung und Ausführung der Arbeiten gekommen sei, schrieb aber beim Aufwand selber, die Subunternehmerin habe diesen "nicht gesondert ausgewiesen", und die Rechnung werde "nachgereicht" (act. 3 Rz. 795). Dazu konnte die Beklagte ausser einer allgemeinen Bestreitung keinen weiteren Kommentar anbringen. In der Replik bezeichnete die Klägerin den Standpunkt der Beklagten als "grotesk" und suchte mit zahlreichen Plänen darzulegen, was sie ausgeführt habe, trug aber zu den Kosten nichts mehr vor (act. 110 Rz. 1191). Es liegt somit nicht einmal der Versuch einer Substanziierung vor. Nachdem die anwaltlich vertretene Klägerin selber gesagt hatte, sie werde (müsse) die Substanziierung nachbringen, musste sie auf diesen Mangel nicht hingewiesen werden.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.14 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihren Anspruch von Fr. 80'554.83 unter dem Titel "Dachbegrünung" abweist. Sie habe alle Grundlagen dafür behauptet, und die Beklagte habe nur eingewendet, dass "J._____", welche diese Mehrleistungen bestellte, nicht vertretungsbefugt war und es am vertraglichen Procedere für die Beststellungsänderung fehlte (act. 223 Rz. 196 ff.).

Die Klägerin bezog sich in der Klageschrift für die Mehrleistung auf ein Schreiben von "J._____", welches sie mit einer bestimmten Ausführung der Dachbegrünung beauftragte (act. 3 Rz. 801; act. 112 H / K NT17-[D]03). Der Vertrag hatte nach Darstellung der Klageschrift zwar eine Begrünung vorgesehen, aber offenbar eine andere als die dann verlangte und nach Behauptung der Klä-

gerin ausgeführt. Dass je eine Vereinbarung über einen Mehrpreis getroffen worden sei, macht die Klägerin nicht geltend. Schon aus diesem Grund ist ihr Anspruch nicht berechtigt (dazu E. 4.3).

Was die ursprünglich vorgesehene Art der Begrünung gekostet hätte, und was die Mehrkosten der tatsächlichen Ausführung waren, ergibt sich weder aus der Klage noch aus der Replik. In der Klageschrift räumt die Klägerin ein, dass sie diese Kosten erst noch "nachreichen" müsse (act. 3 Rz. 805), und in der Replik äussert sie sich lediglich zur Frage der Bestellung an sich (act. 110 Rz. 1206). Es liegt somit nicht einmal der Versuch einer Substanziierung vor, zu welcher sich die Beklagte hätte äussern können. Nachdem die anwaltlich vertretene Klägerin selber gesagt hatte, sie werde (müsse) die Substanziierung nachbringen, musste sie auf diesen Mangel nicht hingewiesen werden.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.15 Unter dem Titel "Mehrkosten Kommentatoren-Stühle" rügt die Klägerin, dass das Bezirksgericht eine Differenz von Fr. 101'652.52 abgewiesen habe. Die Beklagte habe gegenüber dem Vertrag eine gänzlich andere Ausführung verlangt, und die Klägerin habe den dafür Verantwortlichen am 31. Januar 2008 eine detaillierte Auflistung der Einzelpositionen mit Mengen und Preisen abgegeben. Sie (die Klägerin) habe im Behauptungsverfahren detailliert geschildert, wie es zu den Bestellungenänderungen kam und auch die Forderung ausreichend substantiiert (act. 223 Rz. 201 ff.).

Dass je eine Vereinbarung über einen Mehrpreis getroffen worden sei, macht die Klägerin nicht geltend. Aus diesem Grund ist ihr Anspruch nicht berechtigt (dazu E. 4.3).

Dass die Klageschrift Angaben dazu enthielt, wie viel die ursprünglich vorgesehene Ausführung der Stühle tatsächlich gekostet hätte, und was der Aufwand im Sinne von Art. 374 OR für die von der Beklagten verlangte Ausführung war, behauptet die Klägerin in der Berufung nicht. Sie erklärt, sie habe in der Replik

detailliert erläutert, wie die Beklagte alles neu und anders ausgeführt haben wollte; darum geht es hier allerdings nicht, sondern um einen allenfalls höheren Werkpreis. Ob es berechtigt war, dass die Beklagte die ganze Position bestritt, wie die Klägerin kritisiert, ist an dieser Stelle unerheblich. Das Bezirksgericht hält der Beklagten deren Anerkennung in einem Teilbetrag vor (Urteil S. 106). Den Mehrbetrag musste die Klägerin aber substantzieren, weil er sich nicht aus dem Vertrag ergab. Die Beklagte hatte nicht nur die Berechtigung für Mehrkosten überhaupt und auch diese Kosten bestritten, sondern zudem darauf hingewiesen, der Klage sei die dort erwähnte Abrechnung nicht beigelegt worden (act. 75 Rz. 1083; in der Tat hatte die Klägerin in act. 3 Rz. 819 geschrieben, die Abrechnung werde "nachgereicht"). In der Replik äusserte sich die Klägerin eingehend dazu, wie es zur Änderung der Ausführung gekommen sei (act. 110 Rz. 1228 - 1257). Es ist aber nicht zu erkennen und die Berufung behauptet nicht, dass dort die in der Klageschrift vorbehaltenen Zahlen genannt wurden noch dass die Replik andere so konkrete Ausführung enthielt, dass gestützt darauf über die Höhe einer geschuldeten Mehrvergütung hätte Beweis erhoben werden können. Woher die in die Berufungsschrift (Rz. 207) hineinkopierte Aufstellung stammt, wird nicht erläutert; als Novum wäre sie nicht zulässig (Art. 317 ZPO).

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.16 Die Klägerin beanstandet, dass das Bezirksgericht ihre Forderung von Fr. 138'000.-- für "Mehrkosten Glasbrüstungen" mangels ausreichender Substantzierung abwies. Die Beklagte habe in der Klageantwort treuwidrig nicht nur Mehrkosten, sondern die ganze Position bestritten. Darum sei in der Replik detailliert darauf eingegangen worden, wie die Beklagte die Planung verändert habe und was das für Erschwerungen mit sich brachte. Der Vorwurf mangelnder Substantzierung im angefochtenen Urteil sei falsch, denn die Beklagte habe nur gesagt, sie halte die Ausführungen der Klägerin für unsubstantziert, ohne dies auch nur ansatzweise zu substantzieren (act. 223 Rz. 209 ff.).

Die Klägerin trägt zu diesem Punkt vor, das Werk weiche auf Veranlassung der Beklagten vom ursprünglichen Projekt ab. Sie macht nicht geltend, es sei da-

bei das Änderungsprocedere gemäss Vertrag eingehalten, insbesondere ein neuer Preis vereinbart worden. Aus diesem Grund ist ihr Anspruch nicht berechtigt (dazu E. 4.3).

Wenn die Beklagte grundsätzlich einen allfälligen Mehrpreis zahlen müsste, wäre es an der Klägerin gelegen, diesen zu substantizieren. Das ist nicht der Fall, und die Klägerin behauptet es in der Berufung auch nicht. Sie sagte zwar in der Klageschrift, sie habe der Beklagten Mehrkosten genannt, räumte aber ausdrücklich ein, diese seien nicht akzeptiert worden (act. 3 Rz. 832). Sodann trifft es zu, dass die Substanzierrüge der Beklagten in der Klageantwort nicht weiter substantiziert war (act. 75 Rz. 1085). So lange die Klägerin aber nicht im Detail erläuterte, welche effektiven Kosten ihr mit der geänderten Ausführung der Glas-scheiben tatsächlich angefallen waren (und das tat sie nicht, sie verwies lediglich auf eine "nachzureichende" Aufstellung": act. 3 Rz. 830), konnte die Beklagte sich dazu auch nicht konkret äussern.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also auch hier aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.17 Auch beim Punkt "Zusatzinstallationen K. _____ AG" geht es offenbar wie im vorstehenden Punkt um Glas. Die Klägerin bemängelt, dass das Bezirksgericht einen Teilbetrag von Fr. 83'137.25 abwies. Im Ganzen habe sie für eine Glasbrüstung Fr. 258'611.85 eingeklagt, wovon die Beklagte Fr. 175'474.20 anerkannt habe. Die Differenz habe das Bezirksgericht nicht abweisen dürfen, da sie (die Klägerin) der Beklagten anlässlich einer "Kostensitzung" vom 7. März 2007 die neue Ausführung offeriert habe (act. 223 Rz. 220 ff.).

Die Klägerin sagt, sie habe eine Projektänderung offeriert, behauptet aber nicht, dass diese Offerte angenommen wurde. Sie macht nicht geltend, es sei dabei das Änderungsprocedere gemäss Vertrag eingehalten, insbesondere ein neuer Preis vereinbart worden. Aus diesem Grund ist ihr Anspruch nicht berechtigt (dazu E. 4.3).

Wie ein allfälliger Mehrpreis zu berechnen wäre, nachdem es darüber auch gemäss Darstellung der Klägerin keine Einigung gab, und wann und wie das im Prozess geltend gemacht worden sei, geht aus der Berufung nicht hervor (die Textstellen der Klage, auf welche in Rz. 220 beiläufig verwiesen wird [act. 3 Rz. 616 ff., 633 ff. und 644 ff. beschlagen so weit ersichtlich nicht den hier streitigen Punkt). Darum ist nicht zu sehen, wozu das Bezirksgericht hätte Beweis erheben können.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.18 Für "Mehrkosten der Videoüberwachung des Stadions" macht die Klägerin Fr. 60'760.-- geltend, was das Bezirksgericht zu Unrecht abgewiesen habe. Gegenüber den 16 ursprünglich geplanten Kameras habe die Beklagte deren 24 zusätzlich verlangt; anlässlich einer Kostenbesprechung habe sie (die Klägerin) die Mehrkosten präzise angegeben, und am 14. August 2007 habe die Beklagte den Punkt zur Ausführung freigegeben. Der Punkt könne daher nicht ohne Beweisverfahren abgewiesen werden (act. 223 Rz. 223 ff.).

Die Klägerin behauptet eine Änderung des Projektes ohne dass das vertraglich dafür vorgesehene Procedere. Aus diesem Grund ist ihr Anspruch nicht berechtigt (dazu E. 4.3).

Im Übrigen ist aber auch die Darstellung der Klägerin in der Berufung unrichtig: sie hat in der Klage nicht behauptet, es sei mit der Beklagten eine Einigung über die Mehrkosten zustande gekommen. Sie schrieb dort, sie habe aufgrund einer Kostenschätzung ihrer Subunternehmerin von "ungefähr Fr. 58'806.85" eine Offerte in der Höhe von Fr. 60'760.-- zuzüglich Mehrwertsteuer gemacht, welche die Beklagte abgelehnt habe, "es ist nicht klar, weshalb" (act. 3 Rz. 849 f.). Auch wenn man annehmen wollte, die Beklagte habe der geänderten Ausführung verbindlich zugestimmt, bliebe der neue Werklohn zu bestimmen. Da die Klägerin sich auf keine Einigung dazu berufen kann (die Behauptung in der Berufung ist neu und unzulässig, Art. 317 ZPO), müsste ein Beweisverfahren zur Höhe "des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen der Unternehmerin" durchgeführt wer-

den, welches aber seinerseits ausreichende Behauptungen voraussetzte (§ 133 ZPO/ZH). Solche Behauptungen führt sie in der Berufung nicht an. Die anwaltlich vertretene Klägerin musste auf das Fehlen jeglicher Substanziierung nicht hingewiesen werden; die Beklagte hat es dennoch getan (act. 75 Rz. 1100).

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.19 Unter dem Titel "In-house GSM / WLAN" hat das Bezirksgericht offenbar einen Betrag von Fr. 96'495.90 als ausgewiesen erachtet und einen Mehrbetrag von Fr. 72'359.69 abgewiesen. Die Klägerin kritisiert das. Sie habe in der Klage auf eine Beilage "K Schätzung-A" verwiesen und damit die Mehrkosten ausreichend substantiiert – es hätte ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen (act. 223 Rz. 227 ff.).

Die Klägerin behauptet in der Berufung nicht, es sei je eine Einigung über den (Mehr-)Preis der geänderten Ausführung zustande gekommen. Darum ist ihr Anspruch nicht berechtigt (E. 4.3).

Die in der Berufung genannte Klagebeilage "K Schätzung-A" wird in der Klage an der angegebenen Stelle (Rz. 858) nicht genannt. Dort wurde behauptet, die Beklagte habe zusätzlich "ein WLAN" verlangt, und zum Beweis wird angegeben "L. _____ AG Nachtrag (Mehrkostenmeldung) NT Nr. 100 bis 100e (13. November 2006 bis 18. Juni 2007) Beilage K NT17-(I)-01". Eine Beilage K NT17 findet sich so weit erkennbar in den 16 Ordnern Klagebeilagen nicht. Nach Darstellung der Klägerin habe es sich aber ohnehin nur um eine Schätzung gehandelt (act. 223 Rz. 230). Eine Schätzung ist kein Festpreis; und wie gesehen behauptet die Klägerin ja nicht, man habe sich in diesem Punkt auf einen solchen geeinigt – gegen teils sagte sie in der Klageschrift, die Beklagte habe ihre Offerte abgelehnt, "es ist nicht klar, weshalb" (act. 3 Rz. 860). Dann oblag es ihr, den Wert der Arbeit und ihre Aufwendungen zu behaupten, denn eine Schätzung hat für die Bemessung des Werkpreises allenfalls Bedeutung im Rahmen von Art. 375 OR für einen Vertrags-Rücktritt oder eine Herabsetzung der Vergütung, dispensiert aber nicht vom Substanziieren der tatsächlichen Aufwendungen (Gauch, Der Werkvertrag 5. Aufl.

Rz. 973). Dass sie das getan habe, sagt die Klägerin in der Berufung nicht. Im Gegenteil bemängelt sie, auch eine Aufstellung nach Stückzahlen und Preisen hätte keinen "wesentlichen zusätzlichen Einblick gegeben" (act. 223 Rz. 232). Ob diese pauschalen Angaben genügt hätten, kann unerörtert bleiben. War der Klägerin selber klar, dass sie ungenügend substantizierte, bedurfte es keines Hinweises – abgesehen davon, dass die Beklagte die Rüge anbrachte (act. 75 Rz. 1120 und 1123).

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.20 Die Klägerin rügt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung für "Mehrkosten der Euro-Tribüne" von Fr. 889'657.76 abwies. Sie habe im einzelnen dargestellt, was ursprünglich vereinbart war und was dann auf Verlangen der Beklagten ausgeführt wurde. Sie habe in der Klage erläutert, dass sie der Beklagten ein Angebot unterbreitete, sie habe die einzelnen tatsächlich ausgeführten Positionen aufgelistet und betragsmässig die ursprünglich vorgesehenen Arbeiten abgezogen. Der Vorwurf der fehlenden Substanziierung sei daher nicht gerechtfertigt (act. 223 Rz. 235 ff.).

Es geht um eine Änderung des Bestellumfanges. Die Klägerin erläuterte in der Klage, sie habe der Beklagten zuerst ein Angebot für den neuen Leistungsumfang unterbreitet und "ungefähr Fr. 2'500'000 und Mehrwertsteuer" gefordert, zuletzt habe sie ein Angebot über Fr. 1'171'657.76 gemacht (act. 3 Rz. 870). Die Beklagte habe aus unklaren Gründen abgelehnt und Mehrkosten nur im Umfang von Fr. 282'000.-- anerkannt. Damit behauptet die Klägerin keine Einigung über einen Werkpreis, wie er nach dem Vertrag vorliegen müsste. Der Anspruch ist daher nicht ausgewiesen (E. 4.3).

Die tatsächlichen Kosten der Ausführung beliefen sich laut der Klage auf Fr. 2.016 Mio., abzüglich Kosten gemäss Ausschreibung rund Fr. 1.121 Mio. zuzüglich Honorare und Mehrwertsteuer auf Fr. 1'350'943.14. Die Beklagte bestritt die Forderung (act. 75 Rz. 1136), und auch das Bezirksgericht betrachtet sie als zu wenig substantiziert. Zu Recht: Die Klägerin gliederte ihre Forderung in der Kla-

ge zwar nach einzelnen Positionen auf (act. 3 Rz.873). Sie beschränkte sich dabei aber auf runde Zahlen als Einheitspreise, denen nicht zu entnehmen war und ist, wie das im Sinne von Art. 374 OR "den Wert der Arbeit und die Aufwendungen des Unternehmers" darstellt. Im Rahmen einer Offerte wäre die Aufstellung ohne Weiteres brauchbar gewesen, und zwar sowohl für einen Pauschalpreis als auch für einen "ungefähren Ansatz". In einem Beweisverfahren, welches die tatsächlichen Kosten der Ausführungen erstellen sollte, waren sie nicht brauchbar. Ein Zeuge oder ein Experte hätte allenfalls erklären könne, ob er die Zahlen für angemessen und marktkonform halte; für die Frage nach den tatsächlichen Aufwendungen der Klägerin fehlten aber die nötigen Behauptungen. Das musste der anwaltlich vertretenen Klägerin klar sein; abgesehen davon hat die Beklagte "die behaupteten Mehrkosten (...) sowohl im Grundsatz als auch im geltend gemachten Umfang" bestritten (act. 75 Rz. 1136).

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.21 Die Klägerin bemängelt, dass das Bezirksgericht ihre Forderung für "Mehrkosten Betonpodeste vor Mundlöchern" abwies. Sie habe ausgeführt, dass sie der Klägerin Mehrkosten von geschätzt Fr. 34'595.-- genannt habe, weil diese Bauteile nicht mit vorgefertigten Elementen erstellt werden konnten, und die Klägerin habe diese "vorbehaltlos zur Ausführung freigegeben". In der Klageschrift hatte sie noch ausgeführt, sie habe ein Angebot für Fr. 34'595.-- gemacht, und "Die Stadt lehnte A. _____s Angebot nicht ab. Sie wollte einen Nachweis der Mehrkosten" (act. 3 Rz. 880/881). Die effektiven Mehrkosten hätten Fr. 63'508.50 betragen, worauf die Beklagte einen Nachweis verlangt habe. Es müsse in einem Beweisverfahren geklärt werden, ob tatsächlich Ortsbeton statt vorgefertigte Elemente verwendet wurde, und es sei nicht zu erkennen, wie die Klägerin die Ortsbeton-Kosten von Fr. 57'735.-- besser hätte substantzieren können als in Klage- und Replikschrift, nämlich in act. 3 Rz. 877-886 resp. act. 110 Rz. 1339-1354 (act. 223 Rz. 240 ff.).

Die Rügen sind nicht leicht, jedenfalls nicht "aisément", verständlich, insbesondere was denn nun die tatsächlichen Mehrkosten sein sollen: Fr. 63'508.50

oder Fr. 57'735.--. Nach dem angefochtenen Urteil (S. 117) machte die Klägerin offenbar den zweiten Betrag zuzüglich ein Honorar von 10% geltend, was die erste Zahl ergebe, allerdings zusätzlich noch die Mehrwertsteuer. Es scheint immerhin auch, dass die Klägerin nicht geltend machen will, es sei (teilweise) ein anderes Werk verlangt worden, sondern dass das Bestellte anders (und aufwändiger) hergestellt wurde. Der Vertrag war ein Pauschalvertrag – wie die Klägerin das bestellte Werk herstellte, war ihre Sache, und ein Mehraufwand berechtigte nicht zu einer Mehrvergütung. Eine Mehrvergütung wäre nur geschuldet, wenn das Prozedere für Bestellungen-Änderungen analog eingehalten worden wäre (E. 4.3 vorstehend). Das behauptet die Klägerin nicht. Eine Mehrvergütung – in welcher Höhe auch immer – ist darum nicht geschuldet.

Auch nach der Darstellung der Klägerin selbst habe die Klägerin sodann nicht einem bestimmten neuen Preis zugestimmt, sondern einem ungefähren Ansatz im Sinne von Art. 374 zweite Variante OR: "schätzungsweise Mehrkosten von Fr. 34'595.--" (act. 223 Rz. 243). In diesem Fall muss sie ihre Aufwendungen nachträglich im Einzelnen spezifizieren (Gauch, Der Werkvertrag 5. Aufl. Rz. 973). In der Klage (act. 3 Rz. 883) verwies die Klägerin für den geltend gemachten Betrag auf eine "Abrechnung ARGE Letzigrund", welche sie allerdings nicht beilegte (eine Beilage K NT17-(K)-01 ist in den sechzehn Ordnern jedenfalls auf ersten Blick nicht zu finden). In der Replik kommentierte sie die Klageantwort der Beklagten, machte aber ebenfalls keine Angaben zu ihrem tatsächlichen Aufwand (act. 110 Rz. 1339 ff.). Ein Beweisverfahren konnte dazu gar nicht durchgeführt werden.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.22 Unter dem Titel "Elektroantriebe Klappen Kioske" rügt die Klägerin, dass das Bezirksgericht ihren Anspruch von Fr. 59'508.-- abwies. "Die Unrichtigkeit der Ausschreibungs-Projektierung war Gefahr der Beklagten und berechtigt die Klägerin zu Mehrvergütung" (act. 223 Rz. 246).

So weit die Klägerin damit auf ihre allgemeinen Bemerkungen zur "Planungsverantwortung" verweist, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu diesem Thema zu verweisen, welche zu einem anderen Ergebnis kommen (E. 4.2).

Es kommt hinzu, dass die Klägerin hier auch ihrer Obliegenheit nicht nachkommt, in der Berufung aufzuzeigen, wie sie ihren Anspruch begründet. Dafür reicht es bekanntlich nicht, pauschal auf die Ausführungen in erster Instanz zu verweisen (E. 4.1 vorstehend). Die Klägerin tut hier nicht einmal das, sondern sie wiederholt einzig den Forderungsbetrag. Das könnte nicht zur Gutheissung der Berufung in diesem Punkt führen, selbst wenn die Rüge der Klägerin zum Thema "Planungsverantwortung" berechtigt wäre.

Die Rüge der Klägerin ist unbegründet, so weit sie überhaupt ausreichend vorgetragen wird.

4.6.23 Die Klägerin rügt, dass ihr das Bezirksgericht unter dem Titel "Überwachung des Grundwassers" zwar Fr. 45'900.-- zuspreche, aber den Mehrbetrag von Fr. 110'005.16 abweise. Sie habe geltend gemacht, die Beklagte sei damit einverstanden gewesen, "Kosten der Laboranalysen und Auswertungen Berechnungen" zu bezahlen. Das sei zwar bestritten worden, hätte aber in einem Beweisverfahren geklärt werden müssen. Es sei auch nicht zu sehen, weshalb ein Teilbetrag ausgewiesen sein könnte, wenn die Klägerin alle Kosten selber hätte tragen müssen (act. 223 Rz. 248 f.).

Der Vorwurf der Inkonsequenz ist nicht berechtigt: das Bezirksgericht stützt die Berücksichtigung der Fr. 45'900.-- darauf, dass die Beklagte diesen Teilbetrag verbindlich anerkannt habe (Urteil S. 125 f.). Die Berufung setzt sich nicht mit den Erwägungen des Bezirksgerichts auseinander, wonach die Klägerin alle behördlichen Bewilligungen und Auflagen einhalten musste und dass unter diesem Titel insbesondere die Auflagen der Baubewilligung hinsichtlich Einholen einer Bewilligung beim AWEL zum Bauen in der Grundwasserschutzzone und die Anordnungen von monatlichen Proben-Nahmen ("Chemie und Bakteriologie") zu beachten waren. Es sei dem gegenüber nicht substantiiert erläutert worden, was für Laboranalysen die Beklagte habe übernehmen wollen, und zu einer Einigung über die

Tragung der Auswertungs-Kosten werde gar keine Behauptung aufgestellt (Urteil S. 126). Vorweg ist hier festzustellen, dass die Klägerin eine Änderung der Vertragsgrundlagen gemäss dem vereinbarten Ablauf nicht behauptet – eine konkreter Betrag zu übernehmender Kosten wurde offenbar nicht vereinbart, und damit fehlt es in rechtlicher Hinsicht an einer ausreichenden Grundlage für die Mehrvergütung (oben, E. 4.3). In der Klage hatte die Klägerin geltend gemacht, die Beklagte habe gegenüber dem Vertrag zusätzliche Analysen und Auswertungen verlangt (act. 3 Rz. 926), die Klägerin habe darum der Beklagten mitgeteilt, sie werde "die Laboranalysen in Rechnung stellen", und die Beklagte habe dem zugestimmt (act. 3 Rz. 927 f.). Im Kontext kann das nach Treu und Glauben nicht als Behauptung verstanden werden, die Beklagte habe *alle* Analysen zahlen wollen, sondern nur die zusätzlich verlangten oder (wegen einer Schwierigkeit mit dem M._____, auf welche in der Berufung nicht mehr eingegangen wird) notwendigen. Dann folgt daraus aber, dass die Klägerin *zusätzliche* Kosten behaupten musste, und dass kein Beweisverfahren durchgeführt werden musste, so lange sie das nicht tat. Im Übrigen könnte der Blick auf die Behauptungen in der Klage auch die Rüge auf die angebliche Inkonsequenz (des Bezirksgerichts oder der Beklagten) auflösen: es scheint gerade unter dem Aspekt des in der Klageschrift Behaupteten plausibel, dass die Beklagte mit den anerkannten Fr. 45'900.-- zusätzliche Laboranalysen abgelten wollte.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.24 Die Klägerin beanstandet die Abweisung der Forderungsposition "Türen- und Innenausbau". Der Vorwurf der mangelnden Substanziierung sei ungerechtfertigt, denn die Beklagte habe die ursprüngliche Bestellung der Türen, welche im Vertrag 599 Zeilen umfasste, 48 Mal überarbeiten lassen und dabei das Material, die Masse, die Rahmen, das Türmanagementsystem, die Beschläge und die Türschliessarten geändert. Sie habe das gar nicht einzeln erläutern können, sondern nur beispielhaft auf Änderungen hingewiesen. Sie habe ausgeführt, dass sie die Beklagte an mehreren Sitzungen auf Mehrkosten von schätzungsweise Fr. 462'000.-- aufmerksam gemacht habe, und die Beklagte habe in der

Klageantwort anerkannt, in den Nachträgen 1 bis 15 einzelne zusätzliche Türen verlangt zu haben. Damit sei der Anspruch auf Mehrvergütung dem Grundsatz nach anerkannt, und seine Höhe werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben (act. 223 Rz. 253 ff.).

An der in der Berufung angegebenen Stelle (act. 223 Rz. 263: "Klageantwort, act. 75, Rz. 13/18") ist die behauptete Anerkennung der Beklagten nicht zu finden, und die Klägerin selber behauptet nur, sie habe Mehrkosten mit einer ungefähren Schätzung angekündigt: es wurde also keine Vereinbarung entsprechend dem vertraglich vorgesehenen Ablauf getroffen, und eine Mehrvergütung scheidet schon von da her aus. Sollte die Zustimmung der Beklagten zu einem ungefähren Preis gültig erfolgt sein, wäre die Klägerin nicht davon entbunden, die genauen Kosten im Sinne von "Wert der Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers" zu behaupten (Art. 374 OR). Es mag sein, dass die Türen unzählige Male neu definiert wurden, und dass die am Ende gewählte Ausführung deutlich mehr kostete als eine nach den ursprünglichen Parametern. Das entband die Klägerin aber nicht davon, im Einzelnen zu erläutern, was ihre Mehrkosten – oder die Mehrkosten ihrer Subunternehmer – waren. Immerhin verlangte die Klägerin unter diesem Titel nun nicht die nach eigener Darstellung gegenüber der Beklagten in Aussicht gestellten Fr. 462'000.--, sondern offenbar Fr. 623'713.10 zuzüglich Mehrwertsteuer (Urteil S. 169). Sie selber erklärt in der Berufung, sie habe die Änderungen in erster Instanz im Einzelnen nicht auflisten können (und offenbar nicht auflisten wollen) und sich auf "Beispielhaftes" beschränkt. Damit verkennt sie, dass im Beweisverfahren nicht "Beispielhaftes" abgeklärt werden kann. Nur aufgrund konkreter Behauptungen kann ermittelt werden, wie hoch eine Werklohnforderung ist, wobei ein Gutachter allenfalls einen gewissen Ermessensspielraum finden wird, innerhalb dessen er einen "angemessenen" Betrag festsetzt. Nach den Darstellungen der Klägerin selber konnte kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Darauf musste sie, die selber ausdrücklich auf eine ausreichende Substanziierung verzichtete, weder vom Gericht noch von der Gegenpartei hingewiesen werden.

Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist also aus zwei von einander unabhängigen Gründen zutreffend, und die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

4.6.25 Unter dem Titel "zusätzliche Werkleitungen" beanstandet die Klägerin, dass offenbar eine Forderung abgewiesen wurde, allerdings wird diese nicht beziffert und der verlangte Entscheid des Obergerichts nicht genannt. Die Klägerin scheint zu rügen, dass das Bezirksgericht erwog, sie habe sich nicht auf eine Unrichtigkeit oder Änderungen der Ausschreibungs-Projektierung festgelegt, denn das müsse sie nicht tun. Damit verlange es einen "irrsinnigen und mit nichts zu rechtfertigenden und auch unnötigen Aufwand". Sie habe Ist-Kosten der Werkleitungen von Fr. 3'343'718 behauptet. Zwar sei richtig: "Die Beklagte hatte der Klägerin auch zu Ausführungen aufgefordert, wie sich dieser Betrag zusammensetzt. Die Beklagte hatte die Klägerin auf neun (!) Klageantwortschrift noch zu vielem mehr aufgefordert" (act. 223 Rz. 285). Das Bezirksgericht habe anerkannt, dass die Beklagte "einen Kalkulationsfehler und eine unzulässige Vermengung des Pauschalpreises der Ausschreibung von CHF 1'472.851.--" habe berichtigen müssen (act. 223 Rz. 287). Jedenfalls auf eine Mehrvergütung "gemäss dem berichtigten Pauschalpreis für die überschüssenden 18 Prozent, also auf (CHF 1'472.851.00 x 20 % + CHF 2'402'624.00 x 18 % =) CHF 727'042.52", allenfalls auf "Mehrvergütung nach Massgabe nur des nicht berichtigten Teilpauschalpreises (...)" hätte sie so oder so Anspruch gehabt (act. 223 Rz. 288 ff.).

Die Darlegungen der Klägerin sind in sich unverständlich und genügen den Anforderungen an die Begründung der Berufung nicht. Mehrkosten aufgrund von Fehlern der Ausschreibung gehen grundsätzlich zu ihren Lasten (E. 4.2), und dass und wie das vertragliche Procedere für Änderungen eingehalten worden sei, allenfalls die Beklagte einer Änderung ungeachtet dessen zugestimmt hätte (E. 4.3), macht sie nicht geltend. Offenbar beruft sie sich auf Mehraufwendungen. Es mag sein, dass sie sich auf einen rechtlichen Weg beruft, der Beklagten Mehrkosten aufzubürden – so kann jedenfalls der Hinweis der Berufung auf Art. 89 SIA Norm 118 verstanden werden. An jener Stelle behandelt die SIA Norm 118, wie der Werklohn bei Beststellungsänderungen neu zu ermitteln ist. Die Klägerin übersieht dabei, dass die Parteien darüber ein vertragliches Procedere festlegten,

welches die gemäss ausdrücklicher Vereinbarung nur subsidiär anwendbare SIA Norm 118 verdrängt. Aber selbst wenn darauf abgestellt werden sollte, geht auch Art. 89 SIA Norm 118 davon aus, die Parteien müssten sich auf einen neuen Preis *einigen* – und wenn das nicht gelinge, werde in Regie abgerechnet (Hinweis in Art. 89 Abs. 3 auf Art. 87 Abs. 4 SIA Norm 118). Damit wird wieder auf "Wert der Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers" im Sinne von Art. 374 OR verwiesen. Die Klägerin behauptet zwar in der Berufung (Rz. 285), das habe sie substantiiert, das stimmt aber nicht: sie hat am angeführten Ort selber ausdrücklich die Substanziierung verweigert mit der Bemerkung, "die Beklagte verlangt hier einen irrsinnigen Apparat des Nachweises der Mehrkosten" (act. 110 Rz. 1537 ff., besonders Rz. 1563). Auch wenn es für die Anforderungen an die Substanziierung an sich gar nicht darauf ankommt, geht es in dieser Position offenbar um Millionenbeträge, und es musste der anwaltlich vertretenen Klägerin klar sein, dass darüber nicht aufgrund blosser Plausibilitäten oder Verhältnis-Schätzungen entschieden werden durfte. Substanzierte die Klägerin bewusst nicht, bedurfte es keines Hinweises auf diesen Mangel, auch wenn die Klägerin das Erfüllen ihrer Obliegenheit als unzumutbar ("irrsinnig") bezeichnete.

Die Berufung ist also aus mehreren von einander unabhängigen Gründen unbegründet, so weit darauf in diesem Punkt überhaupt eingetreten werden kann.

4.6.27 Unter dem Titel "zusätzliche Baugrubensicherung" rügt die Klägerin, dass das Bezirksgericht einen Posten von Fr. 310'128.-- abwies (act. 223 Rz. 292 ff.). Die Begründung besteht hier vor allem aus Ausrufezeichen (Rz. 293).

Es wird nicht klar, warum das angefochtene Urteil im Einzelnen falsch sei. So weit die Klägerin pauschal darauf verweist, die Beklagte habe das Risiko unrichtiger Ausschreibung getragen, wurde das bereits erwogen und verworfen (E. 4.2). Und wenn der Einwand der Klägerin noch stäche, fehlten jegliche Ausführungen zu Zahlen und Beträgen, aufgrund derer der sinngemässe Antrag der Berufung, der Klägerin zusätzliche Fr. 310'128.-- zuzusprechen, geprüft werden könnte.

Die Berufung ist nicht begründet, so weit darauf in diesem Punkt eingetreten werden kann.

4.6.28 Zum Punkt "Erweiterung der Meteorwassersysteme" mit einem Quantitativ von Fr. 700'000.-- (act. 223 Rz. 295 ff.) gilt das Nämliche wie soeben ausgeführt.

4.6.29 Unter dem Titel "Änderung Umgebungsbelag" (act. 223 Rz. 298 ff.) verlangt die Klägerin offenbar von der Beklagten Fr. 1'250'426.10. Sie macht dazu geltend: "Die Klägerin trug kein (!) Planungs- bzw. Vergütungsrisiko für fehlende oder fehlerhafte Ausschreibungs- und Ausführungspläne (...). Sie trug kein (!) Risiko aus Planänderungen" (act. 223 Rz. 299). Die Erwägungen des Bezirksgerichts zum Quantitativ seien zudem unrichtig: "Die Klägerin weist dort die Mehr(!)kosten [...] aus [...sie mache] nur die Differenz (!) der Mehrkosten des Dekorbelags zu den (von der Klägerin zu tragenden) Mehrkosten des Vermörtelungsbelags geltend, also eben nur CHF 86.78 ./ CHF 26.05 = CHF 59.83" (act. 223 Rz. 300 ff.).

Das ist so nicht verständlich. Die Klägerin erläutert auch nicht, wo sie in ihren Rechtsschriften Ausführungen machte, welche die Bemerkungen des Gerichts und der Gegenpartei widerlegen könnten, ihre Ausführungen zum Quantitativ seien nicht nachvollziehbar (Urteil S. 180). Vor allem aber geht es offenbar um eine Änderung der Werk-Ausführung, für welche die Klägerin in der Berufung keine näheren Ausführungen macht und die nur schon daher nicht zu einer Mehrvergütung berechtigt (E. 4.3).

Die Berufung ist in diesem Punkt nicht begründet, so weit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

4.6.30 Bei der Position "zusätzliche Abbrucharbeiten"(act. 223 Rz. 303 ff.), offenbar im Betrag von Fr. 45'000.--, beschränkt sich die Klägerin nach einer allgemeinen und unspezifischen Einleitung auf die Bemerkung, "Die Klägerin trug kein (!) Planungs- bzw. Vergütungsrisiko für fehlende oder fehlerhaf-

te Ausschreibungs- und Ausführungspläne (...). Sie trug kein (!) Risiko aus Planänderungen" (act. 223 Rz. 304 ff.).

Was unrichtig war, und/oder was geändert wurde, wird sich aus diesen Bemerkungen nicht deutlich. Das genügt den Anforderungen an die Begründung der Berufung daher nicht, und es kann darauf nicht eingetreten werden.

4.6.31 Das selbe wie soeben (E. 4.6.30) gilt für die Position "Änderung Untersicht und Rand Stadionsdach" mit einem Forderungsbetrag von Fr. 2'528'238.75 (act. 223 Rz. 306 ff.).

4.6.32 Auch für die Position "zusätzliche Bauleistungen wegen feuerpolizeilicher Auflagen" mit einem Forderungsbetrag von Fr. 218'176.-- gilt das in E. 4.6.30 Gesagte (act. 223 Rz. 309 ff.)

4.6.33 Unter dem Titel "Änderungen Umgebung und Umzäunung" (act. 223 Rz. 314 ff.) kritisiert die Klägerin, dass ihre Forderung von Fr. 398'250.-- zu Unrecht abgewiesen worden sei. Sie habe ihren Anspruch "bereits vor (!) Einreichen der Schlussabrechnung" geltend gemacht, und Art. 153 / Art. 156 SIA Norm 118 betreffen das Geltendmachen eines Anspruchs "nach (!) Einreichen der Schlussabrechnung" (act. 223 Rz. 314). Sie habe kein Planungs- bzw. Vergütungsrisiko für fehlende oder fehlerhafte Ausschreibungs- und Ausführungspläne getragen. Und der Nachtrag Nr. 13 vom 12. Juni 2007 umfasse "als Position 6 nicht (!) «die» Abrechnung der «Umgebung/Umzäunung»" (act. 223 Rz. 315 ff.).

Diese Ausführungen erlauben nicht, die Kritik der Klägerin einer Prüfung zu unterziehen, weil sie in sich unverständlich sind. Das Bezirksgericht erwägt, die Begründung der Klägerin für diese Position sei unklar. Zwar solle die Ausschreibungs-Projektierung unrichtig gewesen sein - worin die Unrichtigkeit bestanden habe, lege die Klägerin aber nicht dar (Urteil S. 187). Damit setzt sich die Berufung soweit erkennbar nicht auseinander; und der Punkt wäre unbegründet, wenn es um Ansprüche als Folge ungenügender Ausschreibung ginge (E. 4.2). Weiter erwägt das Bezirksgericht, im Nachtrag Nr. 13 zum Werkvertrag gebe es eine

Mehrkosten-Position Nr. 6 "Umgebung/Umzäunung". Die Beklagte habe darauf vertrauen dürfen, dass damit dieser Teil des Werkes erfasst sei und habe nicht mit weiteren, späteren Forderungen rechnen müssen (Urteil S. 187 f.). Die Klägerin kritisiert offenbar das. Der Berufung ist aber nicht zu entnehmen, wo sie Anderes vorgetragen habe, resp. wann und wie die Parteien nach Einigung auf den Nachtrag Nr. 13 weitere Änderungen vereinbarten (und dabei das vertragliche Änderungsverfahren einhielten, E. 4.3), oder wo allenfalls eine (erst später entdeckte) Unrichtigkeit der Ausschreibungsunterlagen vorläge (was allerdings für sich allein keinen Anspruch begründete, E. 4.2). Es kommt hinzu, dass die Berufung nicht ausführt, weshalb welche Mehrkosten geschuldet seien. Die pauschal genannten Stellen der erstinstanzlichen Rechtsschriften (act. 3 Rz. 1204 - 1224 und act. 110 Rz. 1800 - 1817) ersetzen diese Begründung der Berufung nicht – abgesehen davon, dass die Klägerin offenbar in erster Instanz eingeräumt hat, die Beklagte habe das Angebot zur (offenbar geänderten) Ausführung dieser Werkteile "teilweise abgelehnt" (act. 3 Rz. 1223). Zudem wurde offenkundig nicht "der Wert der Arbeit und die Aufwendungen des Unternehmers" geltend gemacht, sondern die Klägerin forderte runde Beträge, die als "Kosten gemäss Subunternehmer-Rechnungen" bezeichnet wurden (act. 3 Rz. 1219) – die Obliegenheit, den nicht betragsmässig fixierten Werklohn im Sinne von Art. 374 OR zu belegen und im Bestreitungsfall zu beweisen, kann nun nicht dadurch umgangen werden, dass sich der Unternehmer auf nicht näher spezifizierte Forderungen seines Subunternehmers stützt. Das musste der anwaltlich vertretenen Klägerin bekannt sein, und wenn sie die ihr obliegenden Substanziierung unterliess, wäre ihr Anspruch jedenfalls aus diesem Grund abzuweisen.

Die Berufung ist also aus mehreren von einander unabhängigen Gründen unbegründet, so weit darauf in diesem Punkt überhaupt eingetreten werden kann.

4.6.34 Die Position "Ersatz Koffermaterial" (act. 223 Rz. 318 ff.) betrifft eine Forderung der Klägerin von Fr. 1'370'000.--. Diese schreibt: "Die Klägerin trug kein (!) Planungs- bzw. Vergütungsrisiko für fehlende oder fehlerhafte Ausschreibungs- und Ausführungspläne (...). Sie trug kein (!) Risiko aus Planänderungen" und verweist ohne weitere Konkretisierungen auf ihre Rechtsschriften in

erster Instanz (act. 223 Rz. 318: act. 3 Rz. 1125 - 1248 und act. 110 Rz. 1818 - 1859). Daraus lässt sich keine überprüfbare Kritik am angefochtenen Urteil gewinnen, und es kann auf die Berufung in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

4.6.35 Für die Position "zusätzliche Klimaüberwachung Dachraum" im Betrag von Fr. 41'130.80 (act. 223 Rz. 321 ff., mit Verweis auf act. 3 Rz. 1249 - 1260 und act. 110 Rz. 1860 -1872) gilt das Nämliche wie soeben in E. 4.6.34 ausgeführt.

4.6.36 "Änderung Garageneinfahrt" im Betrag von Fr. 13'011.-- (act. 223 Rz. 325, mit Verweis auf act. 3 Rz. 1274 - 1285 und act. 110 Rz. 1903 - 1917) gilt das Nämliche wie in E. 4.6.34 ausgeführt.

4.6.37 Für die Position "Änderungen Unterkonstruktion Photovoltaik-Anlage" im Betrag von Fr. 293'947.89 (act. 223 Rz. 329 ff., mit Verweis auf act. 3 Rz. 1319 ff. und act. 110 Rz. 1954 - 1980) gilt das Nämliche wie in E. 4.6.34 ausgeführt.

4.6.38 Unter dem Titel "zusätzliche Subunternehmerleistungen wegen Bauablaufstörungen - Allgemeines" macht die Klägerin geltend, "die Abweisung dieser Forderungsposition" sei falsch. Sie sagt aber nicht, was richtigerweise gut zu heissen sei (act. 223 Rz. 332 ff.).

Offenbar handelt es sich in diesem Abschnitt trotz der (kopierten und stereotypen) Wendung "diese Forderungsposition" nur um allgemeine resp. einleitende Vorbringen im Hinblick auf folgende Ausführungen. Darauf kann gesondert nicht eingetreten werden. So weit die Klägerin ausführt, Beschleunigungsmassnahmen gingen zu Lasten der Beklagten, wurden dazu vorstehend Erwägungen angestellt (E. 4.4). Weiterungen sind an dieser Stelle nicht erforderlich.

4.6.39 Einen Anspruch unter dem Titel "verhinderte Arbeiten" beziffert die Klägerin mit Fr. 309'930.22. Sie habe behauptet, die Beklagte sei "mit der Beschleunigung einverstanden" gewesen und habe diese angeordnet. Dass die Beklagte auch die Kosten habe übernehmen wollen, sei nicht notwendig und darum auch nicht zu behaupten gewesen. Die Pflicht der Beklagten zur Tragung der

Kosten habe sich mit der Einwilligung in die Massnahmen von selbst ergeben (act. 223 Rz. 335 ff.).

Nach der ausdrücklichen Darstellung in der Berufung geht es hier um Massnahmen zur Beschleunigung des Baufortschrittes. Dazu wurden vorstehend eingehende Erwägungen angestellt (E. 4.4); an dieser Stelle trägt die Klägerin nichts vor, wozu dort nicht schon Stellung genommen worden wäre, und es kann ohne Weiterungen darauf verwiesen werden.

Die Berufung ist in diesem Punkt nicht begründet.

4.6.40 Zur Position "doppelte Arbeiten" im Betrag von Fr. 71'497.96 trägt die Klägerin leicht verkürzt das Nämliche vor wie soeben zu den "verhinderten Arbeiten" (act. 223 Rz. 339 ff.).

Die Berufung ist auch in diesem Punkt nicht begründet.

4.6.41 Zur Position "Mehrarbeiten zur Überwindung sonstiger Bauablaufstörungen und zur Beschleunigung" nennt die Klägerin keinen Betrag und begnügt sie sich mit einem ganz pauschalen Hinweis auf das, was sie zu "Urteil- Seite 77" gesagt habe (act. 223 Rz. 342).

Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an die Begründung der Berufung nicht, und es ist darauf nicht einzutreten. Wenn die Klägerin auf die Stichworte "Projektänderungen" und "Beschleunigungsmassnahmen" anspielen wollte (diese kommen auf der angegebenen Seite 77 des angefochtenen Urteils vor), wäre auf die entsprechenden Erwägungen vorstehend unter E. 4.3 und 4.4 zu verweisen, nach denen die Klägerin unter diesen Titeln keine Ansprüche geltend machen kann.

4.6.42 Die Position "Vernichtung von Kosteneinsparungs-Möglichkeiten" bezifferte die Klägerin auf Fr. 2'280'000.--, in der Berufung reduziert sie sie auf Fr. 1'000'000.-- (act. 223 Rz. 355). Weil die Beklagte ständig Projektänderungen bestellt hätte, wäre es ihr der Klägerin) möglich gewesen, in den Verhandlungen mit den Subunternehmern Einsparungen in dieser Höhe zu erzielen.

Das Bezirksgericht lehnt den Anspruch nach Auffassung der Klägerin zu Unrecht mit der Begründung ab, es wären im Einzelnen die Umstände zu behaupten gewesen, welche Einsparungen verhinderten. Das verkenne die Praxis der Baubranche: Subunternehmer bänden sich zunächst nur mit Festangeboten (einschliesslich Rabatt und Skonto). Später, im Fall der Beauftragung, verlange der Totalunternehmer dann zusätzlichen Rabatt und zusätzliche Abzüge. Es hänge dann vom Zeitdruck, von der dannzumal verlangten Leistung und eventuellen weiteren Umständen ab, ob der Subunternehmer zu Preiszugeständnissen bereit sei. "Nur die gemachten (!) Zugeständnisse schlagen sich im Subunternehmer-Werkvertrag nieder, die verweigerten (!) Zugeständnisse bleiben definitionsgemäss unsichtbar, und die Verweigerung als solche wird in der Regel mündlich mitgeteilt und nicht protokolliert" (act. 223 Rz. 347) Im mündlichen Schlussgespräch über die Schlussabrechnung, wenn der Subunternehmer Mehrleistungen, die er nicht erwarten musste, geltend mache, verweigere er zusätzliche Rabatte, und das geschehe mündlich und ohne Protokoll (act. 223 Rz. 347)

Das Bezirksgericht hält der Klägerin vor, diese habe behauptet, es seien gewisse Leistungen für die Subunternehmer vereinbart gewesen, und das hätte zu Abzügen in der Schlussabrechnung berechtigt. Die Klägerin habe aber nicht behauptet, dass dann solche vereinbarten Abzüge in der Schlussabrechnungen nicht zu finden waren (Urteil S. 215). Die Klägerin geht damit in ihrer Argumentation mindestens teilweise am angefochtenen Urteil vorbei. Jedenfalls dort, wo sie (offenbar) behauptet hatte, vereinbarte Abzüge seien von Subunternehmern verweigert worden, hätte sie das konkret unter Bezugnahme auf solche Vereinbarungen behaupten können und müssen. Im Übrigen kann die Argumentation der Klägerin nicht überzeugen. Es mag sein, dass Subunternehmer mitunter einen festen Vertrag eingehen, der aber in dem Sinn nicht abschliessend gemeint ist, als er nach Beendigung der Arbeiten in Wiedererwägung gezogen wird und die Beteiligten nachträglich darüber verhandeln, was der wirkliche Preis sein solle. Das kann in der Praxis vielleicht funktionieren. Wenn kein Konsens erzielt wird, bleibt es im Verhältnis Subunternehmer/Unternehmer beim zunächst Vereinbarten. Die Klägerin scheint das geltend zu machen, mit dem wesentlichen Zusatz im Verhältnis zur Bestellerin, dass wegen deren zahlreichen Wünsche nach Pro-

jektänderungen keine nachträglichen Preisverbesserungen möglich gewesen seien. Grundsätzlich wäre denkbar, dass ihr daraus ein Anspruch entstünde. Er scheitert im konkreten Fall allerdings daran, dass die Parteien des heute zu beurteilenden Streites sich über die Modalitäten und das Procedere bei Projektänderung vertraglich geeinigt haben (E. 4.3). "Vernichtete Kosteneinsparungs-Möglichkeiten" sind nichts anderes als Mehrkosten mit negativem Vorzeichen – so wie ein Schaden im Rechtssinn in einer Verminderung der Aktiven oder aber auch in einer Vermehrung der Passiven bestehen kann. Wenn keine Mehrkosten geschuldet sind, kann das nicht auf dem Umweg über den Ersatz verpasster Einsparungen korrigiert werden. Es kommt hinzu, dass die Klägerin solche verpassten Einsparungen ungenügend spezifizierte, wie ihr das Bezirksgericht zu Recht vorhält. Sie erklärte in der Klageschrift ausdrücklich, es sei ihr nicht möglich, den erlittenen Schaden zu nennen, und ein Sachverständiger werde ihn "genauer bestimmen" müssen (act. 3 Rz. 1376, in der Berufung nicht genannt). Was sie dazu in der Replik sagte, erläutert sie in der Berufung nicht, sie verweist nur pauschal auf insgesamt achtzig Ziffern jener Rechtsschrift (act. 223 Rz. 345). Das genau zu analysieren ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz. Bei summarischer Durchsicht enthalten diese Textstellen in weiten Teilen nur stichwortartige Abqualifizierungen der Gegenpartei ("Falsch", "Offensichtlich falsch. Müssig", "Falsch. Leere Worte", "Falsch. Leere Begriffsjuristerei", "Falsch. Erfindung"). Zahlen werden zwar genannt (act. 110 Rz. 2104, 2106 und 2136: Mehrkosten von Fr. 250'000.--, [Rz. 2110: Fr. 4 Mio. etc., als Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin], Rz. 2137 und 2144: 2,5% [der ganzen Werkvertragspauschale]), aber ausdrücklich nicht weiter begründet (Rz. 2144: "geschätzt", "insofern nicht unverhältnismässig", "glaubhaft gemacht", im Allgemeinen sei das Einsparpotential "regelmässig höher"). Sie beruft sich zwar auf die gerichtliche Schadensschätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR (Rz. 2144). Ob die Voraussetzungen für eine solche Schätzung überhaupt vorliegen, kann offen bleiben. Auch wenn es zuträfe, müsste die Klägerin so weit möglich und zumutbar sämtliche Tatsachen darlegen und beweisen, welche für eine Existenz des Schadens sprechen und dessen Schätzung ermöglichen oder erleichtern (BSK OR I-Kessler 6. Aufl. 2015, mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts). Dass und wo sie das getan hätte, legt die

Klägerin in der Berufung nicht dar. Der Hinweis in der erstinstanzlichen Replik (Rz. 2144): "Ein Bausachverständiger wird bestätigen, dass die geltend gemachten CHF 2'280'000.-- (weniger als 2% der Gesamtsumme) angemessen und plausibel sind", genügt diesen Anforderungen nicht und vermischt auch in prozessual unzulässiger Weise das Behaupten mit dem Beweisen (§§ 113 und 133 ZPO/ZH).

Die Klägerin rügt, das Bezirksgericht habe von ihr Behauptungen zu Verhandlungen über die Schlussabrechnungen verlangt, obgleich solche in der Praxis nie protokolliert würden. Es sei nicht ihre Sache gewesen, "die von der Beklagten verlangten unendlich vielen weiteren Details zu nennen", sondern es wäre am Bezirksgericht gewesen, "darüber Beweis abzunehmen, insbesondere mittels Befragung der beteiligten Zeugen" (act. 223 Rz. 348 f.).

Zeugen wären zu nennen gewesen, wenn ein Beweisverfahren eröffnet worden wäre (§ 137 ZPO/ZH). Zeugen werden aber gerade zu jenen "Details" befragt, welche die Klägerin offenbar bewusst vorzutragen unterliess. Die Rüge ist unbegründet.

Die Klägerin wehrt sich dagegen, dass sie nach Auffassung des Bezirksgerichts unklar vorgetragen habe, was "übliche" Abzüge seien, und was verweigerte Rabatte, die üblich sein dürften (act. 223 Rz. 350 f.).

Offenbar geht es um im Wesentlichen das Nämliche wie vorstehend erörtert: dass nach Darstellung der Klägerin viele (Sub-)Unternehmer ein Festangebot vorlegen und der Total-Unternehmer später bei der Vergabe weitere Rabatte und Abzüge verlangt [und, so ist das wohl nach Treu und Glauben zu verstehen, auch erhält]. Wenn der Totalunternehmer anders oder "später" vergibt, etwa weil der Besteller umgeplant hat, lehnen die Subunternehmer [immer nach Darstellung der Klägerin] solche weiteren Rabatte und Abzüge ab. Auch wenn es zutreffen sollte, entband es die Klägerin nicht zu spezifizieren, bei welchem Subunternehmer ihr wegen welcher Umplanungen der Beklagten welche besseren Konditionen entgingen, und mit einer Pauschale in Prozenten des Werkpreises ist das nicht zu ersetzen. Die Rüge geht nicht über das bereits Behandelte hinaus. Sie ist aus den

angeführten Gründen (Vertragsbestimmungen zum Umplanen, fehlende Substan-
zierung) unbegründet.

Die Bemerkungen der Klägerin zu der ihr zumutbaren und möglichen Sub-
stanzierung zu diesem Punkt, und zu ihrem Verlangen nach einer Expertise
(act. 223 Rz. 353 f.) enthalten nichts Neues.

Die Berufung ist in diesem Punkt, so weit darauf eingetreten werden kann,
aus zwei von einander unabhängigen Gründen abzuweisen.

4.6.43 Die Klägerin trägt vor, das Bezirksgericht habe Unrecht "mit Be-
zug auf den Saldo CHF 339'921.65 (inkl. 7.6% MWST)" und in Bezug auf die Ver-
zugszinsberechnung (act. 223 Rz. 357 und 359).

Der erste Punkt ist nicht weiter erläutert. Vielleicht bezieht er sich ganz ge-
nerell auf die in der Berufung vorgetragenen Rügen, dann hat er keine eigene
Bedeutung. Sollte die Klägerin damit etwas Anderes oder Weiteres meinen, könn-
te darauf mangels konkreter Ausführungen nicht eingetreten werden.

Die Verzugszinsberechnung wurde bereits erörtert (E. 4.6.1). Die Rüge ist
nicht begründet.

4.7. Die Klägerin beanstandet die Kostenfolgen des angefochtenen
Urteils.

4.7.1 Die Gerichtsgebühr sei mit Fr. 490'000.-- zu hoch. Es gebe für
Zuschläge keine Rechtsgrundlage, das angefochtene Urteil bestehe im Wesentli-
chen aus standardisiertem Text, es sei mit Ausnahme von drei Positionen kein
Beweis erhoben und nur eine Referentenaudienz durchgeführt worden, die pro-
zessleitende Verfügung wegen der exorbitant langen Klageantwort dürfe nicht die
Klägerin belasten, die Gebührenverordnung erlaube nur eine Verdoppelung der
Grundgebühr, und diese könne im konkreten Fall unter Berücksichtigung des Ver-
fahrensausgangs höchstens Fr. 185'522.-- sein (act. 223 Rz. 360 ff.).

Die Höhe der ganzen Gerichtsgebühr richtet sich nach der kantonalen Ver-
ordnung. Das Bezirksgericht beziffert die Grundgebühr beim konkreten Streitwert

von Fr. 22'954'484.10 auf Fr. 185'522.-- (Urteil S. 219), was die Klägerin nicht be-
anstandet. Dass keine Zuschläge ausgewiesen seien, ist offenkundig falsch. Die
Sache war ganz aussergewöhnlich aufwändig, und wenn mehrere Positionen mit
gleichen oder ähnlichen Erwägungen beurteilt werden konnten, bedurfte es doch
bei jedem einzelnen Punkt des Studiums der (auf beiden Seiten sehr ausführli-
chen) Parteidarstellungen, um zu diesem Resultat zu gelangen. Dass eine Refe-
rentenaudienz durchgeführt wurde, anerkennt die Klägerin – damals lagen im-
merhin ihre Klageschrift von 422 Seiten und sechzehn Ordner Beilagen vor, und
die verbesserte Klageantwort im Umfang von 495 Seiten und fünf Ordnern Beila-
gen. Der Beschluss vom 20. Januar 2011, mit welchem die erste Klageantwort zur
Überarbeitung zurückgewiesen wurde (act. 57), fällt dem gegenüber nicht ins
Gewicht.

Die Kritik der Klägerin ist so weit begründet, als die Gebührenverordnung
mehr als eine Verdoppelung der Grundgebühr auch in "Ausnahmefällen" nicht zu-
lässt (§ 4 Abs. 2 GebV OG; die zusätzlich mögliche Erhöhung für Verfahren ohne
Inlandbezug kommt nicht in Frage). Der Fall war aber doch ungewöhnlich auf-
wändig und anspruchsvoll, sodass sich eine Erhöhung der Grundgebühr nicht nur
rechtfertigt, sondern aufdrängt. Das Maximum der zu erhebenden Gebühr liegt
damit bei Fr. 371'044.--. Man kann zwar die höchstmögliche Gebühr nicht einfach
immer damit ausschliessen, dass es ja einen *noch* schwierigen und aufwändige-
ren Fall geben könnte. Allerdings führt schon der Streitwert zu einem hohen An-
satz, und dass in erster Instanz nur sehr beschränkt Beweis erhoben wurde, muss
bei der Bemessung der Gebühr berücksichtigt werden. Die Klägerin hat ferner
Recht damit, dass der Aufwand für das Sichten und Zurückweisen der ersten Kla-
geantwort unnötig war und, wenn er in Rechnung gestellt würde, die Beklagte be-
lasten müsste (§ 66 Abs. 1 ZPO/ZH). Im Ganzen ist das aber ein so untergeord-
neter Punkt, dass dafür nicht eigens eine Erhöhung der Gebühr angezeigt er-
scheint. Eine Gebühr von Fr. 310'000.-- für das Verfahren des Bezirksgerichts ist
angemessen. Die Klägerin bringt gegen die Verlegung der Kosten im Verhältnis
des Obsiegens und Unterliegens zu 1.5% (Beklagte) resp. 98.5% (Klägerin) nichts
vor, ausser dem Punkt der unnötigen Kosten für den Beschluss vom 20. Januar

2011 - wird dieser aber bei der Gebührenbemessung vernachlässigt, entfällt eine Diskussion über seine Verlegung auf die Parteien.

Die Berufung ist damit insoweit gutzuheissen, als die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 310'000.-- zu reduzieren ist.

4.7.2 Die Klägerin beanstandet auch die der Beklagten zugesprochene Prozessentschädigung, für die es "keine Rechtsgrundlage" gebe. Die einfache Gebühr betrage Fr. 171'172.--, die weitschweifige Klageantwort sei wertlos gewesen, und "nur in Ausnahmefällen und eben einschliesslich Beweisabnahme" wäre eine Verdoppelung der Entschädigung möglich (act. 223 Rz. 363 ff., mit einem offenkundigen Verschieb in Rz. 366: "Gerichtsgebühr" statt "Entschädigung").

Die Klägerin verkennt die Bestimmung der einschlägigen Verordnung. Zuerst ist eine einfache Grundgebühr zu bestimmen, welche wie die Klägerin richtig ausrechnet, hier Fr. 171'172.-- beträgt (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie kann bei besonderer Verantwortung oder besonderem Zeitaufwand der Vertretung und bei einem besonders schwierigen Fall um bis zu einem Drittel erhöht werden, hier also auf Fr. 228'229.-- (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Damit sind aber erst das Einarbeiten in den Fall und die erste Rechtsschrift abgegolten (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Dazu kommen die Zuschläge, welche zusammen nicht zu mehr als einer Verdoppelung der (allenfalls um den Drittel erhöhten) Gebühr führen dürfen (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV); der Rahmen ist damit bis Fr. 456'458.-- geöffnet, zuzüglich Mehrwertsteuer bis Fr. 492'975.--.

Das Bezirksgericht setzt die volle Entschädigung auf Fr. 380'000.-- einschliesslich Mehrwertsteuer fest, das sind rund drei Viertel des maximal möglichen Betrages. Die Parteien erstatteten die beidseits umfangreichen Rechtsschriften des zweiten Schriftenwechsels (§ 128 ZPO/ZH) und je eine weitere Eingabe als Stellungnahme zum letzten Schriftsatz des Gegners, nahmen an der Referentenaudienz teil, reichten eine Beweiseingabe ein, nahmen an zwei Tagen an den Einvernahmen von neun resp. zwei Zeugen teil und erstatten ihre Stellungnahmen zum Beweisergebnis. Eine unverkürzte Entschädigung von Fr. 380'000.--

einschliesslich Mehrwertsteuer ist ohne Weiteres angemessen. Die Reduktion auf 97% wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt.

In diesem Punkt ist die Berufung nicht begründet.

5. Die Kostenfolgen der Berufung sind nach analogen Regeln wie im erstinstanzlichen Verfahren zu regeln. Der Streitwert in der Sache beträgt vor Obergericht noch Fr. 19'709'109.35. Grundsätzlich zählen die Verfahrenskosten nicht zum Streitwert (Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO), und das gilt auch für die Berufung – was deren Kosten und die allfällige Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren angeht. In einer selbständigen Kostenbeschwerde (Art. 110 ZPO) bildet der streitige Betrag allerdings gleichwohl den massgeblichen Streitwert. Nicht anders muss es sein, wenn nicht nur die Sache, sondern daneben auch die Kostenfolgen eines erstinstanzlichen Urteils angefochten werden. Zum Streitwert von rund Fr. 19,709 Mio. ist daher hinzuzurechnen, was die Klägerin an den Kostenfolgen des Bezirksgerichts beanstandet: Fr. 304'500.-- Anteil Gerichtskosten und Fr. 197'600.-- bei der Entschädigung. Zusammen beträgt der Streitwert vor Obergericht also rund Fr. 20'211'000.--. Die gestützt darauf errechnete ordentliche Gebühr beträgt Fr. 171'800.-- (§ 4 GebV OG). Die Sache war umfangreich und anspruchsvoll, andererseits konnte ohne Berufungsantwort entschieden werden. Angemessen ist eine Entscheidgebühr von Fr. 160'000.--; Barauslagen fielen nicht an.

Die Kosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verlegen (Art. 106 ZPO). Die Klägerin unterliegt fast vollumfänglich, sie obsiegt immerhin mit der Herabsetzung der erstinstanzlichen Entscheidgebühr um einen Betrag von Fr. 180'000.--. Das ist weniger als ein Prozent des Streitwertes, und der Aufwand für diesen Teil des Entscheides war sehr bescheiden. Es rechtfertigt sich, der Klägerin die Kosten im vollen Umfang aufzuerlegen.

Eine Parteientschädigung ist der Beklagten nicht zuzusprechen, da sie sich am Berufungsverfahren nicht zu beteiligen hatte.

Es wird erkannt:

1. Die Gebühr für das Verfahren des Bezirksgerichts (Dispositiv Ziff. 2, zweite Zeile) wird herabgesetzt auf Fr. 310'000.--. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, so weit darauf eingetreten werden kann, und wird das angefochtene Urteil bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 160'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsbegründung act. 223, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Berufung beträgt rund Fr. 20'211'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Hinden

versandt am: