



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Andreas Bertet, Ruedi Kessler und Daniel W. Schindler sowie der Gerichtsschreiber Dario König

Beschluss und Urteil vom 15. Dezember 2022

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren gemäss Klage:

(act. 1 S. 2 f.)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'418'535.15 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 843'134.90 seit 10. Dezember 2018, auf CHF 682'940.95 seit 10. März 2019, auf CHF 130'310.75 seit 10. April 2019, auf CHF 45'791.30 seit 10. Mai 2019, auf CHF 1'370'344.00 seit 8. September 2019, auf CHF 103'016.90 seit 11. Juni 2019, auf CHF 53'152.20 seit 11. Juni 2019, auf CHF 32'298.75 seit 10. Juli 2019, auf CHF 4'494.75 seit 10. August 2019, auf CHF 63'498.95 seit 10. August 2019, auf CHF 4'040.85 seit 10. August 2019, auf CHF 45'319.85 seit 10. August 2019 und auf CHF 40'190.95 seit 11. September 2019.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 13'381.72 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 1'726.03 seit 15. November 2018, auf CHF 3'616.44 seit 15. Dezember 2018, auf CHF 315.70 seit 4. April 2019, auf CHF 312.35 seit 4. April 2019, auf CHF 1'499.40 seit 4. April 2019, auf CHF 103.57 seit 4. April 2019, auf CHF 55.77 seit 17. April 2019, auf CHF 75.21 seit 17. April 2019, auf CHF 1'010.56 seit 17. April 2019, auf CHF 8.74 seit 17. April 2019, auf CHF 635.28 seit 4. April 2019, auf CHF 458.64 seit 4. April 2019, auf CHF 311.31 seit 4. April 2019, auf CHF 118.83 seit 4. April 2019, auf CHF 80.33 seit 4. April 2019, auf CHF 2'044.86 seit 4. April 2019, auf CHF 49.71 seit 17. April 2019, auf CHF 279.05 seit 17. April 2019, auf CHF 42.67 seit 4. April 2019, auf CHF 71.17 seit 4. April 2019, auf CHF 123.58 seit 4. April 2019, auf CHF 22.04 seit 17. April 2019, auf CHF 18.54 seit 17. April 2019 und auf CHF 401.94 seit 17. April 2019.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 29 S. 2 f.)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'418'958.20 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 843'134.90 seit 10. Januar 2019, auf CHF 682'940.95 seit 12. März 2019, auf CHF 130'310.75 seit 12. April 2019, auf CHF 45'791.30 seit 10. Juni 2019, auf CHF 1'370'344.00 seit 10. August 2019 (eventuell: 12. September 2019), auf CHF 103'016.90 seit 10. Juni 2019 (eventuell: 12. Juni 2019), auf CHF 53'152.20 seit 10. Juni 2019 (eventuell: 12. Juni 2019), auf CHF 32'298.75 seit 10. August 2019, auf CHF 4'494.75 seit 9. September 2019, auf CHF 63'498.95 seit 9. September 2019, auf CHF 4'040.85 seit 9. September 2019, auf CHF 45'319.85 seit 9. September 2019 und auf CHF 40'190.95 seit 10. Oktober 2019.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 12'616.46 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 1'652.80 seit 15. November 2018, auf CHF 3'555.55 seit 15. Dezember 2018, auf CHF 282.50 seit 4. April 2019, auf CHF 311.35 seit 4. April 2019, auf CHF 1'308.50 seit 4. April 2019, auf CHF 103.20 seit 4. April 2019, auf CHF 46.65 seit 17. April 2019, auf CHF 75.30 seit 17. April 2019, auf CHF 1'011.56 seit 17. April 2019, auf CHF 8.75 seit 17. April 2019, auf CHF 632.90 seit 4. April 2019, auf CHF 456.90 seit 4. April 2019, auf CHF 310.15 seit 4. April 2019, auf CHF 118.40 seit 4. April 2019, auf CHF 80.05 seit 4. April 2019, auf CHF 2'037.20 seit 4. April 2019, auf CHF 37.80 seit 17. April 2019, auf CHF 280.00 seit 17. April 2019, auf CHF 43.25 seit 4. April 2019, auf CHF 72.15 seit 4. April 2019, auf CHF 125.30 seit 4. April 2019, auf CHF 11.35 seit 17. April 2019, auf CHF 9.55 seit 17. April 2019 und auf CHF 45.30 seit 17. April 2019.

Eventuell zu Ziff. 2 oben: Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 8'175.80 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 243.05 seit 15. November 2018, auf CHF 1'944.45 seit 15. Dezember 2018, auf CHF 252.40 seit 4. April 2019, auf CHF 147.00 seit 4. April 2019, auf CHF 705.60 seit 4. April 2019, auf CHF 65.65 seit 4. April 2019, auf CHF 36.80 seit 17. April 2019, auf CHF 59.35 seit 17. April 2019, auf CHF 797.65 seit 17. April 2019, auf CHF 6.90 seit 17. April 2019, auf CHF 616.60 seit 4. April 2019, auf CHF 444.80 seit 4. April 2019, auf CHF 301.90 seit 4. April 2019, auf CHF 115.25 seit 4. April 2019, auf CHF 77.90 seit 4. April 2019, auf CHF 1'983.10 seit 4. April 2019, auf CHF 37.80 seit 17. April 2019, auf CHF 131.25 seit 17. April 2019, auf CHF 25.65 seit 4. April 2019, auf CHF 42.75 seit 4. April 2019, auf CHF 74.25 seit 4. April 2019, auf CHF 11.35 seit 17. April 2019, auf CHF 9.55 seit 17. April 2019 und auf CHF 45.30 seit 17. April 2019.

3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Überblick

Sachverhalt und Verfahren	6
A. Sachverhaltsübersicht.....	6
a. Parteien	6
b. Prozessgegenstand	6
B. Prozessverlauf	7
Erwägungen	9
1. Formelles	9
1.1. Zuständigkeit	9
1.2. Klageänderung in der Replik	9
1.3. Teilweise Klageanerkennung	10
2. Materielles.....	16
2.1. Verrechnungserklärung in der Klageantwort	16
2.2. Anerkennungen und Verrechnungseinwendungen in der Duplik	18
2.3. Rechtsbegehren Ziff. 1: Ausmass.....	21
2.3.1. Unbestrittener Sachverhalt	21
2.3.2. Streitpunkte	24
2.3.3. Rechtliches	25
2.3.4. Würdigung	28
2.4. Rechtsbegehren Ziff. 1: Zuschläge für Samstagsarbeit.....	44
2.4.1. Streitpunkte	44
2.4.2. Würdigung	45
2.5. Rechtsbegehren Ziff. 1: Verzugszins.....	46
2.5.1. Ausgangslage.....	46
2.5.2. Unbestrittener Sachverhalt	46
2.5.3. Streitpunkte	48
2.5.4. Rechtliches	49
2.5.5. Würdigung	50
2.6. Rechtsbegehren Ziff. 2	54
2.6.1. Streitpunkte	54
2.6.2. Rechtliches	55
2.6.3. Würdigung	55
3. Zusammenfassung.....	59
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	60
4.1. Gerichtskosten.....	60
4.2. Parteientschädigungen.....	61

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie betreibt eine Bauunternehmung, plant und führt Bauarbeiten aller Art im Hoch- und Tiefbau aus (act. 3/6; act. 1 N 14).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Ihr Zweck besteht in der Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, Bewirtschaftung, Vermietung und Vermittlung von Liegenschaften sowie der Planung und Ausführung von Neu- und Umbauten, insbesondere als Total- oder Generalunternehmung (act. 3/7; act. 1 N 15).

b. Prozessgegenstand

Die E._____ AG beauftragte die Beklagte als Totalunternehmerin mit der Erstellung des Projektes "F._____" in ... G._____, einem Hochhaus mit Ladengeschäften im Erdgeschoss, einem Hotel in den vier Sockelgeschossen und 100 Eigentumswohnungen auf weiteren elf Stockwerken (Türme A, B, C und D) auf dem ehemaligen H._____-Areal (Klägerin: act. 1 N 16 und act. 29 N 5; Beklagte: act. 17 N 5). Zwecks Ausführung der Baumeisterarbeiten schloss die Beklagte mit der Klägerin einen (Subunternehmer-)Werkvertrag (Klägerin: act. 1 N 9; Beklagte: act. 17 N 6, 9, 11). Die Parteien vereinbarten – mit wenigen Ausnahmen – die Abrechnung der Leistungen nach Menge und Einheitspreisen, wobei die Mengen nach tatsächlichem Ausmass "*mit Ausmassurkunde nach Art. 142 SIA-Norm 118*" (Ziff. 7.1 Vergabeverhandlungsprotokoll vom 27. Februar/21. März 2017, act. 3/2; nachfolgend: "VVP") zu ermitteln waren (Klägerin: act. 1 N 32 und act. 29 N 18; Beklagte: act. 17 N 12, 17 und act. 40 N 5, 39, 91, 213).

Der vorliegende Streit dreht sich betragsmässig im Wesentlichen um das Ausmass. Die Klägerin fordert als Teil des Rechtsbegehrens Ziff. 1 unter dem Titel Ausmass einen Restbetrag von rund CHF 3.1 Mio. Darüber hinaus macht die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1 Ansprüche geltend für geleistete Sams-

tagsarbeit, für unbezahlt gebliebene Bestellungenänderungen/Nachträge und für unbezahlt gebliebene Regiearbeiten. Schliesslich bringt sie vor, dass die Beklagte zahlreiche Rechnungen zu spät bezahlt habe, weshalb sie die erhaltenen Zahlungen zuerst auf den aufgelaufenen Verzugszins angerechnet habe. Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 2 macht sie folglich die Restbeträge aus den fraglichen Rechnungen (zuzüglich Verzugszins) geltend.

B. Prozessverlauf

Am 13. März 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage rechts-hängig (act. 1). Mit Verfügung vom 17. März 2020 (act. 4) wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und diese samt Beilagen der Beklagten zugestellt. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 55'000.– zu leisten. Die Klägerin leistete den Vorschuss fristgerecht (vgl. act. 6). Mit Verfügung vom 25. März 2020 (act. 7) wurde der Beklagten Frist zu Einreichung einer schriftlichen Klageantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 16. Juni 2020 ersuchte die Beklagte um Erstreckung dieser Frist bis am 13. Juli 2020 (act. 9). Mit Verfügung vom 17. Juni 2020 (act. 14) wurde dieses Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und der Beklagten eine einmalige, kurze Nachfrist bis zum 14. Juli 2020 angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen. Mit Eingabe vom 14. Juli 2020 reichte die Beklagte sodann ihre Klageantwort ein (act. 17). Mit Verfügung vom 16. Juli 2020 (act. 19) wurde der Klägerin die Klageantwort zugestellt und die Leitung des Verfahrens an Obergerichtsinstitutleiterin lic. iur. Noëlle Kaiser Job als Instruktionsrichterin delegiert. Anlässlich einer Vergleichsverhandlung am 27. Oktober 2020 konnten die Parteien keine Einigung erzielen, weshalb der Klägerin mit Verfügung vom 29. Oktober 2020 (act. 22) Frist zur Erstattung ihrer Replik angesetzt wurde. Mit Eingabe vom 15. März 2021 (act. 29) reichte die Klägerin innert erstreckter Frist (vgl. act. 24 und act. 26) ihre Replik ein. Einige Replikbeilagen (act. 31/123-146,156,158,180,192,194-204,206,208,216) wurden aufgrund ihrer Grösse bzw. ihres Umfangs nur elektronisch auf USB-Sticks eingereicht. Mit Verfügung vom 18. März 2021 (act. 32) wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt. Mit Eingabe vom 30. August 2021 (act. 40) reichte die Beklagte innert erstreckter Frist (vgl.

act. 34 und act. 37) ihre Duplik ein. Auch einige Duplikbeilagen (act. 41/1,19,33,47,49) wurden aufgrund ihrer Grösse bzw. ihres Umfangs lediglich elektronisch auf USB-Sticks eingereicht. Mit Verfügung vom 13. September 2021 (act. 43) wurde der Klägerin die Duplik samt Beilagen unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt.

Mit Eingabe vom 24. September 2021 (act. 45) ersuchte die Klägerin um Ansetzung einer Frist, um zur Duplik Stellung zu nehmen. Mit Schreiben der Instruktionsrichterin vom 28. September 2021 (act. 46) wurde den Parteien mitgeteilt, dass eine solche Frist zu einem späteren Zeitpunkt angesetzt würde, falls die Duplik aus Sicht des Gerichts entscheidrelevante neue Vorbringen enthalte. Der Klägerin sei es unbenommen, ihr Replikrecht im Sinne der Rechtsprechung auch ohne Fristansetzung wahrzunehmen. Mit Eingabe vom 11. November 2021 (act. 47) reichte die Klägerin eine Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom 29. November 2021 (act. 48) nahm die Beklagte dazu ihrerseits Stellung. Mit Verfügung vom 3. Juni 2022 (act. 49) wurde der Klägerin diese Eingabe zugestellt und ihr Frist angesetzt, um zu den voraussichtlich entscheidrelevanten neuen Vorbringen der Beklagten in der Duplik Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 7. Juli 2022 (act. 51) reichte die Klägerin ihre Stellungnahme ein.

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2022 (act. 52) wurde der Beklagten die klägerische Stellungnahme vom 7. Juli 2022 (act. 51) mit dem Bemerkens zur Kenntnisnahme zugestellt, dass darin nach derzeitiger Einschätzung des Gerichts keine entscheidrelevanten neuen Vorbringen enthalten seien. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie – unter Vorbehalt eines allfälligen Beweisverfahrens – auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) verzichten. Mit Schreiben vom 4. November 2022 (act. 54) teilte die Klägerin mit, dass sie auf eine Hauptverhandlung nicht verzichte. Mit Eingabe vom 10. November 2022 (act. 55) teilte die Beklagte mit, dass sie auf eine Hauptverhandlung verzichte, und nahm zur klägerischen Eingabe vom 7. Juli 2022 Stellung. Mit Schreiben vom 14. November 2022 (act. 56) wurde den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers mitgeteilt und auf den 15. Dezember 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Am 2. Dezember

2022 wurde der Klägerin das Doppel von act. 55 mit dem Bemerken zugestellt, dass sie dazu soweit nötig an der Hauptverhandlung Stellung nehmen könne (Prot. S. 24). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 15. Dezember 2022 hielten die Parteien ihre Parteivorträge. Es wurden keine relevanten Noven vorgebracht (Prot. S. 25 ff.; act. 59 und act. 60).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbinger sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit ist vorliegend zu Recht unbestritten geblieben (Art. 17 ZPO; act. 3/1 S. 2; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V. mit § 44 lit. b GOG).

1.2. Klageänderung in der Replik

Wie sich den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren der Klägerin entnehmen lässt, hat diese im Rahmen ihrer Replik ihr Rechtsbegehren Ziff. 1 um CHF 423.05 erhöht und ihr Rechtsbegehren Ziff. 2 um CHF 765.26 reduziert und mit einem Eventualbegehren ergänzt.

Zur Erhöhung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 äussert sich die Klägerin in ihrer Replik (act. 29) und auch in ihren nachfolgenden Eingaben nicht konkret. Die in den Randnoten 108, 667, 672 und 674 der Replik genannten Forderungsbeträge ergeben den Betrag gemäss ursprünglichen Rechtsbegehren Ziff. 1 (CHF 3'418'535.15). In den Randnoten 446 f. bzw. 449 (CHF 46.25), 514 f. (CHF 82.05), 560 f. (CHF 304.70) und 664 (CHF 6.75) der Replik schildert die Klägerin hingegen Fehler in ihrem Ausmass (falsche Einheitspreise bzw. "*Rundungsdifferenzen*"), wodurch sich der Forderungsbetrag jeweils erhöhe. Die ge-

nannten Beträge ergeben allerdings eine Summe von CHF 439.75, welche nicht mit der Erhöhung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 übereinstimmt. Wie es sich mit dieser Differenz verhält, kann angesichts der nachstehenden Erwägungen offenbleiben. Es liegt jedenfalls eine zulässige Klageänderung vor, da die Verfahrensart gleich bleibt, der sachliche Zusammenhang offensichtlich gegeben ist und die Beklagte im Übrigen gegen die Änderung nichts eingewendet hat (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

Was die Reduktion des Rechtsbegehrens Ziff. 2 anbelangt, erwähnt die Klägerin einzig in Randnote 906 der Replik den "*angepassten Forderungsbetrag*", äussert sich allerdings zur konkreten Änderung auch in der mittels Verweisung angegebenen Ziff. 15.4.1 ihrer Replik (N 727 ff.) nicht. Der dort vorgetragenen Begründung lässt sich immerhin entnehmen, dass die Reduktion durch eine geringfügig von der Klagebegründung abweichende Berechnung des Zinsenlaufs in Bezug auf jeden einzelnen Anspruch zustande kommt. Die Klage ist demnach im Umfang der Reduktion von CHF 765.26 als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO; BGer-Urteil 4A_396/2021 vom 2. Februar 2022 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Ergänzung des Rechtsbegehrens Ziff. 2 mit einem Eventualbegehren ist zulässig.

1.3. Teilweise Klageanerkennung

1.3.1. Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort die vollumfängliche Abweisung der Klage, soweit sie von ihr "*nachfolgend*" nicht anerkannt werde. Sie führte aus, dass sie unter dem Vorbehalt ihrer Verrechnungsforderungen anerkenne, der Klägerin unter dem Titel Ausmass die Differenz zwischen der "*massgebenden Preisabrede bzw. dem Vorausmass*" im Umfang von CHF 11'780'399.69 (exkl. MwSt.) und den bereits geleisteten Akontozahlungen im Umfang von CHF 10'782'394.38 (exkl. MwSt.), CHF 11'612'638.75 (inkl. MwSt.), somit CHF 998'005.31 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 1'074'851.72 (inkl. MwSt.), zu schulden (act. 17 N 34). Darüber hinaus anerkannte die Beklagte zwei weitere klägerische Vergütungsansprüche, nämlich CHF 71'555.05 (inkl. MwSt.) für Beststellungsänderungen und Nachträge sowie CHF 130'770.80 (inkl. MwSt.) für Regiearbeiten (act. 17 N 154 ff., 242). In der Duplik reduzierte die Beklagte diese "Anerkennung". Sie

machte geltend, beim Verfassen der Klageantwort einem Irrtum unterlegen zu sein (act. 40 N 34). Erst im Rahmen der Ausarbeitung der Duplik habe sie bemerkt, dass von der Klägerin gemäss deren Schlussermass vom 30. April 2019 (act. 3/48) unter mehreren Leistungspositionen gemäss Leistungsverzeichnis keine oder weniger Mengen geleistet worden seien. Der Gesamtbetrag der Minderungen belaufe sich auf CHF 3'801'915.50 brutto (act. 40 N 32), weshalb sie den anerkannten Betrag auf die geleisteten Akontozahlungen von CHF 10'782'395.38 (exkl. MwSt.; act. 40 N 18, 29, 34 und 36; CHF 11'612'638.75 inkl. MwSt.) bzw. CHF 9'385'296.25 (act. 40 N 32, 35: vgl. zum diesbezüglichen Widerspruch Erw. 2.2) reduziere.

1.3.2. Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich bei der Äusserung der Beklagten in deren Klageantwort um eine Klageanerkennung i.S.v. Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO. Auf diese könne nicht zurückgekommen werden. Selbst wenn man der Lehrmeinung folge, welche einen Widerruf als möglich erachte, habe die Beklagte einen Willensmangel nicht substantiiert dargelegt (act. 47 S. 1 f.; act. 51 N 4 ff.).

1.3.3. Eine Klage kann ganz oder teilweise anerkannt werden, wobei seitens der anerkennenden Partei die Dispositionsfähigkeit (vgl. Art. 58 ZPO) über die Streit-sache vorausgesetzt ist (GSCHWEND JULIA / STECK DANIEL, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 241 N 9, 29 und 31; KILLIAS LAURENT, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 241 N 20; KRIECH MARKUS, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016, Art. 241 N 8). Die Klageanerkennung muss sich auf das Rechtsbegehren oder auf einen Teil des Rechtsbegehrens des Prozessgegners beziehen (BGE 141 III 489 ff. E. 9.3; BGer-Urteil 5A_340/2021 vom 16. November 2021 E. 4.2). Keine Klageanerkennung liegt entsprechend vor, wenn sich das Zugeständnis nur auf einzelne Tatsachen bezieht (BGer-Urteile 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 1.2, 5A_774/2017 vom 12. Februar 2018 E. 4.4.1 und 6B_936/2019 vom 20. Mai 2020 E. 7.4.1). Die Klageanerkennung ist eine prozesserledigende einseitige Parteierklärung zuhanden des Gerichts. Sie ist sowohl zivilrechtlicher als auch prozessrechtlicher Natur (GSCHWEND / STECK, a.a.O., Art. 241 N 30 mit Hinweisen) und

hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO), weshalb sie grundsätzlich bedingungsfeindlich ist (GSCHWEND / STECK, a.a.O., Art. 241 N 13; KRIECH, a.a.O., Art. 241 N 14; LEUMANN LIEBSTER PASCAL, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016, Art. 241 N 19) und klar bzw. unmissverständlich geäussert werden muss (GSCHWEND / STECK, a.a.O., Art. 241 N 15; KRIECH, a.a.O., Art. 241 N 12). Das Gericht schreibt das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Art. 241 Abs. 1 ZPO umschreibt die geltenden Formvorschriften. Auch wenn im Gesetz nicht explizit genannt, steht es den Parteien offen, eine entsprechende Erklärung dem Gericht auch schriftlich einzureichen. Die Klageanerkennung ist in diesem Fall von der jeweils die Erklärung abgebenden Partei zu unterzeichnen (GSCHWEND / STECK, a.a.O., Art. 241 N 12; KILLIAS, a.a.O., Art. 241 N 23; LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., Art. 241 N 13).

1.3.4. Die zu beurteilenden Äusserungen der Beklagten erfolgten im Rahmen ihrer Klageantwort. Die Formvorschriften für eine Klageanerkennung sind ohne Weiteres erfüllt, weshalb das Rechtsbegehren und die Begründung auszulegen sind. Ersteres ist insofern unklar, als sich eine "*vollumfängliche*" Abweisung und eine teilweise Anerkennung ("*insoweit*") nicht miteinander in Einklang bringen lassen. Nach unmissverständlicher, von der Beklagten in ihrer Begründung zur Klageantwort geäusselter Ansicht stand der Klägerin "unter dem Titel Ausmass", worunter der im Werkvertrag vereinbarte Leistungsumfang verstanden wurde, die gestützt auf das Leistungsverzeichnis bzw. das *Vorausmass* berechnete Vergütung zu. Davon brachte die Beklagte die geleisteten Akontozahlungen in Abzug. Aus den weiteren Ausführungen der Beklagten erhellt, dass dieser Standpunkt ihrer Qualifikation der werkvertraglichen Vergütungsabrede entsprang: Die Beklagte machte geltend, die Parteien hätten sich auf einen "*Werkpreis*" von CHF 11'780'399.69 (exkl. MwSt.) geeinigt (act. 17 N 13 f., 16) und stimmte der Klägerin insoweit zu, als diese gestützt auf Ziff. 7.1 VVP eine Abrechnung nach Menge und Einheitspreisen und dem tatsächlichen Ausmass behauptete (act. 17 N 17). Sie wandte allerdings ein, diese Abrede sei in Ziff. 2.2 VVP und Ziff. 5.4 der "*Projektspezifischen Bedingungen der B._____ AG für das Projekt N-1143-0154 F._____, G._____, Stand Oktober 2016*" (act. 3/5; nachfolgend: "PSB") insofern

abgeändert worden, als die Klägerin das Risiko allfälliger "*Abweichungen bei den Mengenangaben und Ausmassen*" tragen sollte und ein über den "*Werkpreis*" (gemeint: Vergütung gemäss Vorausmass) hinausgehender Vergütungsanspruch der Klägerin eine zusätzliche, schriftliche Parteivereinbarung vorausgesetzt hätte (act. 17 N 18 f.). Vor diesem Hintergrund bestritt die Beklagte bereits in der Klageantwort einen klägerischen Anspruch auf "*Mehrvergütung*" mangels Einhaltung der diesbezüglich vereinbarten Vereinbarungs- und Schriftlichkeitsvorbehalte (act. 17 N 21 ff.). Gleichzeitig machte die Beklagte diverse Gegenforderungen "*in Höhe von vorerst mindestens CHF 546'588.60*" geltend und erklärte, diesen Betrag "*hiermit einredeweise zur Verrechnung*" zu bringen (act. 17 N 8), was sich auch auf die grundsätzlich unbestrittenen Ansprüche aus Beststellungsänderungen, Nachträgen und Regie bezog (vgl. act. 17 N 242 f.). Ausführungen zu diesen Gegenforderungen erfolgten anschliessend unter dem Titel "*Gegenforderungen / Verrechnung*" (act. 17 N 184 ff.). In den Randnoten 214 und 244 erklärte die Beklagte nochmals, den Betrag von CHF 546'588.60 einredeweise zur Verrechnung zu bringen. In Randnote 245 fasste die Beklagte zusammen, dass der Klägerin "*vorläufig*" CHF 730'588.97 zustehen würden. Dieser Betrag resultierte aus dem nach Ansicht der Beklagten bestehenden, klägerischen Anspruch von CHF 1'277'177.57, abzüglich der behaupteten Verrechnungsforderungen von einstweilen CHF 546'588.60.

1.3.5. Daraus folgt, dass sich die von der Beklagten geäusserte Anerkennung im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf das klägerische Rechtsbegehren bezieht: Die Beklagte gestand der Klägerin zwar im Grundsatz einen Vergütungsanspruch zu, anerkannte indessen nicht unmissverständlich ihre diesbezügliche Leistungspflicht, was Voraussetzung für eine das Verfahren beendende Klageanerkennung bildet (vgl. dazu insbesondere das BGer-Urteil 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 1.2). Die Anerkennung erfolgte explizit unter dem Vorbehalt von Verrechnungsforderungen. Diese bezifferte die Beklagte mit "*vorerst mindestens*" CHF 546'588.60 (act. 17 N 8). Die Anerkennung erfolgte damit nicht nur hinsichtlich der CHF 546'588.60 unter Vorbehalt, sondern auch mit Bezug auf einen noch nicht näher bestimmten Restbetrag. Es liegt folglich keine klare und unmissverständliche Anerkennung des klägerischen Rechtsbegehrens

und damit keine Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO vor, sondern nur – aber immerhin – ein tatsächliches Zugeständnis.

1.3.6. Im Zusammenhang mit der von der Klägerin aufgeworfenen Frage, ob die Beklagte auf dieses zurückkommen durfte, ist vorab in prozessualer Hinsicht festzuhalten, dass die Parteien nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung im ordentlichen Verfahren zweimal die Möglichkeit haben, sich unbeschränkt zur Sache zu äussern (BGE 144 III 67 ff. E. 2.1 f.; BGE 143 III 297 ff. E. 6.6; BGE 140 III 312 ff. E. 6.3.2.3). Aus dieser unbeschränkten doppelten Äusserungsmöglichkeit folgt, dass die Parteien in ihrem zweiten unbeschränkten Sachvortrag vorbehaltlos neue Tatsachen und Beweismittel und damit auch neue *Bestreitungen* in das Verfahren einbringen können (BGer-Urteil 4A_498/2019 vom 3. Februar 2020 E. 1.5; vgl. auch BGE 147 III 475 ff. E. 2.3.3.6 und HG190086 vom 20. Oktober 2021 E. 2.3.1.5.3), ohne einen Willensmangel nachweisen zu müssen. Die Beklagte konnte damit unter rein prozessualen Gesichtspunkten in ihrer Duplik auf ihr in der Klageantwort geäussertes Zugeständnis zurückkommen und den Vergütungsanspruch bzw. die zugrunde liegenden Leistungen neu vollumfänglich bestreiten. Fraglich und nachfolgend zu klären ist daher in prozessualer Hinsicht einzig, ob es sich bei geänderten beklagischen Argumentation um neue Bestreitungen im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung handelt, welche die Klägerin ihrerseits zum Vorbringen neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel berechtigte.

1.3.7. Neu ist die Bestreitung der Beklagten selbstredend nur dann, wenn sie nicht bereits in der Klageantwort geäussert wurde. Das genannte Zugeständnis der Beklagten (act. 17 N 34) erfolgte vor dem Hintergrund ihres Hauptstandpunkts, wonach sie das klägerische Ausmass (act. 17 N 7, 15 f., 26, 39, 79, 249) und jedwelche, von der Klägerin geltend gemachten Mehrmengen gegenüber dem im Sinne eines Kostendachs verbindlichen Vorausmass mit der Begründung bestritt, der diesbezügliche Vergütungsanspruch scheitere bereits an der mangelnden Anzeige bzw. Offertstellung durch die Klägerin bzw. an der fehlenden schriftlichen Vereinbarung (act. 17 N 24, 29 f.); die Klägerin trage nach der vertraglichen Vereinbarung das Risiko allfälliger Abweichungen bei den Ausmassen

(act. 17 N 24). Als Eventualstandpunkt liess die Beklagte vortragen, dass sie das klägerische Ausmass nicht anerkannt habe (act. 17 N 35 ff.). Für den Fall, dass von einer Anerkennung der klägerischen Ausmasse ausgegangen würde, machte die Beklagte im Subeventualstandpunkt geltend, dass das Schlussausmass falsch sei. Sie bestritt demnach die Richtigkeit des klägerischen Schlussausmasses (act. 17 N 81 ff.) und versuchte mittels Ausführungen zu verschiedenen Positionen den Gegenbeweis anzutreten (act. 17 N 85 ff.). Anschliessend brachte die Beklagte vor, dass das tatsächliche Ausmass nicht mehr aufgenommen werden könne, weshalb die Klägerin das plangemässe theoretische Ausmass darzulegen und zu beweisen habe (act. 17 N 136 ff.). Es folgte eine ausführliche Bestreitung der "Schlussabrechnung Arbeitsgerüste" (act. 17 N 143 ff.) sowie der von der Klägerin geltend gemachten Entschädigung für Samstagarbeit (act. 17 N 161 ff.).

1.3.8. Aus der Argumentation in der Klageantwort sowie den expliziten Bestreitungen in den Randnoten 15 f., 26, 79, 249 ergibt sich unmissverständlich, dass die Beklagte das behauptete *tatsächliche Ausmass*, auf welches die Klägerin ihre Klage stützt, bestreitet. Aus dem Umstand, dass die Beklagte im Subeventualstandpunkt bezüglich einiger Ausmasspositionen den Gegenbeweis anzutreten versuchte, kann entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 29 N 85) nicht geschlossen werden, dass die Beklagte alle übrigen Positionen anerkannt hätte. Das vorliegend interessierende Zugeständnis der Beklagten *bestritt die Klägerin* in ihrer Replik denn auch unter Verweisung auf ihre eigenen Ausführungen zur werkvertraglichen Preisabrede (act. 29 N 819). Die klägerische Begründung der Forderung blieb vom Zugeständnis der Beklagten mithin unberührt. Dies ist folgerichtig, weil das Zugeständnis der Beklagten zwar den klägerischen Vergütungsanspruch aus demselben Werkvertrag der Parteien betraf, aber keine Anerkennung einer diesbezüglichen klägerischen Tatsachenbehauptung beinhaltete. Der von der Beklagten zugestandene Betrag gründete (allein) auf dem *Vorausmass* und stand in keinem Zusammenhang zur Argumentation der Klägerin, welche die Erbringung der in ihren Ausmassurkunden aufgeführten Leistungen und einen daraus abgeleiteten Vergütungsanspruch zufolge Stillschweigens bzw. unterbliebener Ausmassprüfung seitens der Beklagten geltend machte. Diese Argumentation behielt die Klägerin auch in der Replik bei. Sie vertrat wiederum den Hauptstandpunkt,

die Beklagte habe *die klägerischen Ausmasse* bzw. Vergütungsforderungen vorprozessual infolge Stillschweigen nach Erhalt bzw. infolge Säumnis bei der Ausmassprüfung vollständig anerkannt, weshalb die entsprechende Vergütung geschuldet sei. Im Eventualstandpunkt (vgl. act. 29 N 56) machte die Klägerin geltend, die im Rahmen der vorprozessualen Vergleichsgespräche erfolgten Ausmassprüfungen der Beklagten hätten stets zu einem Betrag von CHF 12'731'969.45 netto exkl. MwSt. geführt, woraus sich im Vergleich zum Ausmass der Klägerin (CHF 13'672'564.18 netto exkl. MwSt.) eine Übereinstimmung von 93.1% ergebe. Im Rahmen ihres Eventualstandpunktes äusserte sich die Klägerin sodann zu den übrigen Ausmasspositionen ("6.9%") bzw. denjenigen Positionen, welche die Beklagte nach Ansicht der Klägerin im Rahmen der Vergleichsgespräche oder in der Klageantwort beanstandet hatte (act. 29 N 85 und N 108-666). Auf die vorprozessuale Ausmassprüfung und eine allfällige, in diesem Zusammenhang erfolgte (Schuld-) Anerkennung durch die Beklagte wird nachfolgend zurückzukommen sein. Festzuhalten ist jedenfalls, dass das klägerische Ausmass als Grundlage der eingeklagten Forderung schon in der Klageantwort bestritten wurde und grundsätzlich nach wie vor strittig (und beweisbedürftig, vgl. dazu Erw. 2.3.4 nachstehend) ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

2. Materielles

2.1. Verrechnungserklärung in der Klageantwort

2.1.1. In ihrer Klageantwort erklärte die Beklagte – wie ausgeführt – über einen Teil des anerkannten Vergütungsanspruchs, nämlich den Betrag von "vorerst mindestens" CHF 546'588.60, im Hauptstandpunkt Verrechnung. Die Verrechnungserklärung löst – nach materiellem Recht – die Verrechnungswirkung aus; die Einwendung der Verrechnung im Prozess macht – nach den Regeln des Prozessrechts – die Frage der Verrechnung zum Prozessgegenstand. Die Verrechnungserklärung und die prozessuale Geltendmachung können wie vorliegend uno actu erfolgen und zeitlich zusammentreffen, aber auch auseinanderfallen (BGer-Urteile 5A_748/2015 vom 3. August 2016 E. 3.4.1 und 4A_290/2007 vom 10. Dezember 2007 E. 8.3.1 unter Hinweis auf BGE 63 II 133 ff. E. 3b). Es war der Beklagten nach den vorstehend dargelegten prozessualen Regeln unbenommen, in

der Duplik auf ihre Verrechnungseinwendung zurückzukommen und sie zurückzuziehen oder aber die Verrechnung nur noch im Eventualstandpunkt für den Fall einzuwenden, dass die Klägerin mit ihrer Forderung ganz oder teilweise durchdringen würde.

2.1.2. Sofern eine gültige Verrechnungserklärung vorliegt (dazu sogleich), wird dadurch aber nicht automatisch die materielle Rechtslage beseitigt, welche die Beklagte durch ihre gleichzeitig mit der Verrechnungseinwendung erfolgte Verrechnungserklärung geschaffen und in das vorliegende Verfahren eingeführt hat (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 120-126 OR, Bern 2012, Vierter Teil: Prozessrecht / I.-II., N 130). Diesbezüglich wäre von einem Verzicht auf Einreden auszugehen, soweit diese der Beklagten im fraglichen Zeitpunkt bekannt waren, da die Beklagte die Verrechnungserklärung vortrug, ohne sich gleichzeitig auf Einreden gegen die Klageforderung zu berufen (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 186). Entsprechend hätte die Klageforderung im Umfang der erklärten Verrechnung als anerkannt zu gelten, ohne dass darüber im Prozess noch ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste (BGE 41 II 95 ff. E. 1; ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 206; AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Zürich 1991, Art. 120, F. Verrechnung und Verfahren, N 137).

2.1.3. Aus der Verrechnungserklärung oder aus den Umständen muss allerdings hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist, welche die Hauptforderung tilgen soll. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (BGer-Urteile 4A_601/2013 vom 31. März 2014 E. 3.3, 4A_549/2010 vom 17. Februar 2011 E. 3.3, 4A_82/2009 vom 7. April 2009 E. 2, 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 4.1, nicht publ. in: BGE 131 III 636 ff.). Eine analoge Anwendung von Art. 87 OR fällt entsprechend ausser Betracht (BGer-Urteil 4A_82/2009 vom 7. April 2009 E. 4.1; Urteil HG080288 vom 19. Juli 2011 S. 77 f.).

2.1.4. Die Beklagte brachte in der Klageantwort ihre Forderungen auf dem gesamten (anerkannten) Betrag, welcher sich aus dem Ausmass, Beststellungsände-

rungen/Nachträgen und Regie zusammensetzt, in Abzug (vgl. act. 17 N 242 f.). Sie erklärte somit nicht, welche der mittels objektiver Klagenhäufung eingeklagten Forderungen der Klägerin sie mit ihren Forderungen verrechnen wollte. Folglich war ihre Verrechnungserklärung unvollständig und somit wirkungslos, weshalb sich die Rechtslage gestaltet, wie wenn gar keine Verrechnungserklärung abgegeben worden wäre (AEPLI, a.a.O., Art. 124 N 62). Damit entfällt auch die mit der Verrechnungserklärung einhergehende Anerkennung der Passivforderung.

2.2. Anerkennungen und Verrechnungseinwendungen in der Duplik

2.2.1. Zu klären bleiben demnach Umfang und Wirkung der von der Beklagten in der Duplik in abgeänderter Form vorgetragenen Verrechnungseinwendung. Die Beklagte anerkannte nämlich im Grundsatz auch in der Duplik (act. 40 N 26) noch CHF 71'555.05 (netto, inkl. MwSt.) der von der Klägerin geltend gemachten CHF 72'034.55 (act. 1 N 54 f.; act. 29 N 892) aus Beststellungsänderungen und Nachträgen (Teil des klägerischen Rechtsbegehrens Ziff. 1) sowie Regiearbeiten im Umfang von CHF 130'770.80 (netto, inkl. MwSt.; ebenfalls Teil des klägerischen Rechtsbegehrens Ziff. 1). Nach Ansicht der Beklagten resultiert eine anerkannte Forderung von total CHF 130'770.80 (netto, inkl. MwSt.), was offensichtlich falsch ist, ergeben die anerkannten Beträge doch eine Summe von CHF 202'325.85 (CHF 71'555.05 + CHF 130'770.80). Die Beklagte verwies in der Duplik auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Klageantwort. Aus der Klageantwort ergibt sich klar, dass die Beträge von CHF 71'555.05 und CHF 130'770.80 kumulativ anerkannt werden (act. 17 N 242 mit Verweisungen). Anerkannt ist damit mindestens ein Betrag von CHF 202'325.85.

2.2.2. Die Ausführungen der Beklagten sind sodann auch hinsichtlich der verbleibenden Differenz von CHF 479.50 widersprüchlich. Diese betrifft die Rechnung Nr. 0078 vom 5. Juni 2019 über CHF 4'494.75 (netto inkl. MwSt.) (Klägerin: act. 1 N 52, 54 und act. 29 N 668, 758, 892; Beklagte: act. 17 N 156) und die Frage, ob ein Rabatt von 8% sowie ein allgemeiner Bauabzug von 2.9%, welche zusammen die genannte Differenz ergeben, zu gewähren sind. Die Klägerin verneinte dies unter Hinweis auf die der Rechnung zugrundeliegende Beststellungsänderung Nr. 6. Dieser Nachtrag sehe explizit vor (act. 3/52 S. 35), dass weder ein Rabatt noch

allgemeine Bauabzüge abgezogen würden (act. 1 N 54 f.; act. 29 N 667 ff., 890 ff.). Die Beklagte wandte in der Klageantwort lediglich ein, dass ihr diese Abzüge gemäss Ziff. 7.3.1 i.V.m. 7.2 VVP zustünden (act. 17 N 154 ff., 257), und bestätigte diese Ansicht in N 26 der Duplik. In N 954 liess sie indessen ausführen, "*die Klägerin*" halte am Abzug von CHF 479.50 nicht mehr fest (act. 40 N 954). Aufgrund der Formulierung von N 954 der Duplik wird klar, dass die Beklagte die Parteibezeichnungen verwechselte und am in der Klageantwort geltend gemachten Abzug nicht mehr festhielt. Somit steht diese Randnote in direktem Widerspruch zu N 26 der Duplik. Infolgedessen liegt keine *schlüssige* Bestreitung des klägerischen Anspruchs vor. Im Übrigen fehlt es diesbezüglich auch an einer *substantiierten* Bestreitung, setzt sich die Beklagte doch nicht ansatzweise mit den substantiierten Vorbringen der Klägerin auseinander, weshalb keine Abzüge zu gewähren seien. Somit hat auch der Differenzbetrag von CHF 479.50, somit total CHF 202'805.35, als anerkannt und folglich nicht mehr beweisbedürftig zu gelten.

2.2.3. Ebenfalls widersprüchlich sind die Ausführungen der Beklagten in der Duplik hinsichtlich des klägerischen Anspruchs unter dem Titel "Ausmass" und die vorgetragenen, abgeänderten Verrechnungseinwendungen. So macht die Beklagte – wie bereits ausgeführt – in den Randnoten 18, 29, 34 und 36 von act. 40 explizit geltend, dass sie ihre in der Klageantwort geäusserte Anerkennung der klägerischen Forderung *unter dem Titel Ausmass* auf die geleisteten Akontozahlungen in der Höhe von CHF 10'782'394.38 (exkl. MwSt.; CHF 11'612'638.75 inkl. MwSt.) reduziere und (nur noch) diesen Betrag anerkenne. In Randnote 35 der Duplik führt sie jedoch aus, es werde beim Ausmass und ausgehend vom Betrag gemäss Vorausmass "*lediglich ein um die genannten Minderleistungen reduzierter Forderungsbetrag von CHF 9'385'296.25 (brutto) (...) akzeptiert*". Die gleiche Aussage findet sich in Randnote 32: "*Diese Minderausmasse sind von der akzeptierten Summe gemäss den Vorausmassen / Leistungsverzeichnissen vom Juni 2017 abzuziehen*". Zwar werden in der Duplik auf nicht mehr nachvollziehbare Weise verschiedenste Netto- und Bruttobeträge einmal mit und ohne Mehrwertsteuerzuschlag angeführt. Es handelt sich beim Betrag von Vorausmass abzüglich behaupteter Mindermengen aber jedenfalls um einen Betrag, welcher die an anderer Stelle anerkannten Akontozahlungen unterschreitet. So führt die Beklagte

in Randnote 36 selbst aus, sie akzeptiere *"die Mehrausmasse, welche die Klägerin mit ihren geleisteten Akontozahlungen [...] bereits abgegolten hat im Betrag von CHF 1'397'098.13"* (vgl. auch act. 40 N 952), was den Widerspruch zu den Randnoten 32 und 35 auflöst: Die Beklagte anerkennt demnach unter dem Titel Ausmass im genannten Umfang auch angebliche Mehrausmasse, mithin total die geleisteten Akontozahlungen. Entsprechend rechnet sie die geleisteten Akontozahlungen auf den klägerischen Anspruch aus dem Ausmass an. Letzteres entspricht ihrer Position in der Klageantwort (act. 17 N 14, 34, 242, 255) und dem Standpunkt der Klägerin (act. 1 N 50, 95; act. 29 N 108).

2.2.4. In den Randnoten 27 f. der Duplik (act. 40) hingegen führt die Beklagte – im Anschluss an ihre Bemerkungen zu den anerkannten, klägerischen Ansprüchen aus Beststellungsänderungen und Nachträgen sowie aus Regiearbeiten – der Argumentation in Randnote 35 folgend – aus: *"Diese anerkannte Forderung wird einredeweise mit Gegenforderungen der Beklagten verrechnet, sofern der Klägerin überhaupt etwas zugesprochen wird, zumal sich ja ergeben hat, dass die Beklagte bereits mehr bezahlt hat, als sie müsste. Aber selbst dann würde der Klägerin wegen der eventualiter erhobenen Verrechnung nichts zustehen, womit sie vollumfänglich untergegangen ist. Die Klage ist somit unter allen Titeln vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."* Die Beklagte rechnet die geleisteten Akontozahlungen demnach an dieser Stelle im Hauptstandpunkt nicht mehr vollständig auf den klägerischen Anspruch aus Ausmass an, sondern an alle von ihr anerkannten Ansprüche, also zusätzlich auch an die anerkannten Ansprüche aus Beststellungsänderungen und Nachträgen sowie aus Regiearbeiten. Übereinstimmend damit folgte in Randnote 1080 der Duplik in Bezug auf die von ihr angeblich nur noch im Eventualstandpunkt eingewandte Verrechnung ihrer Gegenforderungen: *"Da jedoch wie vorstehend gezeigt, der Klägerin ohnehin nichts mehr zusteht, weil die Beklagte (aufgrund der Minderleistungen) bereits mehr bezahlt hat, als sie verpflichtet wäre, kommt die Verrechnung dann zum Tragen, falls der Klägerin entgegen den beklagischen Anträgen und Ausführungen doch etwas zugesprochen würde."* Diese Argumentation schliesst eine Anerkennung der klägerischen Forderung aus Ausmass im Umfang der geleisteten Akontozahlungen aus.

2.2.5. Der Vortrag der Beklagten zum anerkannten Anspruch aus dem Ausmass leidet demnach an unauflösbaren Widersprüchen und erweist sich folglich als nicht schlüssig, weshalb die Beklagte unter dem Titel Ausmass auf dem anerkannten Betrag der Akontozahlungen (CHF 10'782'394.38 exkl. MwSt., CHF 11'612'638.75 inkl. MwSt.) zu behaften ist. Unter dem Titel Ausmass besteht demnach nach Abzug der Akontozahlungen kein Saldo zugunsten der Beklagten, der mit dem zusätzlich anerkannten Betrag von CHF 202'805.35 aus Bestellungsänderungen / Nachträgen und Regie verrechnet werden könnte. Die Beklagte erklärt – wie vorstehend bereits wiedergegeben – bezüglich dieser anerkannten Forderungen allerdings auch Verrechnung mit zahlreichen Gegenforderungen in der Höhe von insgesamt CHF 623'986.96 (act. 40 N 1080 ff., Übersicht in N 1212). Dabei handelt es sich nach dem Gesagten infolge der Anerkennung dieser Ansprüche nicht um eine Eventualverrechnung, sondern um eine Verrechnung im Hauptstandpunkt. Diesbezüglich bleibt wiederum unklar, welche Forderungen der Klägerin die Beklagte mit welchen ihrer eigenen, behaupteten Forderungen, welche die anerkannten klägerischen Ansprüche übersteigen, verrechnen will. Die Verrechnungserklärung ist demnach unvollständig und daher wirkungslos; eine analoge Anwendung von Art. 87 OR fällt ausser Betracht (vgl. Erw. 2.1.3 vorstehend). Die Klage ist folglich im Umfang des anerkannten Betrags von CHF 202'805.35 aus Bestellungsänderungen / Nachträgen und Regie gutzuheissen.

2.2.6. Die verrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von insgesamt CHF 623'986.96 sind folglich – diesbezüglich widerspruchsfrei als Eventualverrechnung vorgetragen – zu prüfen, sofern der Klägerin unter dem Titel Ausmass der Nachweis eines die Akontozahlungen übersteigenden Anspruchs gelingt, sie einen Anspruch auf Übernahme der Zuschläge für Samstagarbeit zu belegen vermag oder sie mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2 durchdringt.

2.3. Rechtsbegehren Ziff. 1: Ausmass

2.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass der zwischen ihnen abgeschlossene Subunternehmervertrag als Werkvertrag qualifiziert (Klägerin: act. 1 N 105; Beklagte: act. 17 N 248). Sie sind sich auch darin einig, dass sich der Vertrag aus den folgenden Dokumenten zusammensetzt, wobei gemäss Ziff. 1.2.1 VVP (act. 3/2) die folgende Rangfolge vereinbart wurde (Klägerin: act. 1 N 2 und act. 29 N 691, 693; Beklagte: act. 17 N 248, 276):

1. Zuschlagsschreiben (wird dem UNTERNEHMER bei Zuschlagserteilung zugestellt)
2. Vergabeverhandlungsprotokoll vom 27.2.2017
3. Leistungsverzeichnis vom 20.2.17 mit den Einheitspreisen vom 20.02.17
4. Projektspezifische Bedingungen vom Oktober 2016
5. Pläne vom 06.12.2016
6. Terminplan vom Amtsvariante/Unternehmersvorschlag 27.02.2017
7. Formular „Selbstdeklaration“ respektive Deklarationsformular des UNTERNEHMERS vom 11.03.2014
8. Besondere Vertragsbedingungen der B.____ AG zur Benützung des B.____-Projektraums sowie die Handhabung von Reprografie-Aufträgen, Ausgabe Oktober, 2015)
9. Generelle Bedingungen der B.____ AG, Ausgabe Oktober 2015
10. SIA-Norm 118, Ausgabe 2013
11. Die übrigen für die vorliegenden Werkleistungen einschlägigen technischen Normen des SIA und im Einverständnis mit dem SIA aufgestellten technischen Normen anderer Fachverbände, die zum Zeitpunkt der Offertabgabe gelten, soweit sie den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen, unter Ausschluss der SIA-Normen 118/XXX Allgemeine Bedingungen für einzelne Gewerke.
12. Die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, insbesondere die Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR).

Einigkeit besteht darüber, dass entgegen dem vorstehend wiedergegebenen Wortlaut nicht das Leistungsverzeichnis vom 20. Februar 2017, sondern die revidierten Leistungsverzeichnisse vom 6. Juni 2017 (act. 30/153-155) massgebend sind (Klägerin: act. 29 N 104 ff.; Beklagte: act. 40 N 40). Die Parteien haben Vertragsänderungen im Zuschlagsschreiben (act. 3/1 S. 2) und gemäss Ziff. 6.2 der *"Generellen Bedingungen für Vertragsarbeiten, die für die B.____ AG (B.____-Gruppe) geleistet werden"*, Ausgabe Oktober 2015 (act. 3/3; nachfolgend: "GBV") einem Schriftlichkeitsvorbehalt unterstellt (Klägerin: act. 29 N 21; Beklagte: act. 17 N 29 und act. 40 N 109, 114, 142, 145).

Die Parteien haben nach vorstehend genannter Ziff. 1.2.1 VVP nachrangig zum konkreten, projektspezifischen Vertragswerk die SIA-Norm 118 (2013) als anwendbar erklärt (Klägerin: act. 1 N 106; Beklagte: act. 17 N 10). Gemäss Ziff. 5.6 PSB gilt in Bezug auf die Feststellung des Ausmasses das Folgende (Klägerin: act. 29 N 808; Beklagte: act. 17 N 20):

5.6 Ausmass

Der UNTERNEHMER ist während den Ausführungsarbeiten verpflichtet mit dem Bauleiter alle 2 Wochen das Ausmass der ausgeführten Arbeiten zusammen zu erstellen. Das Ausmass wie auch Ausmassdokument muss gemäss der B. Vorlage erstellt werden.

Verzichtet der BAUHERR auf ein gemeinsames Erstellen des Ausmasses, so muss das Ausmass in Absprache mit der Bauleitung durch eine 3. Firma und mit einem EDV-Programm erstellt werden und kontrollierbar und nachvollziehbar sein. Zum Ausmass gehören präzise erstellte Ausmasspläne, die mit der Nummerierung der Masse im Ausmassblatt sowie im Ausmassplan über einstimmig sind. Auf Wunsch der Bauleitung hat der UNTERNEHMER entsprechende Lieferantenrechnungen Abzugeben.

Die in den Ausschreibungsunterlagen und Vertragsunterlagen gemäss Ziff. 2 aufgeführten Massen sind vom UNTERNEHMER auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft worden. Das Massenrisiko trägt der UNTERNEHMER.

Soweit in der den Projektspezifischen Bedingungen (PSB) vorgehenden Ziff. 7.1 VVP vereinbart wurde, dass die "*Mengen für die Abrechnung der Leistungen nach Menge und Einheitspreisen*" mit dem tatsächlichen Ausmass "*mit Ausmassurkunde nach Art. 142 SIA-Norm 118*" ermittelt werden, sollte damit nach Ansicht beider Parteien nur die Abrechnung nach tatsächlichem Ausmass vereinbart und nicht die in Ziff. 1.2.1 VVP vorgesehene Rangfolge abgeändert werden. Ziff. 5.6 PSB geht Art. 142 SIA-Norm 118 im Falle allfälliger Widersprüche somit vor (Klägerin: act. 29 N 40, 58, 821, 825, 842; Beklagte: act. 17 N 20 und act. 40 N 23 [lit. f], vgl. auch N 134 f., 214).

Die Klägerin hat der Beklagten zwischen dem 7. Juli 2017 und dem 27. Februar 2019 insgesamt elf, von ihr alleine erstellte Zwischenausmass (jeweils inkl. aktualisiertem Gesamtausmass) sowie am 30. April 2019 das – ebenfalls ohne Mitwirkung der Beklagten erstellte – Schlussausmass zugestellt (Klägerin: act. 1 N 35 ff., 113 und act. 29 N 37; Beklagte: act. 17 N 254). Ihre E-Mails, mit welchen sie der Beklagten die Ausmass für Mai/Juni 2017, Juli 2017, Oktober-Dezember 2017, März/April 2018, Mai-August 2018, September 2018 und Oktober/November 2018 zustellte, versah die Klägerin mit dem Hinweis, dass sie die Ausmass ohne Gegenbericht innert zwei Wochen als vorbehaltlos akzeptiert be-

trachte (Klägerin: act. 1 N 35 ff.; Beklagte: act. 17 N 254 und act. 40 N 1241 ff.). Bezüglich der übrigen Ausmasse wurde dieser Hinweis bei der Zustellung an die Beklagte nicht angebracht. Die Beklagte hat die klägerischen Akontorechnungen Nr. 1-14 (act. 3/50) im Betrag von CHF 11'612'638.75 (inkl. MwSt.) bezahlt. Die Akontorechnungen Nr. 15-18 (act. 3/49) hat die Beklagte nicht bezahlt (Klägerin: act. 1 N 50; Beklagte: act. 17 N 14).

2.3.2. Streitpunkte

Strittig ist unter dem Titel Ausmass nach dem Gesagten (mindestens) ein Betrag von CHF 3'112'712.90 (CHF 14'685'160.70 [Schlussausmass per 30. April 2019, netto inkl. MwSt.] zzgl. CHF 40'190.95 [Ausmass Arbeitsgerüst, netto inkl. MwSt.] abzgl. CHF 11'612'638.75 [Akontozahlungen, netto inkl. MwSt.]). Darin noch nicht berücksichtigt sind die von der Klägerin in der Replik neu vorgetragene "Rundungsdifferenzen" (vgl. Erw. 1.2).

Nach Ansicht der Klägerin hat sie die Ausmasse auf Vorschlag der Beklagten hin jeweils selbstständig aufgenommen und dieser per E-Mail zur Prüfung zugestellt (act. 29 N 44, 48, 58 ff.; act. 51 N 20). Diese Ausmasse hätten nicht der Rechtfertigung ihrer Akontorechnungen gedient, diese seien vielmehr nach einem im Voraus vereinbarten Zahlungsplan gestellt worden (act. 29 N 32, 818; act. 51 N 32, 34, 37, 48). Die Beklagte habe die zugestellten Ausmasse nicht im Sinne von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 fortlaufend geprüft (act. 29 N 33). Ebenso wenig habe die Beklagte (bis am 18. Februar 2019; act. 29 N 38) nach Zustellung der Ausmasse jeweils unverzüglich verlangt, dass die Ausmassurkunden anders erstellt werden sollten. Die Beklagte habe lediglich einige Male moniert, dass sie mehr Zeit zur Prüfung der Ausmasse benötige (act. 1 N 115). Vertreter der Beklagten seien darüber hinaus ständig auf der Baustelle präsent gewesen und es hätten wöchentliche Bausitzungen stattgefunden, an welchen die Beklagte allfällige Einwände gegen die Ausmasse jederzeit und zeitnah hätte erheben können. Nachdem die Beklagte dies unterlassen habe, sei sie auch säumig im Sinne von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118, weshalb die Ausmasse als anerkannt gelten würden (act. 1 N 117 ff.). Im Eventualstandpunkt ist die Klägerin der Ansicht, die Beklagte habe im Rahmen der genannten Gespräche ein Ausmass von

CHF 13'412'942.33 (netto, inkl. MwSt.) im Sinne von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 anerkannt (act. 1 N 94, 98 f.; act. 29 N 56 f.). So habe die Beklagte das klägerische Ausmass mindestens viermal geprüft, wobei sie stets zu demselben Ergebnis von CHF 12'731'969.45 netto exkl. MwSt. gelangt sei (act. 29 N 76 ff.).

Die Beklagte wendet ein, die von der Klägerin allein erstellten und ihr (der Beklagten) zugestellten Ausmasse hätten einzig dazu gedient, die Akontorechnungen zu rechtfertigen (act. 17 N 32; act. 40 N 1236). Die Beklagte habe deshalb keine Pflicht zur fortlaufenden Prüfung dieser Ausmasse gehabt. Nach Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB sei die Klägerin zur Erlangung definitiver Ausmasse verpflichtet gewesen, während der Ausführungsarbeiten gemeinsam mit der Bauleitung alle zwei Wochen das Ausmass gemäss der Vorlage der Beklagten zu erstellen (act. 40 N 130). Die Parteien hätten in Ziff. 5.6 Abs. 2 PSB ferner vereinbart, dass die Ausmasse – falls die Beklagte auf ein gemeinsames Erstellen verzichte – in Absprache mit der Bauleitung durch eine dritte Firma und mit einem EDV-Programm erstellt werden könnten sowie kontrollier- und nachvollziehbar sein müssten (act. 40 N 134 f., 214). Nachdem die Klägerin die Ausmasse selber erstellt und nie zur gemeinsamen Aufnahme des Ausmasses eingeladen oder aufgefordert habe, sei die Beklagte nicht säumig im Sinne von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118 bzw. Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB (act. 17 N 45 ff., 70 ff.; act. 40 N 198 ff.). Zu einer Vertragsänderung sei es diesbezüglich nicht gekommen (act. 40 N 138 ff., 196, 212 ff.). Ebenso wenig habe die Beklagte während der vorprozessualen Vergleichsgespräche die klägerischen Ausmasse oder eine gestützt darauf berechnete Vergütung anerkannt (act. 17 N 230 ff.). Im Gegenteil habe sie die Ausmasse bereits am 18. Februar 2019 wegen fehlender Nachvollziehbarkeit sowie wegen Fehlerhaftigkeit zurückgewiesen. In den darauf folgenden Monaten habe sie wiederholt die fehlende Nachvollziehbarkeit der Ausmasse moniert (act. 17 N 56 ff.) und lediglich eine Plausibilitätskontrolle vornehmen können (act. 17 N 65; act. 40 N 1249, 1254 ff.).

2.3.3. Rechtliches

Bei Vereinbarung einer Abrechnung nach dem tatsächlichen Ausmass im Sinne der SIA-Norm 118 werden die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt gemessen, in natura gewogen oder gezählt (SCHUMACHER RAINER / MONN VALENTIN, in: Gauch

Peter / Stöckli Hubert [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2017, Art. 142 N 3 mit Hinweisen). Nach Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 ermitteln Bauleitung und Unternehmer die Ausmasse gemeinsam und anerkennen sie gegenseitig in den Ausmassurkunden. Die Anerkennung im Sinne von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 stellt eine gemeinsame Vorstellungsäusserung über den gemeinsam ermittelten Umfang der tatsächlich ausgeführten Bauleistungen dar (GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2019, N 921; SCHUMACHER / MONN, a.a.O., Art. 142 N 9.3). Grundsätzlich hat die Ermittlung unter Geltung der SIA-Norm 118 fortlaufend und zeitgerecht zu erfolgen (Art. 142 Abs. 1 SIA Norm 118). Ausmasse, die nach dem Fortschreiten des Baus nicht mehr festgestellt werden können, sind gemäss Art. 142 Abs. 2 SIA Norm 118 sofort aufzunehmen, wobei der Unternehmer die Bauleitung rechtzeitig zu benachrichtigen hat. Wird der für die gemeinsame Aufnahme des Ausmasses vereinbarte Termin von einer Seite nicht eingehalten, hat der Säumige das Aufnahmeergebnis des anderen als endgültig anzuerkennen, sofern die Aufnahme nicht nachgeholt werden kann oder er ein zweites Mal säumig wird (Art. 142 Abs. 3 SIA Norm 118).

Sowohl die tatsächliche Anerkennung nach gemeinsamer Ausmassaufnahme als auch die (fingierte) Anerkennung infolge Säumnis begründen eine natürliche (tatsächliche) Vermutung dafür, dass die in der Ausmassurkunde enthaltenen Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Die Vermutung der Richtigkeit bezieht sich mithin nur auf den rapportierten Aufwand und damit auf die Tatsachengrundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung, nicht aber auf die Vergütungsschuld selber (vgl. bereits das Urteil des hiesigen Gerichts vom 6. Oktober 1972 in ZR 71/1972 S. 288 ff., Nr. 93; GAUCH, a.a.O., N 921; vgl. auch SCHUMACHER / MONN, a.a.O., Art. 142 N 9.3 f.). Die tatsächliche bzw. natürliche Vermutung dient der Beweiserleichterung und gehört zum Komplex der Beweiswürdigung. Sie kann durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden, ändert aber weder die Beweislastverteilung (BGE 135 II 161 ff. E. 3, BGE 133 III 121 ff. E. 3.1, BGE 123 III 241 ff. E. 3a, BGE 120 II 248 ff. E. 2, BGE 117 II 256 ff. E. 2., BGer-Urteil 4A_183/2020 vom 6. Mai 2021 E. 4.1) noch die damit einhergehende Behaup-

tungslast (FLAVIO LARDELLI / MEINRAD VETTER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 8 N 85).

Anders verhält es sich, wenn über die Anerkennung der Ausmasse hinaus ein Schuldbekenntnis der Bestellerin vorliegt. Ein Schuldbekenntnis (auch Schuldanerkennung) ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe. Sie beinhaltet notwendigerweise den Willen, sich zu verpflichten (BGer-Urteil 4C.53/2001 vom 17. August 2001 E. 2b mit Hinweisen). Das Schuldbekenntnis kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen und bedarf keiner besonderen Form (BGer-Urteil 4C.326/2004 vom 19. April 2005 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Die Frage, ob eine Erklärung ein Schuldbekenntnis enthält, beantwortet sich nach den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen (BGer-Urteil 4A_426/2013 vom 27. Januar 2014 E. 3.4). In materieller Hinsicht enthält ein Schuldbekenntnis ein Zahlungsverprechen und begründet damit eine Anerkennungsschuld, deren Inhalt mit demjenigen der anerkannten Schuld identisch ist, sodass sich die Klägerin künftig allein auf diese Anerkennung stützen kann, um von der Beklagten die Zahlung zu verlangen (BGer-Urteile 4A_482/2019 vom 10. November 2020 E. 3, 5A_438/2019 vom 11. Juni 2020 E. 3.1.2, 4A_600/2018 vom 1. April 2019 E. 5.2). Die Gläubigerin kann sich mithin darauf beschränken, das Schuldbekenntnis zu behaupten und zu beweisen. Darüber hinaus greift eine Umkehr der Beweislast, sodass die Gläubigerin grundsätzlich weder den Grund ihrer Forderung noch das Vorliegen anderer als der im Schuldbekenntnis genannten Voraussetzungen behaupten und beweisen muss (BGE 142 IV 119 ff. E. 2.3; BGE 131 III 268 ff. 3.2; BGer-Urteil 4A_482/2019 vom 10. November 2020 E. 3 mit zahlreichen Hinweisen). Vielmehr obliegt es diesfalls der Schuldnerin, welche die Schuld bestreitet, den Verpflichtungsgrund (sofern er nicht bereits genannt ist) darzulegen und zu beweisen, dass dieser Grund ungültig ist oder nicht mehr geltend gemacht werden kann (BGE 105 II 183 ff. E. 4a mit Hinweisen). Generell kann sich die Schuldnerin auf alle Einwendungen und Einreden (Erfüllung, Erlass der Schuld, Einrede der Nichterfüllung, Verjährung usw.) berufen, die sich gegen die anerkannte Schuld richten (BGE 131 III 268 ff. E. 3.2, BGer-Urteil 4A_482/2019 vom 10. November 2020 E. 3).

2.3.4. Würdigung

2.3.4.1. Die Klägerin leitet bereits aus der behaupteten Anerkennung der von ihr allein erstellten Ausmasse sowohl im Haupt- als auch im Eventualstandpunkt eine Umkehr der Beweislast (act. 29 N 38, 55, 82 f., 244, 270, 275, 310, 430, 552, 557, 591, 656, 663, 840) und damit einhergehend der Behauptungs- bzw. Bestreitungslast ab (vgl. insbesondere act. 29 N 85). Dies ist nach dem Gesagten unzutreffend und vermischt die Anerkennung von Ausmassen mit einem Schuldbekenntnis, also der Anerkennung der Vergütungspflicht. Die Klägerin behauptet keine abweichende Beweislastabrede. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, hat die Klägerin darauf verzichtet, ihre Forderung aus Ausmass vollständig zu behaupten, weshalb ihrer Klage insoweit von vornherein nur im Falle eines Schuldbekenntnisses der Beklagten Erfolg beschieden sein kann. Die Klägerin behauptet eine Anerkennung ihrer Ausmasse und im Ergebnis ein Schuldbekenntnis in Bezug auf die darin aufgeführte Vergütung durch Stillschweigen der Beklagten nach Erhalt der Ausmasse gestützt auf Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 6 OR bzw. infolge Säumnis bei der Ausmassaufnahme (Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118). Es drängt sich deshalb auf, im Folgenden auf die *Ausmassaufnahme* näher einzugehen und die diesbezügliche Parteivereinbarung darzustellen.

2.3.4.2. Gemäss vorstehend zitierter Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB war die Klägerin während den Ausführungsarbeiten "*verpflichtet mit dem Bauleiter alle 2 Wochen das Ausmass der ausgeführten Arbeiten zusammen zu erstellen*", wobei die Vorlage der Beklagten zu verwenden war. Alternativ war gemäss Ziff. 5.6 Abs. 2 PSB eine Ausmassaufnahme durch eine Drittfirma möglich, falls die Beklagte auf eine gemeinsame Ausmassaufnahme verzichtet hätte. Diesfalls sah die genannte Bestimmung weitergehende Anforderungen an die Ausmasse vor, insbesondere deren Kontrollier- und Nachvollziehbarkeit.

2.3.4.3. Die Klägerin stimmt mit der Beklagten im Ergebnis insofern überein, als auch sie ihre selbstständige Ausmassaufnahme nicht als gemeinsame Ausmassaufnahme im Sinne von Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB (und Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118) auffasst. Mit anderen Worten hätte diese erste Variante auch nach Ansicht der Klägerin nach dem übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien eine (zweiwöchentliche) gemeinsame Aufnahme des Ausmasses vorausgesetzt, wobei die Vorlage der Beklagten zu verwenden gewesen wäre. Die Klägerin vertritt vielmehr den Standpunkt, ihr Vorgehen entspreche Ziff. 5.6 Abs. 2 PSB. Mit dieser zweiten Variante seien die Parteien "vom *Prozedere*" gemäss Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 einvernehmlich abgewichen und hätten eine gleichwertige zweite Möglichkeit zur Ausmassaufnahme vorgesehen, welche auf die Mitwirkung der Beklagten verzichte (act. 29 N 47, 59, 825). Insofern habe die behauptete und von ihr (der Klägerin) umgesetzte Branchenübung in Ziff. 5.6 PSB Niederschlag gefunden (act. 29 N 40).

2.3.4.4. Die klägerischen Ausmasse wurden unbestrittenermassen gerade nicht durch eine Drittfirma aufgenommen. Entscheidend ist somit, ob die Beklagte tatsächlich auf eine Ausmassaufnahme durch eine Drittfirma verzichtet und die Klägerin die Ausmasse auf Vorschlag der Beklagten hin jeweils selbstständig aufgenommen hat (so die Klägerin in act. 29 N 44, 48, 58 ff.). Behauptet und zu prüfen ist damit eine Vertragsänderung. Entgegen den dazu teilweise in Widerspruch stehenden Vorbringen der Klägerin (act. 29 N 58 ff.; act. 51 N 22) verlangt Ziff. 5.6 nämlich im Falle eines Verzichts der Beklagten auf eine gemeinsame Ausmassaufnahme gemäss klarem Wortlaut die Ausmassaufnahme durch einen Dritten "und" die Erstellung mittels EDV-Programm "und" die Kontrollier- und Nachvollziehbarkeit. Ein von der Klägerin allein aufgenommenes Ausmass ist demnach gemäss Wortlaut nicht als vertragskonform zu betrachten, solange es nur überprüf- und nachvollziehbar ist. Solches lässt sich auch nicht aus dem nachvertraglichen Verhalten der Beklagten, namentlich dem Schreiben vom 11. März 2019 (act. 3/65), ableiten. Im Gegenteil wies die Beklagte einleitend darauf hin, dass ihre *"Pflicht zur Überprüfung Ihres Ausmasses erst dann entstehen kann, wenn (i) entweder ein gemeinsames Ausmass erstellt wird, oder (ii) Sie uns mit einem Ausmass bedienen, welches den vertraglichen Vereinbarungen entspricht (vgl.*

inbes. Ziff. 5.6 Projektspezifischen Bedingungen)". Die Beklagte erachtete die von der Klägerin allein erstellten Ausmasse demnach gerade nicht als vertragskonform erstellt. Aus dem daran anschliessenden Angebot, die Ausmasse trotzdem zu prüfen, sobald die Klägerin *"kontrollier- und nachvollziehbare Ausmasse mit präzisen Ausmassplänen und übereinstimmenden Nummerierungen zur Verfügung"* stellt, ist vor diesem Hintergrund auf ein pragmatisches Angebot zur Lösung des Abrechnungsstreits und nicht auf ein entsprechendes Vertragsverständnis oder eine Zustimmung der Beklagten zur Vertragsänderung zu schliessen.

2.3.4.5. Auch das von der Klägerin angeführte E-Mail vom 7. Juli 2017 (act. 3/30: *"Anbei das gewünscht [sic] Ausmass."*) belegt keine Vertragsänderung. Dabei handelt es sich um ein E-Mail von der Klägerin selbst. Insoweit diese auf einen vorgängigen Austausch Bezug nimmt (*"gewünscht"*), fehlt es an Schilderungen, was Gegenstand eines vorgängigen Austausches gewesen sein sollte und inwiefern die Beklagte ihren Änderungswillen zum Ausdruck gebracht hätte.

2.3.4.6. Nach Darstellung der Klägerin hatte am 3. August 2017 eine Besprechung stattgefunden, weil die Ausmassaufnahme zu Beginn der Bauzeit zu Diskussionen geführt habe; die Beklagte habe dabei die Art und Weise der Ausmassfeststellung nicht beanstandet (act. 29 N 44). Es bleibt jedoch unklar, weshalb die Ausmassaufnahme zu Diskussionen geführt hat, sowie was die Parteien am 3. August 2017 konkret besprochen haben. Gleiches gilt für den von der Beklagten initiierten E-Mail-Austausch (act. 3/33) vom 23. August 2017, in welchem die Beklagte Termine vorschlug, um die *"Ausmassregelung/Vorgehensweise"* zu besprechen und nach Angabe der Klägerin keine Änderungswünsche angebracht habe (act. 1 N 37). Ungeklärt bleibt wiederum, ob und wann sich die Parteien tatsächlich getroffen haben und was konkret Inhalt einer allfälligen Besprechung war. Die Klägerin leitet einzig aus verschiedenen, nachfolgenden E-Mails der Beklagten deren Einverständnis mit der einseitigen Ausmassaufnahme ab (act. 29 N 43 f.), weshalb diese auszulegen sind. In der Tat verdankte die Beklagte in ihren E-Mails vom 8. August 2017 (act. 3/32; *"Danke für die Ausmasszustellung."*), 8. Januar 2018 (act. 3/36; *"Besten Dank für das Ausmass. Für die Prüfung benötigt die Bauleitung mehr Zeit."*), 4. Oktober 2018 (act. 3/43; *"Vielen Dank für das*

Ausmass.") und 5. Oktober 2018 (act. 3/43; *"Besten Dank für die Unterlagen. Wir werden die Prüfung rasch möglichst angehen."*) die Zustellung der Ausmasse und stellte teilweise deren Prüfung in Aussicht. Zwar kommt darin kein expliziter Vertragswille im Sinne der Klägerin zum Ausdruck. Gleiches gilt für die E-Mails vom 12. Januar 2018 (act. 3/37: *"Ich bitte dich deine Ausmasspläne uns zur Verfügung zu stellen."*) und 15. März 2018 (act. 3/38: *"Wir brauchen das Gesamtausmass Stand Ende Februar 2018 als SIA Schnittstellendokument. Könntest du es uns bitte bis am 22.03.2018 senden?"*). Allerdings nahm die Beklagte die klägerischen Ausmasse entgegen und stellte darüber hinaus teilweise deren Prüfung in Aussicht, ohne die klägerische Ausmassaufnahme zu beanstanden und auf der Ausmassaufnahme durch einen Dritten zu bestehen.

2.3.4.7. Die Beklagte wendet jedoch ein, sie habe mit diesen Äusserungen nicht Ziff. 5.6 PSB abändern, mithin auf eine gemeinsame Ausmassaufnahme verzichten wollen. Ebenso wenig habe sie mit ihrem auf die genannten Äusserungen folgenden Schweigen die klägerischen Ausmasse anerkennen wollen. Sie habe die klägerischen Ausmasse vielmehr als Rechtfertigung für die klägerischen Akontorechnungen betrachtet, entgegen genommen und geprüft (act. 17 N 32; act. 40 N 1236). Dieser Einwand überzeugt. In der Tat haben die Parteien einen Zahlungsplan (act. 31/147) – später leicht abgeändert (act. 31/148) – vereinbart, gemäss welchem die Klägerin ihre Akontorechnungen stellte. Die diesbezügliche Bestreitung der Beklagten in Randnote 1008 ihrer Duplik (act. 40) steht in direktem Widerspruch zur Randnote 124, wo die Vereinbarung eines Zahlungsplans anerkannt wird, und ist folglich nicht schlüssig und unbeachtlich. Das klägerische Vorbringen, wonach der Zahlungsplan "fix" gewesen sei (act. 29 N 32; act. 51 N 32), ist indessen ungenau. So weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass der Zahlungsplan dem effektiven Stand der Arbeiten anzupassen war (act. 40 N 1236), was auch die Klägerin eingesteht (act. 51 N 66). Die eingereichten Zahlungspläne richten sich faktisch nach dem Baufortschritt: *"Sollten die Arbeiten gegenüber dem Bauprogramm nicht übereinstimmen, wird der Zahlungsplan dem effektiven Stand der Arbeiten angepasst."* (act. 3/147-148, jeweils S. 2). Dies entspricht der vertraglichen Regelung in Ziff. 7.4 VVP, aber auch in Ziff. 6 PSB i.V.m. Ziff. 7.2.1. GBV (act. 40 N 123, 1050). Gemäss diesen Bestimmungen durften die

klägerischen Rechnungen nur Leistungen enthalten, welche im Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits erbracht worden waren, was auch die Klägerin einräumt (act. 1 N 138). Die Klägerin war demnach vorleistungspflichtig. Dies stimmt mit der nachrangig vereinbarten SIA-Norm 118 überein, welche ebenfalls auf der Vorleistungspflicht der Unternehmerin fusst (vgl. SCHUMACHER / MONN, a.a.O., Art. 147 N 3.2) und der Unternehmerin einen Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen einräumt (Art. 144 Abs. 1 SIA-Norm 118). Es konnte demnach gerade keine "Abweichung" im Sinne der Klägerin (act. 51 N 32) geben, bei welcher die Summe der Akontozahlungen die im Rechnungszeitpunkt erbrachten Leistungen übersteigt. Die Klägerin macht denn auch geltend, dass ihre Akontorechnungen tatsächlich nur bereits erbrachte Leistungen enthielten (act. 1 N 138; act. 51 N 31, 37). Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang verschiedentlich von Teilzahlungen spricht (act. 1 N 12; act. 29 N 696; act. 51 N 32), setzt sie sich in Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen. So bezeichnet die Klägerin ihre gestellten Rechnungen ausdrücklich als Akontorechnungen (act. 3/49-50) und die erhaltenen Zahlungen durchwegs als Akontozahlungen. Unabhängig von dieser Bezeichnung geht sie schliesslich auch bei der Berechnung ihrer eingeklagten Forderung von Abschlags- bzw. Akontozahlungen aus, indem sie die geleisteten Zahlungen auf den behaupteten Gesamtanspruch anrechnet (vgl. etwa act. 1 N 50 und act. 29 N 108). Dies ist das qualifizierende Merkmal von Akontozahlungen, welches diese von Teilzahlungen unterscheidet (BGer-Urteile 4A_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1 und 4C.129/2002 vom 3. September 2002 E. 3.3). Die Parteien haben somit – was auch Ziff. 7.2.1. GBV festhält – nicht Teil-, sondern Abschlagszahlungen vereinbart.

2.3.4.8. Abschlagzahlungen bedingen, dass die Beklagte vor Bezahlung der fraglichen Rechnungen den Baufortschritt bzw. die Vorleistung der Klägerin überprüfen kann. Ziff. 7.2.1. GBV (act. 3/3) verweist diesbezüglich u.a. auf Art. 144-146 SIA-Norm 118. Gemäss Art. 144 Abs. 3 Satz 1 SIA-Norm 118 hat das Zahlungsbegehren mit vorläufigen Ausmassen belegt zu werden, falls noch keine definitiven Ausmasse vorliegen. Vorläufige Ausmasse sind vom Unternehmer *unter Mitwirkung der Bauleitung* in geeigneter Weise festzustellen (Art. 144 Abs. 3 Satz 2 SIA-Norm 118). Nachdem die Klägerin ihre Ausmasse ohne Mitwirkung der Bau-

leitung aufgenommen hatte, stellten sie keine vorläufigen Ausmasse dar. Es stand der Beklagten aber frei, den Baufortschritt und damit die Erfüllung der klägerischen Vorleistungspflicht anhand klägerischer Ausmassnotizen zu überprüfen. Deren Zustellung erfolgte im *"zeitlichen Gleichlauf"* mit den Akontorechnungen, sie wechselten sich mithin in kurzen Abständen ab (Klägerin: act. 51 N 36 mit einer entsprechenden Aufstellung; Beklagte: act. 40 N 46 f., 51, 58, 151). Solange die klägerischen Zahlungsgesuche nicht über den tatsächlichen Leistungsstand hinausgingen, was auch nach klägerischer Darstellung nie der Fall war, war demnach der konkrete Leistungsstand am Tag der Rechnungsstellung nicht von Belang. Das klägerische Vorbringen, wonach der Sinn eines Zahlungsplans gerade darin bestehe, die Vertragsparteien von der aufwändigen Prüfung von Akontorechnungen, *"nicht jedoch der Zwischenausmasse!"*, zu entbinden (act. 51 N 33), ist angesichts der vertraglichen bzw. der tatsächlich praktizierten Vereinbarung nicht zutreffend.

2.3.4.9. Auf das klägerische Vertragsverständnis bzw. einen Abänderungswillen hätte vor diesem Hintergrund einzig die von der Klägerin bei Zustellung der Ausmasse teilweise geäußerte Floskel hindeuten können, wonach die Klägerin ihre Ausmasse ohne Gegenbericht als anerkannt betrachten würde. Allerdings bleibt mangels Ausführungen der Klägerin unklar, weshalb ein bedeutender Teil ihrer E-Mails, mit welchen sie die Zwischenausmasse zustellte, diesen Hinweis gerade nicht enthielt. Folglich lag diesbezüglich kein schlüssiges Verhalten der Klägerin vor. Vor diesem Hintergrund ist aus dem nachvertraglichen Verhalten der Beklagten weder auf ein Vertragsverständnis im Sinne der Klägerin noch auf eine Zustimmung der Beklagten zur Vertragsänderung hinsichtlich der Ausmassaufnahme zu schliessen, zumal die Parteien Vertragsänderungen einem (doppelten) Schriftlichkeitsvorbehalt unterworfen hatten.

2.3.4.10. Unter diesen Umständen kann im Verhalten bzw. Schweigen der Beklagten nach Treu und Glauben auch nicht eine Anerkennung der klägerischen Ausmasse oder gar ein Schuldbekenntnis in Bezug auf die Vergütung erblickt werden. Säumnis der Beklagten im Sinne von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118 scheidet bereits deshalb aus, weil die Klägerin auch nach eigener Darstellung die

Beklagte nicht zur gemeinsamen Ausmassaufnahme im Sinne von Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB einladen wollte und eingeladen hat. Gleiches gilt für eine stillschweigende Anerkennung im Sinne von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118: Im Gegensatz zum vorliegenden Fall lag dem von der Klägerin in diesem Zusammenhang verschiedentlich zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern (Urteil 1B 11 9 vom 11. Oktober 2011 E. 4.4.4) eine gemeinsame Ausmassaufnahme zugrunde. Die Unternehmerin und die Bauleitung hatten in jenem Fall anhand der Ausmassnotizen der Unternehmerin an einer Ausmasssitzung zusammen die Ausmassurkunde erstellt und anschliessend auch gegenseitig unterzeichnet. Sodann bezieht sich soweit ersichtlich auch die von der Klägerin zitierte Lehrmeinung von SCHUMACHER / MONN (a.a.O., Art. 142 N 9.7), welche im Falle ausbleibenden Widerspruchs gegen die Korrektheit einer *Massurkunde* das Vertrauen in die Richtigkeit der Urkunde schützt, auf *gemeinsam* aufgenommene Ausmasse. Diesfalls wird an die gesetzliche Regelung von Art. 6 OR angeknüpft, welcher den Schluss auf eine stillschweigende Annahme zulässt, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Im Anwendungsbereich von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 wird in diesem Sinne regelmässig die vorgängige, gemeinsame Ausmassaufnahme den erforderlichen Umstand darstellen, welcher bei Stillschweigen nach Erhalt der entsprechenden, fertiggestellten Ausmassurkunde unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten auf eine Anerkennung der Ausmasse schliessen lässt. Mangels vertragsgemässer, gemeinsamer Ausmassaufnahme bzw. eines vertragsgemäss durch einen Dritten aufgenommenen Ausmasses fehlt es im Gegensatz dazu vorliegend an der Grundlage, um auf eine Anerkennung bzw. ein Schuldbekenntnis der Beklagten zu schliessen. Die nach Art. 6 OR erforderlichen konkreten Umstände können schliesslich auch nicht in der Bezahlung der Abschlagsrechnungen erblickt werden (vgl. Art. 144 Abs. 3 SIA-Norm 118).

2.3.4.11. Es ist der Beklagten auch nicht vorzuwerfen oder gar rechtsmissbräuchlich, dass sie die Klägerin nicht ihrerseits zur zweiwöchentlichen Ausmassaufnahme einlud bzw. zu einer fortlaufenden Ausmassaufnahme durch einen Dritten anhielt. Die Parteien hatten zwar ein Beweissicherungssystem vereinbart, welches eine – je nach Variante unterschiedlich grosse – Mitwirkung der Beklagten

bedingte, gleichzeitig aber der Klägerin in Ziff. 5.6 PSB die entsprechende Initiative überbunden ("*Der Unternehmer [sic] ist während der Ausführungsarbeiten verpflichtet [...]*"). Selbst wenn die mit einem solchen Beweissicherungssystem bezweckte Streitvermeidung selbstredend auch für die Beklagte von Nutzen war, lagen die fortlaufende Ausmassaufnahme und die Anerkennung der Ausmasse vor allem im Interesse der Klägerin. Sie – und nicht die Beklagte – war darauf angewiesen, um ihre Leistungen nachweisen zu können. Es wäre entsprechend an ihr gelegen, die Beklagte vertragsgemäss entweder zu gemeinsamen Ausmassaufnahmen einzuladen, das Ausmass nach entsprechender Zustimmung der Beklagten durch einen Dritten aufnehmen zu lassen oder der Beklagten unmissverständlich ihren Abänderungswillen kund zu tun und auf einer eindeutigen (und angesichts des vereinbarten Schriftlichkeitserfordernisses sinnvollerweise schriftlichen) Zustimmung zur Vertragsänderung zu bestehen.

2.3.4.12. Es trifft im Übrigen nicht zu, dass die Beklagte in rechtsmissbräuchlicher Weise ihre Mitwirkung verweigert hat, um sich anschliessend auf die nicht mehr mögliche Ausmassaufnahme zu berufen, wie die Klägerin pauschal in act. 29 N 53 behauptet. Nach übereinstimmender Ansicht beider Parteien ist eine Ausmassaufnahme zwar heute ausgeschlossen (Klägerin: act. 29 N 53; Beklagte: act. 17 N 77, 136 und act. 40 N 24, 235). Sie wäre aber jedenfalls noch möglich gewesen, als die Beklagte am 18. Februar 2019 das klägerische Ausmass explizit zurückwies und am 22. Februar 2019 die Aufnahme eines neuen Ausmasses anregte, was allerdings die Klägerin ablehnte (Klägerin: act. 1 N 69, 72 f.; Beklagte: act. 17 N 227). Es liegt somit keine (vorprozessuale) Beweisvereitelung durch die Beklagte vor. Spätestens nach der expliziten Zurückweisung ihrer Ausmasse durch die Beklagte hätte sie deren Vorschlag einer gemeinsamen Neuaufnahme des Ausmasses annehmen oder anderweitige Beweissicherungsmassnahmen ergreifen müssen. Insoweit der Nachweis des tatsächlichen Ausmasses heute nicht mehr möglich gewesen wäre, hätte die Klägerin allenfalls auch das plangemässe theoretische Ausmass begründen und beweisen können, nachdem sich die Beklagte bereits in der Klageantwort für ein solches Vorgehen ausgesprochen hatte (act. 17 N 136 ff.).

2.3.4.13. Zu prüfen ist somit der Eventualstandpunkt der Klägerin, wonach die Beklagte die klägerischen Ausmasse im Rahmen der vorprozessualen Vergleichsgespräche geprüft und zumindest im Betrag von CHF 12'731'969.45 netto exkl. MwSt. als richtig anerkannt habe. Zu diesem Zweck sind die Äusserungen der Beklagten auszulegen. Wie erwähnt stellte sich die Beklagte seit Februar 2019 konsequent auf den Standpunkt, die klägerischen Ausmasse seien nicht nur vertragswidrig aufgenommen worden, sondern auch nicht nachvollziehbar und überprüfbar. Zutreffend ist aber die klägerische Feststellung, dass die Beklagte im Rahmen der daran anschliessenden Vergleichsgespräche unter dem Titel Ausmass wiederholt einen Vergütungsbetrag von CHF 12'731'969.45 netto exkl. MwSt. einsetzte, so im E-Mail vom 22. Oktober 2019 (act. 3/80; unter Abzug des Rabatts von 8% und der allgemeinen Bauabzüge von 2.9%), im Schreiben vom 18. Dezember 2019 (act. 3/86) sowie im E-Mail vom 28. Januar 2020 (act. 3/87). Daraus geht aber klar hervor, dass dieser Betrag jeweils im Rahmen von Berechnungen zwecks vergleichsweiser Einigung über die Gesamtvergütung aufgeführt wurde. Im E-Mail vom 22. Oktober 2019 (act. 3/80) sprach die Beklagte zwar sinngemäss von einem Ergebnis ihrer Ausmassprüfung und nahm auf ihr E-Mail vom 3. Oktober 2019 Bezug, welches die Zustellung des "*Resultats der Prüfung*" bis am 18. Oktober 2018 in Aussicht gestellt hatte. Zugestellt wurde dann am 22. Oktober 2019 allerdings trotzdem bloss eine "*erste Übersicht*", was eine noch nicht abgeschlossene Prüfung impliziert. Dies schien auch die Klägerin erkannt zu haben, als sie dazu am 12. November 2019 Stellung nahm (act. 3/81). Gleichzeitig wurde von der Beklagten ein Besprechungstermin vorgeschlagen, um sich nicht zuletzt über "*diverse Belastungen*" zu unterhalten, welche einstweilen mit CHF 210'434.– eingesetzt wurden. Daraus erhellt, dass die Berechnungen im Hinblick auf eine Vergleichslösung angestellt wurden, wobei noch kein Vergleichsvorschlag geäussert wurde und generell kein Wille ersichtlich ist, konkrete Leistungen zu anerkennen oder sich für einen Betrag bedingungslos zu verpflichten. Mit Schreiben vom 12. November 2019 (act. 3/81) wies der Rechtsvertreter der Klägerin die obgenannte Berechnung der Beklagten zurück. Die in diesem Schreiben enthaltene Aussage, die Klägerin erachte aufgrund des E-Mails vom 22. Oktober 2019 unter dem Titel Ausmass einen Betrag von mindestens

CHF 12'543'984.55 exkl. MwSt. als unbestritten, bestritt die Beklagte mit Schreiben vom 15. November 2019 umgehend (act. 3/82). Im Schreiben vom 18. Dezember 2019 (act. 3/86), welches einer Besprechung nachfolgte, bemerkte die Beklagte wiederum, dass die klägerischen Ausmasse nicht vollständig nachvollzogen werden könnten, der Klägerin unter dem Titel Ausmass ein Betrag von "maximal" CHF 12'731'696.45 (netto exkl. MwSt.) zustehen könne und die Gegenforderungen noch nicht abschliessend bezifferbar seien. Sie ersuchte vor diesem Hintergrund um einen Besprechungstermin, um *"eine einvernehmliche Lösung zu finden"*. Diese Formulierung bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Beklagte keinen Verpflichtungs- bzw. Rechtsfolgewillen hatte. Gleich verhält es sich mit ihren übrigen Äusserungen. Das E-Mail vom 28. Januar 2020 (act. 3/87) verschickte die Beklagte im Nachgang an eine Besprechung vom gleichen Tag. Aus der Formulierung ergibt sich klar, dass die Beklagte Berechnungen im Hinblick auf einen künftigen Vergleichsvorschlag unternahm (*"Wie heute bereits signalisiert, ist die B._____ AG bereit, zeitnah eine aussergerichtliche Einigung zu finden. Für unseren Termin am 31.01.2020 werden wir Ihnen auf Basis der heutigen Besprechung einen Vorschlag unterbreiten."*). Auch den E-Mails vom 30. Januar 2020 (act. 3/88; *"Abrechnungssumme von 13.2-13.4MCHF netto exkl. MwSt.[...]. Dies selbstverständlich im Rahmen einer gütlichen Einigung und ohne Präjudiz."*) und vom 12. Februar 2020 (act. 3/89; *"unpräjudizielles Angebot im Hinblick auf eine vergleichsweise Bereinigung der Abrechnung"*) kommt zweifelsfrei zum Ausdruck, dass die Beklagte Berechnungen im Hinblick auf eine vergleichsweise Einigung anstellte, welche einen Verzicht der Klägerin auf den Rest der ursprünglichen Forderung bedingte, und nicht verbindlich konkrete Leistungen oder eine Vergütungsschuld anerkennen wollte. Diesen Vergleichsvorschlag lehnte die Klägerin ab.

2.3.4.14. Vor diesem Hintergrund lässt sich ein tatsächlicher Wille der Beklagten auf Anerkennung des Betrags von mindestens CHF 12'731'969.45 netto inkl. MwSt. nicht erstellen. Zum gleichen Ergebnis führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. So ist zu berücksichtigen, dass die Äusserungen an Vergleichsgesprächen grundsätzlich unpräjudizieller Natur sind. Den in diesem Zusammenhang abgegebenen Erklärungen kann auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt re-

gelmässig weder eine vertrauensbegründende Wirkung noch ein Verpflichtungswille zugemessen werden, geht es doch um gegenseitige Zugeständnisse zwecks einvernehmlicher Beilegung der Streitigkeit. Im Rahmen der Auslegung von entsprechenden Erklärungen ist unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten Zurückhaltung geboten. Ein abgelehnter Vergleichsvorschlag stellt grundsätzlich kein Schuldbekenntnis dar (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 1. November 1994, in ZR 95/1996 Nr. 55, E. III.1). Aus den vorstehend wiedergegebenen Äusserungen lässt sich unter diesen Umständen kein objektiver Wille erkennen, verbindlich konkrete Leistungen oder eine Vergütungsschuld anzuerkennen.

2.3.4.15. Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass die klägerischen Ausmasse nicht als anerkannt gelten können. Ebenso wenig liegt ein Schuldbekenntnis der Beklagten in Bezug auf die Vergütung vor. Im vorliegenden Prozess bestritt die Beklagte das klägerische Ausmass wie in Erw. 1.3.7 f. dargelegt bereits in der Klageantwort. Auch in der Duplik bestritt sie das klägerische Ausmass unter Hinweis auf eine fehlende Substantiierung bzw. grösstenteils vollständig fehlende Tatsachenbehauptungen (act. 40 N 21, 31, 160 ff., 1257 ff.). Entsprechend hat die Klägerin ihre unter dem Titel Ausmass erbrachten Arbeiten zu behaupten und zu beweisen. Da die von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlungen auf den Gesamtanspruch der Klägerin aus Ausmass anzurechnen sind, hat sie diesen nachzuweisen, und nicht etwa nur den eingeklagten Differenzbetrag. Dies hat auch die Klägerin erkannt.

2.3.4.16. Aufgrund der von ihr vertretenen (Schuld-)Anerkennung stellt sie indes nur zu einem Teil ihres Ausmasses ("6.9%") konkrete Tatsachenbehauptungen auf (act. 29 N 112 ff.). Es handelt sich dabei nach klägerischer Darstellung um diejenigen Positionen, welche den vorprozessual strittig gebliebenen Teil der Vergütung ausmachen bzw. welche die Beklagte in der Klageantwort (im Subeventualstandpunkt) konkret bestritt. Diese Positionen ergeben einen behaupteten Vergütungsanspruch von rund CHF 4.7 Mio. Zu den übrigen Positionen, welche entsprechend – ausgehend vom klägerischen (Schluss-) Ausmass von CHF 14'725'351.65 netto exkl. MwSt. (inkl. Arbeitsgerüste; vgl. act. 29 N 108 f.) –

einen Betrag von rund CHF 10 Mio. ausmachen, äusserte sich die Klägerin trotz Bestreitung durch die Beklagte auch in der Replik nicht. Sie beschränkte sich diesbezüglich vielmehr auf die Einreichung des Ausmasses – nämlich ihr 761 Seiten umfassendes Schlussausmass (act. 3/48) und die Zwischenausmasse (act. 31/23-46, aufgrund des Umfangs von mehreren tausend Seiten in elektronischer Form auf einem USB-Stick) – als Beweismittel und die Nennung der Vergütungstotalen pro NPK-Position sowie des sich daraus ergebenden Totals der Schlussrechnung, wie folgt (act. 29 N 109):

- NPK 113 Baustelleneinrichtung: CHF 1'260'937.95
- NPK 114 Arbeitsgerüste: CHF 1'100'619.23
- NPK 132 Bohren und Trennen von Beton und Mauerwerk: CHF 121'834.43
- NPK 161 Wasserhaltung: CHF 93'820.25
- NPK 172 Abdichtungen für Bauwerke unter Terrain und für Brücken: CHF 2'550.00
- NPK 211 Baugruben und Erdbau: CHF 1'310.51

- NPK 237 Kanalisationen und Entwässerungen: CHF 3'792.50
- NPK 241 Ortbetonbau: CHF 8'732'923.96
- NPK 314 Maurerarbeiten: CHF 1'080'302.69
- NPK 315 Vorgefertigte Elemente aus Beton und künstlichen Steinen: CHF 2'486'652.37
- NPK 318 Spezielle Dichtungen und Dämmungen: CHF 421'041.48
- Total: CHF 15'305'785.37

Auch in der Klagebegründung hatte die Klägerin ihr Schlussausmass (act. 3/48, bzw. ohne Details act. 3/47) für die Behauptung eines Vergütungstotals (ohne Schlussrechnung Arbeitsgerüste) von CHF 14'685'160.70 (netto inkl. MwSt.) als Beweis offeriert (act. 1 N 49).

2.3.4.17. Damit genügt die Klägerin ihrer Behauptungslast nicht. Diese verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Der Behauptungs- und Substantiierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen (BGE 147 III 440 ff. E. 5.3, BGer-Urteile 4A_209/2019 vom 8. Oktober 2019 E. 7.2.2.1 und 9.2 sowie 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5 mit Hinweisen). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht im An-

wendungsbereich der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nicht zu beachten. Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substantiierungsobliegenheiten durch Verweisung auf eine Beilage nachzukommen. Dies kann sich beispielsweise in Fällen wie dem vorliegenden anbieten, wo sich eine Forderung aus hunderten oder gar tausenden Einzelbeträgen bzw. Leistungen zusammensetzt. Eine entsprechende Verweisung und Erklärung der Klägerin, dass und welcher Inhalt ihrer Ausmasse als Bestandteil ihrer Rechtsschrift(en) bzw. als (mit-)behauptet zu gelten habe, wäre aber minimale Voraussetzung (BGer-Urteil 4A_377/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.2; Urteil HG200023 vom 17. Dezember 2021, S. 19 f.). Vorliegend fehlt es jedoch an einer solchen Verweisung und damit von vornherein an einem diesbezüglichen Behauptungsfundament, da die Klägerin fälschlicherweise der Ansicht ist, ihre konkreten Leistungen im Umfang der genannten 93.1% nicht darlegen zu müssen. Unter der Annahme, dass sich die klägerischen Behauptungen hinsichtlich der übrigen rund CHF 4.7 Mio. allesamt als ausreichend substantiiert erwiesen hätten und der Klägerin der entsprechende Beweis gelungen wäre, würde dieser Betrag die erhaltenen Akontozahlungen von CHF 11'612'638.75 netto inkl. MwSt. bzw. CHF 10'782'394.38 netto exkl. MwSt. (act. 29 N 108) nicht übersteigen. Die Klägerin vermag folglich keine (darüber hinausgehende) Forderung aus Ausmass nachzuweisen, weshalb ihr Rechtsbegehren Ziff. 1 insoweit abzuweisen ist.

2.3.4.18. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Klägerin zur Behauptung ihrer konkreten Leistungen auf ihr Schlussausmass verwiesen und dieses zum integrierenden Bestandteil ihrer Rechtsschrift erklärt hätte. Diesfalls wird nämlich vorausgesetzt, dass die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet werden und nur für die Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird. Entscheidend ist, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob die Verweisung ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind, sie also nicht selbsterklärend sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten (BGE 144 III 519 ff. E. 5.2.1.2., BGer-Urteil 4A_377/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.2). Vorliegend ist das klägerische

Schlussausmass gerade nicht selbsterklärend. Unerheblich ist, dass die Beklagte bzw. ihre Bauleitung aufgrund ihrer Kenntnisse des Bauprojekts die angeblichen Ausmasse eventuell eher nachvollziehen kann als das Gericht. Im Prozess ist auch das Gericht in die Lage zu versetzen, eine strittige Forderung beurteilen zu können. So oder anders rügt allerdings auch die Beklagte, die Klägerin habe es versäumt, ihre Ausmasse so konkret darzulegen, dass gestützt darauf ein substantiiertes Bestreiten möglich wäre oder der Gegenbeweis angetreten werden könne; insbesondere die Mehrausmasse in Millionenhöhe seien weder kontrollierbar noch nachvollziehbar (statt vieler act. 40 N 166). Somit wären zusätzliche Angaben und Erklärungen in der Rechtsschrift erforderlich gewesen, wobei deren Art und Umfang von den konkreten Leistungen, welche die Klägerin erbracht haben will, abhängig gewesen wären. Beispielhaft kann dazu auf die Seite 97 im Kapitel Ortbetonbau verwiesen werden (act. 3/48 S. 97). Die fragliche Stelle im Ausmass der Klägerin präsentiert sich wie folgt:

Offerte Nr.
 ... G. _____, F. _____ Ausmass
 NPK-Bau 241D/2012 Ortbetonbau (V2012)

Seite 97 von 761
 A. _____ AG
 30. April 2019

		Vortrag	2'574'260.16
122	Schalhöhe m 0,26 bis 0,50.	m2	182.854
	Pos.lage: 4 P-UG, KAG: 211, Elementcode: UG		60.00
	(1.550 + 8.325) * 0.400 // S1	3.950	01.06.17
	6.000 * 0.400 // S1	2.400	01.06.17
	9.150 * 0.300 // S1	2.745	01.06.17
	(8.325 + 1.750) * 0.300 // S1	3.023	01.06.17
	(4.730 + 12.500 + 0.760) * 0.300 //	5.397	01.06.17
	N1		
	(9.850 + 5.230) * 0.300 // Kran 2	4.524	01.06.17
	((0.300 + 0.400) / 2.000) *	5.880	01.06.17
	16.800 // Kran2		
	((0.300 + 0.400) / 2.000) * (5.278	01.06.17
	5.230 + 9.850)		
	(2.755 + 8.855) * 0.300 // N2	3.483	01.06.17
	9.850 * 0.300 // N2	2.955	01.06.17
	(2.950 + 0.770 + 17.635) * 0.300 //	6.407	01.06.17
	N3		
	9.850 * 0.300 // N3	2.955	01.06.17
	9.400 * 0.300 // Kern A2	2.820	01.06.17
	(1.000 + 13.750) * 0.400 // Kern A1	5.900	01.06.17
	(5.330 + 4.970) * ((0.400 +	3.605	01.06.17
	0.300) / 2.000) // Kern A3		
	1.020 * 0.400 // Kern A3	0.408	01.06.17
	4.120 * 0.400 // Kern A3	1.648	01.06.17
	(1.550 + 2.500 + 4.970) * 0.400 /	3.608	30.06.17
	//Kern A2/A1		
	(1.000 + 13.750) * 0.400 // Kern A3/A1	5.900	30.06.17
	(5.330 + 4.970 + 0.515 + 0.500 +	6.174	30.06.17
	4.120) * 0.400 // Kern A3/B2		
	(5.330 + 6.150 + 10.750) * 0.400 //	8.892	30.06.17
	Kern b2/B3		
	(5.330 + 7.445) * 0.400 // Kern B1	5.110	30.06.17
	(0.380 + 8.170 + 0.490 + 1.815 +	5.402	30.06.17
	2.650) * 0.400 //Kran 1		
	0.750 * 0.400 //Kran 1	0.300	30.06.17
	3.750 * 0.300 //Kran 1	1.125	30.06.17
	(3.130 + 0.705 + 7.005 + 5.450 +	6.444	30.06.17
	5.190) * 0.300 // Kran 1		
	(8.250 + 3.250 + 3.265 + 5.350) *	9.957	30.06.17
	0.495 // Kren B3		
	2.250 * 0.400 // Kran 1	0.900	30.06.17
	(2.800 + 0.465 + 3.790 + 3.360 +	8.466	30.06.17
	10.750) * 0.400 //Kern B3		
	(13.500 + 17.000) * 0.350 // U2 Kern C	10.675	16.08.17
	(5.000 + 0.525 + 12.900) * 0.350 //	6.449	16.08.17
	U2 Kern D		
	10.500 * 0.350 // U2 Boplt. U2.2 zu U2.1	3.675	31.10.17

Ersichtlich ist daraus, dass es sich um Ausmasspositionen im Kapitel Ortbetonbau handelt, konkret um Schalungen mit einer Höhe von 0.26-0.5 m. Sodann lassen sich ein Ausmass von total 182.854 m² ein Einheitspreis von CHF 60.–, verschiedene Daten sowie das durch Multiplikation errechnete Positiontotal von CHF 10'871.24 erkennen. Was die Klägerin wo und wie konkret ausgemessen

hat, erschliesst sich indes nicht. So werden verschiedene, erklärungsbedürftige Abkürzungen verwendet, etwa "*Pos.lage: 4 P-UG, KAG: 211, Elementcode: UG*", "*S1*", "*N2*", "*Kern A3/A1*" oder "*Kran 2*". Es fehlen Angaben dazu, zur baulichen Situation, zum Bauablauf sowie zur werkvertraglichen Grundlage der Leistung und des Einheitspreises. Die klägerische Forderung müsste somit aus einer nicht selbsterklärenden Beilage hergeleitet werden, die zudem nicht eine Seite, sondern mehrere Ordner umfasst.

2.3.4.19. Soweit die Klägerin in der Klagebegründung verschiedentlich ein Gutachten offerierte ("*Expertise über das Schlussausmass*") bleibt unklar, was Gegenstand des Gutachtens hätte sein sollen, beschränkten sich doch die damit verknüpften Behauptungen auf die Nennung von Vergütungstotalen (act. 1 N 49, 91), welche sich bereits aus den Ausmassen selbst ergeben, und die vorprozessuale Bestreitung des Ausmasses durch die Beklagte (act. 1 N 90, 98). Entsprechend ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin in der Replik (act. 29 N 143) die an diesen Stellen der Klagebegründung offerierten Gutachten im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 2.4.4 SIA 118/222 Allgemeine Bedingungen für Gerüstbau erneuerte. Ebenso ist nicht ersichtlich, was der in der Klage zum Vergütungstotal gemäss Schlussausmass offerierte Augenschein hätte zum Gegenstand haben sollen (act. 1 N 49). Ein Beweisverfahren vermag Tatsachenbehauptungen nicht zu ersetzen, sondern setzt solche gerade voraus (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Beweise wären folglich nicht abzunehmen gewesen. Das Rechtsbegehren Ziff. 1 wäre in Bezug auf das Ausmass auch aus diesem Grund abzuweisen.

2.4. Rechtsbegehren Ziff. 1: Zuschläge für Samstagsarbeit

2.4.1. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ab Mai 2017 bis Bauabschluss für alle Unternehmer Samstagsarbeit angeordnet. Die Parteien hätten am 24. August 2018 und 29. September 2018 an mündlichen Besprechungen explizit vereinbart, dass die Klägerin die Samstagsarbeiten in Rechnung stellt. Dies habe sie (die Klägerin) mit ihrer Schlussrechnung Samstagsarbeit vom 14. März 2019 (act. 3/58) über CHF 103'016.90 netto inkl. MwSt. getan (act. 1 N 20 ff., 60 ff., 132). In der Replik präzisierte die Klägerin, dass sie auf Anordnung der Beklagten von August 2017 bis Juli 2018 Samstagsarbeit von 6'004.5 Stunden geleistet habe. Sie fordere mit dem genannten Betrag nicht die Grundvergütung für diese Arbeiten, sondern lediglich den gemäss Art. 27 Abs. 3 des Landesmantelvertrags für das schweizerische Bauhauptgewerbe (Fassung 2016-2018; im Folgenden: "LMV") zwingend vorgeschriebenen Geldzuschlag von 25%. Die Klägerin habe mithin die Kosten der Samstagsarbeit zu tragen, die Beklagte jedoch die genannten Lohnzuschläge zu übernehmen. Diese Entschädigung bzw. der Lohnzuschlag sei vereinbarungsgemäss auf der Grundlage des Durchschnittslohns aller an Samstagen arbeitenden Mitarbeiter berechnet worden (act. 29 N 675 ff.).

Die Beklagte bestreitet, Samstagsarbeit angeordnet zu haben. Weiter bestreitet sie die geleisteten Stunden, die Berechnung der Stundenansätze sowie die Behauptung, dass die Klägerin den Lohnzuschlag gemäss LMV überhaupt bezahlen muss. Weiter wendet die Beklagte gegen den klägerischen Anspruch ein, dass sich der Werkvertrag an mehreren Stellen klar gegen die Vergütung von Samstagsarbeit und von Zuschlägen ausspreche. Insbesondere schliesse Ziff. 4.5.1 Abs. 3 PSB eine Entschädigung für Samstagsarbeit explizit aus und erkläre diese als im Werkpreis inbegriffen. Eine identische Regelung enthalte Ziff. 7.3.2. Abs. 3 VVP sowie (im Ergebnis) Ziff. 4.15 PSB. Die Beklagte bestreitet ferner eine abweichende mündliche Vereinbarung, eventualiter erachtet sie eine solche aufgrund des vertraglichen Schriftlichkeitsvorbehalts als ungültig (act. 17 N 161 ff.; act. 40 N 956 ff.).

2.4.2. Würdigung

2.4.2.1. Der Werkvertrag schliesst die Entschädigung von Samstagsarbeit in verschiedenen Bestandteilen explizit (Ziff. 7.3.2 Abs. 3 VVP, Ziff. 4.5.1 Abs. 3 PSB) oder implizit (Ziff. 13 Abs. 3 VVP, Ziff. 4.18.2 und 4.18.4 GBV) aus, was auch die Klägerin zu Recht nicht bestreitet (vgl. act. 29 N 678). Sie vertritt allerdings die Ansicht, der geforderte Zuschlag sei von den fraglichen Vertragsbestimmungen bzw. dem Entschädigungsausschluss nicht umfasst (act. 29 N 678), und fährt fort, die Parteien hätten nach Vertragsschluss eine "*besondere Abrede*" getroffen, wonach der Zuschlag trotzdem zu entschädigen sei; die Parteien seien also "*bewusst vom ursprünglichen Werkvertrag (inkl. dessen Schriftform)*" abgewichen (act. 29 N 679 f.). Diese Argumentation ist widersprüchlich. Hätte der Werkvertrag eine Entschädigung des Zuschlags nicht ausgeschlossen, wäre keine Vertragsänderung notwendig geworden.

2.4.2.2. Unbesehen davon macht die Klägerin geltend, die Parteien hätten jedenfalls am 24. August 2018 und 29. September 2018 die Entschädigung der Zuschläge für bereits geleistete Samstagsarbeit vereinbart. Die Klägerin behauptet aber gerade nicht, dass die Parteien anlässlich dieser Besprechungen die konkreten Leistungen, Stundenansätze und Entschädigungen, wie sie später in ihrem Rechnungsanhang (act. 3/58) Niederschlag fanden, besprochen oder gar vereinbart hätten. Auch ein daraus abgeleitetes Schuldbekenntnis über die eingeklagten CHF 103'016.90 behauptet die Klägerin nicht. Im Gegenteil macht sie geltend, die Entschädigung für die geleisteten Stunden vereinbarungsgemäss – demnach nachträglich – auf der Grundlage des Durchschnittslohns aller an den fraglichen Samstagen arbeitenden Mitarbeiter berechnet zu haben (act. 29 N 686). Mangels entsprechender Behauptungen bleibt unklar, wer bei der Klägerin wann die im Rechnungsanhang enthaltene (act. 3/58 S. 2 f.), handschriftliche Notiz erstellt hat, welche die in der Rechnung enthaltene Berechnung wiederzugeben scheint. Der massgebende Durchschnittslohn war jedenfalls nicht Gegenstand der behaupteten Parteivereinbarung, weshalb die Klägerin gehalten gewesen wäre, diesen im vorliegenden Verfahren substantiiert dazulegen. Dies hat sie unterlassen. So beschränkt sie sich auf die Angabe eines Durchschnittslohns von CHF 37.94 pro

Stunde, zuzüglich Sozialkosten von 68%. Während letztere gänzlich unerklärt bleiben, verweist die Klägerin bezüglich des Durchschnittslohns auf eine interne Auskunft ihrer Personalabteilung vom 14. Juli 2017, welche ebenfalls der Rechnung angehängt (act. 3/58 S. 8) wurde. Diese stellt im Ergebnis eine blosser Parteibehauptung in Urkundenform dar, welcher kein Beweiswert zukommt. Ohnehin steht sie, soweit ersichtlich, zeitlich in keinem Zusammenhang mit der behaupteten Parteivereinbarung, welche erst über ein Jahr später erfolgt sein soll. Sodann enthält das fragliche E-Mail *zehn* verschiedene Stundenlöhne, wobei nicht angegeben wird, auf welche Mitarbeiterkategorien sich diese beziehen. Die Klägerin behauptet in ihrer Replik, dass an den fraglichen Samstagen *drei* Mitarbeiterkategorien gearbeitet hätten, nämlich Polier, Kranführer und Bauarbeiter (act. 29 N 686). Die interne Auskunft lässt sich entsprechend nicht mit den Angaben in der Rechtsschrift in Übereinstimmung bringen. Die offerierte Zeugenbefragung von I._____ und J._____ kann nicht der Ergänzung des fehlenden Behauptungsfundaments dienen, weshalb diese Beweise nicht abzunehmen sind. Die Klägerin vermag folglich keine Forderung aus Zuschlägen für Samstagsarbeit nachzuweisen, weshalb das Rechtsbegehren Ziff. 1 insoweit abzuweisen ist.

2.5. Rechtsbegehren Ziff. 1: Verzugszins

2.5.1. Ausgangslage

Die Klägerin fordert Verzugszins von 5% (eventualiter 8.17%; act. 29 N 719 ff.) auf den mit Rechtsbegehren Ziff. 1 eingeklagten Forderungen. Eine Prüfung des Verzugszinses erübrigt sich hinsichtlich aller abzuweisenden Ansprüche. Zu prüfen bleibt somit, ob und ab wann Verzugszins auf den von der Beklagten anerkannten Forderungen aus Bestellungenänderungen/Nachträgen sowie Regie geschuldet ist.

2.5.2. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien haben in Ziff. 1.2 VVP für den Fall, dass sich Vertragsbestandteile widersprechen, eine Rangfolge derselben vorgesehen (vgl. Erw. 2.3.1 vorstehend). Diese Regel geht derjenigen von Art. 21 SIA-Norm 118 vor.

Das Zuschlagsschreiben (act. 3/1 S. 1) enthält folgende Bestimmung (Klägerin: act. 1 N 102, 137 und act. 29 N 691; Beklagte: act. 17 N 175):

Position	Beschreibung	Betrag exkl. MwSt. CHF
00010	Baumeisterarbeiten	12,132,234.81
Werkpreis exkl. MwSt.		12,132,234.81
Verrechnung allgemeine Bauabzüge	2.9 %	351,834.81
Verbindlichkeit exkl. MwSt.		11,780,400.00
MwSt.	8.0 %	942,432.00
Verbindlichkeit inkl. MwSt.		12,722,832.00

Zahlungsbedingungen: 60 Tage ab 10. des nächsten Monats

Das (nachrangige) VVP (act. 3/2 S. 10) enthält sodann in Ziff. 7.5 die folgende Regelung (Klägerin: act. 1 N 102, 137 und act. 29 N 692 f.; Beklagte: act. 17 N 175):

7.5 Zahlungsbedingungen

Rechnungen sind innert 60 Tagen zur Zahlung fällig. Die Zahlungsfrist beginnt am auf den Rechnungseingang folgenden 10. eines Monats.

Rechnungen nach Zahlungsplan welcher noch definiert wird.

Die Schlussrechnung ist vom UNTERNEHMER innerhalb von 30 Tagen seit der Abnahme des Werks des UNTERNEHMERS auszustellen.

Vereinbaren die PARTEIEN Zahlungen des BAUHERRN an den UNTERNEHMER in WIR?

Ja Nein

Falls WIR-Zahlungen vereinbart werden, bezahlt der BAUHERR einen Betrag von CHF *BETRAG* in WIR, unter vollständiger Anrechnung an den Werkpreis.

Die vorstehenden Bedingungen gelten sinngemäss auch für Nachtrags- und Regierrechnungen.

Gemäss Ziff. 7.4 VVP setzte die Fälligkeit voraus, dass jede Rechnung der Klägerin den vom Bauherrn zugewiesenen Referenzcode, den Nettobetrag (exkl. MwSt.), den Bruttobetrag (inkl. MwSt.), den gesetzlichen Mehrwertsteuersatz, den ausgewiesenen Betrag der Mehrwertsteuer sowie die Mehrwertsteuernummer des Unternehmers enthalten und nur Leistungen aufgeführt sind, welche im Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits erbracht worden sind.

2.5.3. Streitpunkte

Nach Ansicht der Klägerin enthält der Werkvertrag in den vorstehend zitierten Bestimmungen eine Verfalltagsabrede i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR: Mit Ablauf der im Vertrag vorgesehenen Zahlungsfrist sei die Beklagte jeweils in Schuldnerverzug geraten. Dazu habe es keiner Mahnung bedurft, da die genannten Vertragsbestimmungen eine solche nicht vorsähen und der gegenteilige Art. 190 SIA-Norm 118 nicht übernommen bzw. durch die ranghöheren Vertragsbestandteile vollständig abgeändert worden sei (act. 29 N 689 ff.). Nachdem Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht einschlägig sei, komme der gesetzliche Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) zur Anwendung (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2; act. 1 N 103 f., 140; act. 29 N 719 f.). Im Eventualstandpunkt macht die Klägerin geltend, die Beklagte hinsichtlich sämtlicher Forderungen gemahnt zu haben (act. 29 N 705 ff.) und behauptet einen am Zahlungsort üblichen Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer im Sinne von Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 von 8.17% (act. 29 N 721 ff.).

Die Beklagte wendet ein, die vereinbarte Zahlungsfrist sei eine reine Zahlungsfrist, mit deren Ablauf sie (die Beklagte) nicht in Verzug geraten sei. Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 verlange eine zusätzliche Mahnung. Die Parteien seien von dieser Bestimmung einzig hinsichtlich der Länge der Zahlungsfrist abgewichen und hätten die Bestimmung im weiteren Umfang nicht wegbedungen (act. 40 N 1002 ff.). Folglich sei auch der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer und nicht der gesetzliche Verzugszins massgebend (act. 17 N 181). Die Beklagte bestreitet die (als Eventualstandpunkt) vorgebrachten klägerischen Ausführungen zum am Zahlungsort üblichen Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer als unsubstantiiert und unbelegt, weshalb in Übereinstimmung mit dem klägerischen Hauptstandpunkt bzw. Rechtsbegehren von einem Verzugszins von 5% auszugehen sei (act. 17 N 181; act. 40 N 1071 ff.).

2.5.4. Rechtliches

Bei der Auslegung eines Vertrags ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser für die Sonderfälle der falschen Ausdrucksweise (*falsa demonstratio*) und der Simulation kodifizierte Grundsatz gilt nach herrschender Auffassung als allgemeine Auslegungsmaxime für Verträge (anstatt vieler: WIEGAND WOLFGANG, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 N 1). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. E. 4.1; BGE 132 III 268 ff. E. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Dabei hat es als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 mit Hinweisen; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. E. 4.2.1). Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert. Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 ff. E. 6.1 mit Hinweisen; BGE 142 V 129 ff. E. 5.2.2; BGE 140 V 50 ff. E.2.2).

2.5.5. Würdigung

2.5.5.1. Zu Recht unstrittig ist, dass Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 unter dem Titel "Zahlungsverzug des Bauherrn" verschiedene Rechtsfragen regelt, nämlich die Zahlungsfrist für fällige Zahlungen, die Skontofrist, den Schuldnerverzug des Bauherrn und den Verzugszins (vgl. PETER GAUCH / HUBERT STÖCKLI, in: Gauch Peter / Stöckli Hubert [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten [Ausgabe 2013], 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2017, Art. 190 N 1.1). Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 regelt den Zeitpunkt der Fälligkeit nicht, sondern statuiert eine Zahlungsfrist, welche mit der Fälligkeit zu laufen beginnt ("*...leistet fällige Zahlungen innerhalb von 30 Tagen...*"). Die Norm sieht mit anderen Worten eine Frist zur Bezahlung der fälligen Vergütung vor, ohne den Eintritt der Fälligkeit hinauszuschieben (sog. fälligkeitsüberschreitende Zahlungsfrist; vgl. GAUCH, a.a.O., N 1165b, 1179). Art. 190 Abs. 1 berechtigt die Bauherrin, die fällige Zahlung bis zum Ablauf dieser Frist einredeweise zu verweigern (BGer-Urteil 4A_306/2008 vom 9. September 2008 E. 4.1.1). Fälligkeitsbestimmungen finden sich in verschiedenen anderen Artikeln der SIA-Norm 118, so etwa in Art. 55 Abs. 1 (Regierechnungen: Fälligkeit mit Rechnungseingang), Art. 148 (Abschlagszahlungen: Fälligkeit mit Rechnungseingang) oder Art. 155 Abs. 1 (Schlussrechnung: Fälligkeit mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung). Nach Art. 190 Abs. 1 der Norm ist für den Eintritt des Schuldnerverzugs eine Mahnung nach Ablauf der Frist erforderlich (vgl. BGer-Urteil 4A_605/2020 vom 24. März 2021 E. 7.1), weshalb es sich beim letzten Tag der Zahlungsfrist nicht um einen Verfalltag handelt (GAUCH / STÖCKLI, a.a.O., Art. 190 N 14.1; SPIESS HANS RUDOLF / HUSER MARIE-THERES, in: Norm SIA 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Bern 2014, Art. 142 N 6, Art. 190 N 19). Eine Mahnung erübrigt sich somit nach der Norm einzig dann, wenn die Unternehmerin die Bauherrin schon vor Fristablauf gemahnt hat (GAUCH, a.a.O., N 1179) oder wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sich die Mahnung als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR; Urteil HG210102 vom 9. August 2021 E. 4.1).

2.5.5.2. Die Klägerin macht geltend, die Parteien seien in ranghöheren Vertragsbestandteilen von Art. 190 SIA-Norm 118 abgewichen (act. 29 N 693 ff.). Nach-

dem die vereinbarte Rangfolge nur zum Tragen kommt, wenn überhaupt ein unauflösbarer Widerspruch zwischen Vertragsbestandteilen vorliegt, sind die fraglichen Bestimmungen unter diesem Blickwinkel auszulegen. Ausgangspunkt ist dabei sowohl bei der Ermittlung eines tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillens als auch bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip der Vertragswortlaut. Hinsichtlich des Wortlauts des ranghöheren Zuschlagsschreibens und VVP ist festzuhalten, dass die Formulierung im Zuschlagsschreiben ("*Zahlungsbedingungen: 60 Tage ab 10. des nächsten Monats*") von derjenigen in Ziff. 7.5 VVP ("*Rechnungen sind innert 60 Tagen zur Zahlung fällig. Die Zahlungsfrist beginnt am auf den Rechnungseingang folgenden 10. eines Monats*") abweicht. Allerdings behauptet keine Partei einen inhaltlichen Unterschied zwischen diesen beiden Bestimmungen. Folglich ist davon auszugehen, dass sie nach dem Willen der Parteien denselben Regelungsinhalt aufweisen. Dem Wortlaut des Zuschlagsschreibens ist dabei zumindest eine Zahlungsfrist ("*Zahlungsbedingungen*") von 60 Tagen zu entnehmen. Ziff. 7.5 VVP konkretisiert, dass der jeweilige Rechnungsbetrag erst mit Ablauf der Zahlungsfrist fällig werden soll. Gemäss Wortlaut liegt demnach – in Abweichung zu Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 – eine fälligkeitsauslösende Zahlungsfrist vor (GAUCH, a.a.O. N 1165b).

2.5.5.3. Dieser Widerspruch ist nach übereinstimmender Ansicht beider Parteien (Klägerin: act. 29 N 694; Beklagte: act. 17 N 175 f. und act. 40 N 1002 f.) grundsätzlich nach der vereinbarten Rangfolge zugunsten der Regelung in Zuschlagsschreiben und Ziff. 7.5 VVP aufzulösen. Was hingegen die vorliegend interessierende Verfalltagsabrede anbelangt, so ergibt sich diese nicht aus dem Wortlaut von Zuschlagsschreiben und Ziff. 7.5 VVP, wird von diesen aber auch nicht ausgeschlossen. Den Ausführungen der Klägerin in act. 29 N 695 f. lässt sich in diesem Zusammenhang nicht zweifelsfrei entnehmen, ob sie einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen behaupten will. Unsubstantiiert ist jedenfalls ihr Vorbringen, wonach die Zahlungsfrist zugunsten der Beklagten deutlich verlängert, aber als Ausgleich dazu als Verfalltagsabrede ausgestaltet worden sei (act. 29 N 695). Auch aus den angeführten (act. 29 N 696) Zahlungsplänen (act. 30/147-148) lässt sich kein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien ableiten. Die Klägerin führt diesbezüglich einzig in allgemeiner Weise aus, ein solcher Zah-

lungsplan werde gerade deshalb vereinbart, um die Zahlungspflicht und die Fälligkeit abweichend von Art. 190 SIA-Norm 118 zu regeln. Dies mag in manchen Fällen zutreffen, lässt aber keinen zwingenden Schluss auf eine Verfalltagsabrede zu. Im Gegenteil stellen Zahlungspläne ein auch von der SIA-Norm 118 vorgesehenes und geregeltes Instrument dar, wobei der Schuldnerverzug hinsichtlich Abschlagszahlungen trotzdem explizit eine Mahnung voraussetzt (Art. 148 i.V.m. Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Gegen das Vertragsverständnis der Klägerin spricht sodann der Umstand, dass die klägerische Rechnungsstellung weder mit der vertraglichen Regelung in Zuschlagsschreiben und Ziff. 7.5 VVP noch den Zahlungsplänen übereinstimmt. So datierten die Akontorechnungen Nr. 1-14 (act. 3/50) der Klägerin jeweils vom 10. des Monats und verlangten die Bezahlung innert 60 Tagen. Gerechnet ab dem Zeitpunkt, in welchem die Rechnungen der Beklagten frühestens zugehen konnten, war das jeweilige Valutadatum gemäss Zahlungsplan bei Ablauf der Zahlungsfrist bereits verstrichen. Die Rechnungsstellung stimmt aus demselben Grund auch nicht mit der vertraglichen Regelung gemäss Zuschlagsschreiben und VVP überein, wonach die 60-tägige Zahlungsfrist erst am 10. des auf den Rechnungseingang folgenden Monats zu laufen beginnt. So stellte die Klägerin jeweils am 10. eines Monats ihre Rechnung, wodurch die Zahlungsfrist erst am 10. des Folgemonats und damit rund einen Monat später zu laufen begann. Bereits aus dem nachvertraglichen Verhalten der Klägerin lässt sich deshalb nicht auf das von ihr vertretene Vertragsverständnis schliessen.

2.5.5.4. Die vertragliche Regelung ist demnach nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Wie bereits festgehalten, ergibt sich eine Verfalltagsabrede nicht aus dem Wortlaut von Zuschlagsschreiben und Ziff. 7.5 VVP, auch wenn sie von diesem nicht grundsätzlich ausgeschlossen wird. Die von der Klägerin behauptete Abweichung zu Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 entsteht somit nur, wenn Ziff. 7.5 VVP im Rahmen der Auslegung ein Inhalt beigemessen wird, der im Wortlaut keinen Niederschlag gefunden hat. Unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten ist bei der Auslegung demjenigen Verständnis den Vorzug zu geben, welches den Widerspruch zur rangniederen SIA-Norm 118 gar nicht erst entstehen lässt. Es besteht kein Grund anzunehmen, dass vernünftige Parteien in ihrem Vertragswerk im Vertrauen auf eine Widerspruchsregel absichtlich Widersprüche schaffen

wollten, ohne ihr Verständnis zumindest klar zum Ausdruck zu bringen. Die Parteien haben somit keine Verfalltagsabrede vereinbart und einzig hinsichtlich Fälligkeit und Länge der Zahlungsfrist eine von der Norm abweichende Vereinbarung getroffen. Nach Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 setzte der Schuldnerverzug der Beklagten somit eine ausdrückliche Mahnung der Klägerin voraus.

2.5.5.5. Betreffend die Nachtragsrechnungen Nr. 0078 (CHF 4'494.75 netto inkl. MwSt.), 0079 (CHF 63'498.95 netto inkl. MwSt.) und 0080 (CHF 4'040.85 netto inkl. MwSt.) behauptet die Klägerin im Eventualstandpunkt den Schuldnerverzug der Beklagten ab dem 9. September 2019 (act. 29 N 711), was von dieser anerkannt wird (act. 40 N 1065 ff.). Der Klägerin ist somit auf den fraglichen Beträgen ab diesem Datum Zins zuzusprechen. Hinsichtlich der Regierechnung Nr. 0025 (CHF 53'152.20 netto inkl. MwSt.) behauptet die Klägerin den Schuldnerverzug der Beklagten ab dem 12. Juni 2019 (act. 29 N 713, 758), was von dieser anerkannt wird (act. 40 N 1068). Der Klägerin ist somit auf dem fraglichen Betrag ab diesem Datum Zins zuzusprechen. Hinsichtlich der Regierechnung Nr. 0049 (CHF 32'298.75 netto inkl. MwSt.) behauptet die Klägerin den Schuldnerverzug der Beklagten ab dem 10. August 2019 (act. 29 N 713, 758), was von dieser anerkannt wird (act. 40 N 1069). Der Klägerin ist somit auf dem fraglichen Betrag ab diesem Datum Zins zuzusprechen. Hinsichtlich der Regierechnung Nr. 0081 (CHF 45'319.85 netto inkl. MwSt.) behauptet die Klägerin den Schuldnerverzug der Beklagten ab dem 9. September 2019 (act. 29 N 713, 758), was von dieser anerkannt wird (act. 40 N 1070). Der Klägerin ist somit auf dem fraglichen Betrag ab diesem Datum Zins zuzusprechen.

2.5.5.6. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Parteien auch hinsichtlich der Zinshöhe keine von der Norm abweichende Vereinbarung getroffen haben. Die Parteien haben zudem die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Obligationenrechts und damit auch von Art. 104 OR gemäss Ziff. 1.2.1 VVP (act. 3/2) nur nachrangig zur SIA-Norm 118 vereinbart. Folglich wäre grundsätzlich der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer massgebend (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Anhand der Ausführungen der Klägerin (act. 29 N 721 ff.) lässt sich dieser indessen nicht erstellen. So ver-

weist sie einerseits auf veraltete Angaben, welche keine Rückschlüsse auf die heutige Zinshöhe zulassen, so auf ein Memorandum von K._____ zuhanden des Kantonsrates des Kantons Zug aus dem Jahre 2006 (Zinssatz von 6.5% bis 9%, je nach bilanzmässiger Bonität der Unternehmung) und auf einen Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 1. Juli 2004, gemäss welchem die L._____ -Bank einen Zinssatz von 5.75% berechne. Andererseits offeriert sie eine Auskunft der M._____ AG (act. 22/224; Zinssatz von 11%), welche ihre Auskunft aber mangels Engagement in diesem Geschäftsbereich selbst als nicht repräsentativ bezeichnet. Die Beklagte anerkennt den gesetzlichen Verzugszins von 5%, welchen die Klägerin im Hauptstandpunkt verlangt. Entsprechend ist ein Zins von 5% geschuldet.

2.6. Rechtsbegehren Ziff. 2

2.6.1. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte die 14. Akontorechnung, die Nachtragsrechnungen Nr. 0547, 0178, 0196, 0322, 0391, 0398, 0399, 0400, 0401, 0403, 0507, 0509, 0510, und die Regierechnungen Nr. 0343, 0357, 0358, 0363, 0419, 0450, 0514, 0519, 0533 (act. 3/50,90-109) verspätet bezahlt habe. Bei Erhalt der Zahlung sei sie (die Klägerin) deshalb nach Art. 85 Abs. 1 OR berechtigt gewesen, den bezahlten Betrag zuerst auf den aufgelaufenen Verzugszins anzurechnen, sodass die jeweilige Kapitalforderung in diesem Umfang noch nicht getilgt und damit zuzüglich Verzugszins geschuldet sei (act. 1 N 103 f.; act. 29 N 728 ff.). An der Besprechung vom 26. März 2019 bzw. in der anschliessenden E-Mail-Korrespondenz habe die Klägerin nicht auf die Bezahlung des Zinses verzichtet. Ein solcher Verzicht hätte einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung bedurft, welche nicht vorliege (act. 51 N 53).

Die Beklagte bestreitet in Bezug auf die 14. Akontorechnung den behaupteten Schuldnerverzug und dass im Zeitpunkt der vollständigen Bezahlung der Rechnung überhaupt Verzugszins aufgelaufen war (act. 17 N 174 ff., 274 f.; act. 40 N 1017 ff., 1028 f.). Hinsichtlich der Nachtrags- und Regierechnungen wendet die Beklagte ein, die Parteien hätten sich anlässlich des Treffens am 26. März 2019

darauf geeinigt, dass sie die fraglichen Rechnungen bis am 3. April 2019 (Nachtragsrechnungen Nr. 0178, 0196, 0322, 0391, 0398, 0399, 0400, 0401, 0403, 0507, 0509, 0510, 0547) bzw. bis am 10. April 2019 (Regierechnungen Nr. 0343, 0357, 0358, 0363, 0419, 0450, 0514, 0519 und 0533) bezahle. Im Gegenzug habe die Klägerin nach Erhalt der zweiten Zahlung gegenüber der N._____ AG schriftlich im Umfang der geleisteten Zahlungen die Entlastung der von der Beklagten geleisteten Zahlungsgarantie erklären sollen. Diese Vereinbarung habe sie, die Beklagte, mit E-Mail vom 27. März 2019 an die Klägerin festgehalten, woraufhin diese das Festgehaltene am 28. März 2019 bestätigt habe. Weder an der Sitzung noch im anschliessenden E-Mail-Verkehr sei die Rede davon gewesen, dass die vereinbarten Zahlungsbeträge zuzüglich angeblichem Verzugszins zu verstehen seien oder dass die Bezahlung der behaupteten Verzugszinse Voraussetzung für die Entlastung der Bankgarantie habe sein sollen. Sie, die Beklagte, habe die Rechnungen am 3. bzw. 16. April 2019 bezahlt (act. 40 N 1025 f.).

2.6.2. Rechtliches

Geht eine Forderung infolge ihrer Erfüllung oder auf andere Weise unter, so können bereits aufgelaufene Zinsen nur dann nachgefordert werden, wenn diese Befugnis des Gläubigers verabredet oder den Umständen zu entnehmen ist (Art. 114 Abs. 1 und 2 OR). Daraus folgt, dass grundsätzlich der Zinsgläubiger die Nachforderungsbefugnis und der Zinsschuldner den Untergang der Hauptforderung zu beweisen hat (LOACKER LEANDER D. in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 114 N 13; AEPLI, a.a.O., Art. 114 N 61).

2.6.3. Würdigung

2.6.3.1. Die 14. Akontorechnung im Betrag von CHF 750'000.– datiert vom 10. Juli 2018 (act. 3/50, S. 14). Die Beklagte bestreitet die klägerische Darstellung, wonach sie Verzugszins ab dem 10. Oktober 2018 (act. 1 N 103; act. 29 N 702), eventualiter ab dem 9. November 2018 (act. 29 N 729 f.), geschuldet habe. Unbestrittenermassen bezahlte die Beklagte den Rechnungsbetrag, und zwar CHF 350'000.– am 14. November 2018 sowie CHF 400'000.– am 14. Dezember 2018 (Klägerin: act. 1 N 103 und act. 29 N 729 f.; Beklagte: act. 40 N 1028 f.), je-

weils unter Angabe des Zahlungsgrunds "14./24210138" (act. 22/225 S. 14 f.), welcher die fragliche Rechnung bezeichnet. Die erste Zahlung stellt offensichtlich eine Teilzahlung dar, welche die Klägerin unbestrittenermassen entgegen nahm (vgl. Art. 69 OR). Zutreffend hält die Klägerin fest, dass eine Schuldnerin gemäss Art. 85 Abs. 1 OR eine Teilzahlung grundsätzlich nur insoweit auf das Kapital anrechnen kann, als sie nicht mit den Zinsen im Rückstand ist (Art. 85 Abs. 1 OR). Die Anrechnung auf die Zinsen und die Kosten setzt aber voraus, dass der Schuldner mit deren Bezahlung tatsächlich im Rückstand ist. Daraus ist e contrario zu schliessen, dass die Forderung der fraglichen Zinsen und Kosten gleichzeitig fällig und durch den Schuldner anerkannt sein muss. Wenn dagegen die Zinsen und Kosten der Hauptforderung vom Schuldner bestritten werden, ohne dass seine Bestreitung rechtsmissbräuchlich erfolgt, muss die Anrechnung der Teilzahlung des Schuldners gemäss Art. 69 Abs. 2 OR auf das von ihm anerkannte Kapital erfolgen (BGE 133 III 598 ff., BGer-Urteil 4A_71/2009 vom 25. März 2009 E. 8.2).

2.6.3.2. Vorliegend ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin (vgl. etwa auch die behaupteten Mahnungen, act. 22/221), dass diese weder vor noch nach Erhalt der ersten Zahlung gegenüber der Beklagten jemals eine Zinsforderung geltend gemacht oder auch nur mitgeteilt hatte, dass sie die erste Teilzahlung zuerst auf den Zins anrechne. Im Gegenteil wurde die fragliche Rechnung auch nach Erhalt der zweiten (Rest-)Zahlung vom 14. Dezember 2018 in den laufenden Diskussionen zu den offenen Forderungen vorerst nicht mehr erwähnt und fehlte auch in der "1. Mahnung" vom 28. Februar 2019 (act. 3/67), mit welcher die damals offenen Rechnungen abgemahnt wurden. Noch mit Schreiben vom 14. März 2019 (act. 3/68) und 20. März 2019 (act. 3/70), somit mehrere Monate nach vollständigem Erhalt der CHF 750'000.–, liess die Klägerin der Beklagten detaillierte Aufstellungen der offenen Forderungen zukommen und forderte die Beklagte auf, diese zuzüglich Zins zu begleichen. Weder die angebliche Restanz aus der 14. Akontorechnung noch ein darauf geschuldeter Zins wurde darin erwähnt. Damit übereinstimmend wurde eine solche Forderung auch nicht mit der von der Klägerin im zweiten Schreiben verlangten Bankgarantie sichergestellt (vgl. act. 3/72). Die Klägerin behauptet auch nicht, dass die 14. Akontorechnung an der Bespre-

chung vom 26. März 2019 thematisiert worden sei. Soweit ersichtlich stellte sich die Klägerin im Schreiben vom 1. April 2019 (act. 3/73) plötzlich und erstmals auf den Standpunkt, dass auf der fraglichen 14. Akontorechnung Verzugszins aufgelaufen gewesen sei und die Klägerin die erhaltenen Zahlungen zuerst auf diesen anrechne. Die Beklagte bestritt in der Folge einen im Zahlungszeitpunkt aufgelaufenen Zins und wies unter Hinweis auf die vorbehaltlose Annahme der (Kapital-)Zahlungen die klägerische Berechtigung zur Anrechnung der erhaltenen Zahlungen auf den (bestrittenen) Zins zurück (vgl. act. 3/74 S. 3 f.).

2.6.3.3. Den vorstehenden Ausführungen ist zu entnehmen, dass die Beklagte ab erstmaliger Geltendmachung eines Zinses bzw. eines Zahlungsverzugs diesen bestritt. Eine Anrechnung von Teilzahlungen auf den behaupteten Zins ist demnach bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Darüber hinaus nahm die Klägerin beide Zahlungen vorbehaltlos entgegen und rechnete sie auf das Kapital an. Auf diesem Verhalten ist die Klägerin zu behaften. Es liegen mithin weder eine Vereinbarung noch Umstände im Sinne von Art. 114 Abs. 2 OR vor, welche die Klägerin zur Nachforderung des behaupteten Zinses berechtigen würde. Eine allfällige Zinsforderung ist somit infolge vollständiger Bezahlung der Kapitalforderung und vorbehaltloser Entgegennahme der Zahlungen untergegangen (vgl. BGer-Urteil 4A_29/2020 vom 27. August 2020 E. 7.2 mit Hinweisen).

2.6.3.4. Was die offenen Nachtrags- und Regierechnungen anbelangt, so forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 14. März 2019 (act. 3/68) und 20. März 2019 (act. 3/70) auf, diese Rechnungen zuzüglich Zins zu bezahlen. Kurz nachdem die Beklagte alle strittigen Forderungen zuzüglich Zins mit einer Bankgarantie sichergestellt hatte, trafen sich die Parteien am 26. März 2019, um das weitere Vorgehen im streitgegenständlichen Abrechnungstreit zu besprechen (Klägerin: act. 51 N 53; Beklagte: act. 40 N 978 f., 1025). Die Beklagte hielt den Gesprächsinhalt tags darauf in einem E-Mail an die Klägerin wie folgt fest (act. 18/3):

Besten Dank für das sehr konstruktive Gespräch von gestern Nachmittag.

Der guten Ordnung halber möchte ich unsere Besprechung wie folgt zusammenfassen und bitte Sie höflich, mir kurz schriftlich (E-Mail reicht) rückzubestätigen, dass Sie mit folgendem Vorgehen einverstanden sind;

- A_____ AG akzeptiert die am 25.03.2019 versandte Zahlungsgarantie Nr. 30GA-H27864-6FF9 vom 22. März 2019 und verzichtet somit auf die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Dies wird Ihr Rechtsvertreter der B_____ AG (Empfänger O_____ und P_____) bis am 29.03.2019 schriftlich (E-Mail reicht) bestätigen.
- Die B_____ AG bezahlt die unbestrittenen Nachtragsrechnungen 0178, 0196 0322, 0391, 0398, 0399, 0400, 0401, 0403, 0507, 0509, 0510, 0547, total CHF 331'577.05.- inkl. MwSt. bis am 03.04.2019
- Die B_____ AG bezahlt die unbestrittenen Regierechnungen 0343, 0357, 0358, 0363, 0419, 0450, 0514, 0519, 0533, total CHF 162'487.- inkl. MwSt. mit dem nächsten ordentlichen Zahlungslauf per 10.04.2019
- Innerhalb von 5 Arbeitstagen nach Eingang der zweiten Zahlung erklärt A_____ AG oder deren Rechtsvertreter gegenüber der N_____ AG schriftlich die Entlastung der Zahlungsgarantie im Umfang der erhaltenen Zahlungen von total CHF 494'064.05.- inkl. MwSt.
- A_____ AG legt der R_____ AG bis Ende April 2019 ein sauber nummeriertes, strukturiertes und prüfbares Schlussausmass zur Prüfung vor.
- Zu den seitens A_____ AG im Ausmass hinzugefügten Einheitspreisen, wird die zugehörige Kalkulationsanalyse der A_____ AG bis am 29.03.2019 zur Verfügung gestellt.

Ich wäre froh, wenn Sie mir hierzu kurz Ihre Rückbestätigung geben könnten, damit ich die vereinbarten Zahlungen umgehend in die Wege leiten kann.

Ich wünsche einen schönen und erfolgreichen Tag.

Beste Grüsse

Am 28. März 2019 antwortete die Klägerin (act. 18/4):

Ihre Email vom 27.03 kann ich bestätigen und entspricht unserem Gesprächsinhalt vom 26.03.2019.

Ich wünsche Ihnen einen schönen Abend.

Freundliche Grüsse

2.6.3.5. Zutreffend ist, dass diese Korrespondenz keinen expliziten Verzicht der Klägerin auf den Zins erwähnt. Die Klägerin übersieht indes, dass der Untergang der Zinsforderung bei Erlöschen der Hauptforderung gemäss Art. 114 Abs. 2 OR vermutet wird. In diesem Sinne wird der Untergang der Zinsforderung auch dann vermutet, wenn sich die Parteien über die Haupt- bzw. Kapitalforderung vergleichen, ohne hinsichtlich des aufgelaufenen Zinses einen Vorbehalt anzubringen (BGE 23 I 1637 ff. E. 3; LOACKER, a.a.O., Art. 114 N 16; BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 114 N 9). Entsprechend hätte die Klägerin nachzuweisen, dass sie gegenüber der Beklagten bereits in der Besprechung vom 26.

März 2019 einen entsprechenden Vorbehalt äusserte. Solches behauptet die Klägerin aber nicht. Im Gegenteil macht sie geltend, der Zins sei nicht Gegenstand des Austauschs zwischen den Parteien gewesen; die Zahlungspflicht ergebe sich bereits aus dem Gesetz. Damit beruft sie sich im Ergebnis auf ihren eigenen Willen, ohne darzutun, inwiefern dieser für die Beklagte an der fraglichen Besprechung erkennbar gewesen wäre; ihre nachträgliche Mitteilung vom 1. April 2019 (act. 3/73), welcher die Beklagte widersprach, genügt dazu selbstredend nicht. Auch aus dem vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt im Zuschlagsschreiben (act. 3/1 S. 2) und Ziff. 6.2 GBV (act. 3/3) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine Vereinbarung im Sinne von Art. 114 Abs. 2 OR, welche die Klägerin zur Nachforderung des Zinses berechtigen würde, liegt gerade nicht vor. Im Übrigen wurde die Schriftform gemäss klarem Wortlaut nur für Änderungen des Werkvertrags vereinbart, nicht auch für die Beilegung von Abrechnungsstreitigkeiten.

2.6.3.6. Weitere Umstände, welche auf einen Vorbehalt anlässlich der Besprechung vom 26. März 2019 schliessen liessen, werden von der Klägerin nicht geschildert und ergeben sich auch nicht aus der anschliessenden Korrespondenz, welche den Vereinbarungsinhalt festhielt. Mangels Vorbehalt ist der im damaligen Zeitpunkt aufgelaufene Verzugszins betreffend die genannten Nachtrags- und Regierechnungen untergegangen. Was die um sechs Tage verspätete Bezahlung des Vergleichsbetrags betreffend die Regierechnungen (total CHF 162'487.–) anbelangt, bringt die Klägerin auch hier keine Vereinbarung oder Umstände vor, welche sie im Sinne von Art. 114 Abs. OR zur Nachforderung eines Zinses berechtigen würden. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 ist folglich vollumfänglich abzuweisen.

3. Zusammenfassung

Der Klägerin misslingt der Nachweis einer Restforderung aus Ausmass (Rechtsbegehren Ziff. 1), ebenso wie eines Anspruchs auf Entschädigung von Zuschlägen für geleistete Samstagsarbeit (Rechtsbegehren Ziff. 1) sowie einer Restforderung aus den von der Beklagten bezahlten Rechnungen (Rechtsbegehren Ziff. 2). Die Beklagte anerkennt indessen, der Klägerin aus Beststellungsänderungen bzw. Nachträgen und Regie CHF 202'805.35 zu schulden. Da sich die diesbezüglich

von der Beklagten vorgetragene Verrechnungseinwendung als unwirksam erweist, ist die Klage im Umfang von CHF 202'805.35 zzgl. Zins von 5% gutzuheissen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Gerichtskosten

4.1.1. Höhe

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG).

Zu beachten ist, dass die Abschreibung der Klage infolge Klagerückzugs ebenfalls Kosten- und Entschädigungsfolgen nach sich zieht. Dabei ist der ursprüngliche bzw. zusammengerechnete Streitwert in der Höhe von CHF 3'432'339.92 (CHF 3'418'958.20 + CHF 13'381.72) massgebend. Davon ausgehend beträgt die Grundgebühr rund CHF 55'000.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Im Umfang von CHF 765.26 ist das Verfahren durch Klagerückzug und damit ohne Entscheid in der Sache erledigt (§ 10 Abs. 1 GebV OG), was im Verhältnis zum verbleibenden und durch Entscheid in der Sache zu beurteilenden Restbetrag allerdings nicht ins Gewicht fällt. Eine Reduktion der Gebühr rechtfertigt sich folglich nicht. Was den Entscheid in der Sache anbelangt, erwies sich das Verfahren sowohl aufgrund des Umfangs des Prozessstoffs als auch aufgrund der Komplexität der sich in tatsächlicher Hinsicht stellenden Fragen als zeitaufwendig (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Im Ergebnis erweist sich deshalb eine Erhöhung der Grundgebühr um rund einen Drittel auf CHF 73'500.– als angemessen.

4.1.2. Verteilung

Art. 106 ZPO regelt die Verteilungsgrundsätze: Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug infolge Klagebeschränkung gilt die klagende Partei als unterliegend (Abs. 1; BGer-Urteil 4A_396/2021 vom 2.

Februar 2022 E. 4.1 mit Hinweisen). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2).

Vorliegend ist die Klage im Umfang von CHF 765.26 infolge Klagerückzugs als erledigt abzuschreiben, im Umfang von CHF 202'805.35 gutzuheissen und im Mehrbetrag von CHF 3'228'769.31 abzuweisen. Die Klägerin unterliegt demnach im Umfang von rund 94%, weshalb ihr die Gerichtskosten im Umfang von CHF 69'200.– aufzuerlegen sind. Im Betrag von CHF 55'000.– sind die Kosten aus dem klägerischen Kostenvorschuss zu beziehen, der Restbetrag ist nachzufordern. Die restlichen Gerichtskosten von CHF 4'300.– sind der Beklagten aufzuerlegen.

4.2. Parteientschädigungen

Ausgangsgemäss sind Parteientschädigungen zuzusprechen. Auch die Parteientschädigungen werden grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Diese Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend rund CHF 55'700.–, ausgehend vom vorgenannten, zusammengerechneten Streitwert (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sowohl aufgrund des Umfangs des Prozessstoffs als auch angesichts der Komplexität der sich in tatsächlicher Hinsicht stellenden Fragen ist auch der notwendige Zeitaufwand der Rechtsvertretung erhöht, weshalb diese Gebühr um einen Zehntel zu erhöhen ist. Für die durchgeführte Vergleichsverhandlung sowie für die zweite Rechtsschrift ist sodann ein Zuschlag von rund 40% vorzunehmen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV), was eine Parteientschädigung von CHF 86'000.– ergibt. Für weitere Eingaben der Parteien rechtfertigt sich keine zusätzliche Erhöhung.

Die Klägerin unterliegt im Umfang von 94% und obsiegt im Umfang von 6%. Folglich hat sie der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von 88% bzw. CHF 81'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 765.26 zufolge Rückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 202'805.35 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5%
 - auf CHF 72'034.55 seit 9. September 2019,
 - auf CHF 53'152.20 seit 12. Juni 2019,
 - auf CHF 32'298.75 seit 10. August 2019 und
 - auf CHF 45'319.85 seit 9. September 2019.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 73'500.–.
3. Die Kosten werden im Umfang von CHF 69'200.– der Klägerin auferlegt und im Umfang von CHF 55'000.– aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Fehlbetrag (CHF 14'200.–) wird von der Klägerin nachgefordert.

Die Kosten werden im restlichen Umfang von CHF 4'300.– der Beklagten auferlegt.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 81'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'431'574.66.

Zürich, 15. Dezember 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vizepräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dario König