Handelsgericht des Kantons Zürich

Geschäfts-Nr.: HG210127-O U/dz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Bernhard Lauper, Christoph Pfenninger und Andreas Bertet sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Beschluss und Urteil vom 11. Juli 2024

in Sachen

A1._____ AG,
Klägerin und Widerbeklagte

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

gegen

B1._____ AG in Liquidation,
Beklagte und Widerklägerin

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

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren 6
Sachverhalt und Verfahren 9
A. Sachverhaltsübersicht 9
a. Parteien und ihre Stellung 9
b. Prozessgegenstand 9
B. Prozessverlauf 9
Erwägungen 11
1. Formelles 11
1.1. Zuständigkeit 11
1.2. Widerklage und Klagenhäufung 11
1.3. Klageänderung 11
1.4. Änderung der Gerichtsbesetzung 12
1.5. Berücksichtigung der Ausführungen in der Widerklageduplik 12
1.6. Eingaben nach Aktenschluss 13
1.7. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast 14
2. Sachverhaltsübersicht 15
2.1. Unbestrittener Sachverhalt 15
2.2. Standpunkte der Parteien 18
2.2.1. Klägerin 18
2.2.2. Beklagte 19
3. Vorbemerkungen zur Stufenwiderklage und zur Prüfreihenfolge der Ansprüche 20
3.1. Rechtliche Grundlagen der Stufenklage 20
3.2. Zulässigkeit der Stufenwiderklage 21
3.3. Prüfreihenfolge der Ansprüche 22
4. Projektleitungshonorar und Gewinnbeteiligung nach der 2007-Vereinbarung 23
4.1. Gewinnbeteiligung 24
4.2. Projektleitungshonorar 24
4.2.1. Parteistandpunkte 24

4.2.2. Rechtliches Vertragsauslegung und Übernahme von SIA-Ordnungen ...26
4.2.3. Würdigung ...27
4.2.4. Zwischenfazit ...32
5. Projekt C._____ ...34
5.1. Gewinnbeteiligung ...34
5.1.1. Anspruchshöhe ...34
5.1.2. Tilgung und offener Saldo ...36
5.1.3. Fazit ...41
5.2. Projektleitungshonorar ...42
5.2.1. Anspruchshöhe ...42
5.2.2. Tilgung und offener Saldo ...43
5.2.3. Fazit ...44
6. Projekt D._____ ...44
6.1. Gewinnbeteiligung ...44
6.1.1. Parteistandpunkte ...44
6.1.2. Würdigung ...48
6.1.3. Ergebnis ...56
6.2. Projektleitungshonorar ...56
6.2.1. Anspruchshöhe ...56
6.2.2. Tilgung und offener Saldo ...57
6.2.3. Ergebnis ...60
6.3. Fazit ...60
7. Projekt E._____ ...60
7.1. Gesamtprojekt ...60
7.1.1. Parteistandpunkte ...60
7.1.2. Würdigung ...62
7.2. Gewinnbeteiligung ...64
7.2.1. Parteistandpunkte ...64
7.2.2. Würdigung ...65
7.2.3. Ergebnis ...68
7.3. Projektleitungshonorar ...68
7.3.1. Parteistandpunkte ...68

7.3.2. Würdigung 69
7.3.3. Ergebnis 73
7.4. Fazit 73
7.5. Auskunfts- und Herausgabebegehren 73
8. Projekt F._____ 73
8.1. Parteistandpunkte 73
8.1.1. Beklagte 73
8.1.2. Klägerin 74
8.2. Würdigung 75
8.2.1. Prozessuale Anträge der Klägerin 75
8.2.2. Berechnung der Vergütungsansprüche der Beklagten 77
8.3. Fazit 78
9. Projekt G._____ 78
9.1. Parteistandpunkte 78
9.1.1. Beklagte 78
9.1.2. Klägerin 79
9.2. Würdigung 79
9.3. Fazit 80
10. Zusätzliche Kosten 80
10.1. Parteistandpunkte 80
10.1.1. Klägerin 80
10.1.2. Beklagte 80
10.2. Würdigung 80
11. Überblick über die gegenseitigen Forderungen und Verrechnung 81
11.1. Gegenseitige Forderungen der Parteien 81
11.2. Verrechnung 82
11.2.1. Rechtliches 82
11.2.2. Würdigung 83
11.3. Zins 84
11.4. Fazit 85
12. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen 85
13. Kosten- und Entschädigungsfolgen 86

13.1. Kostenstreitwert 86
13.2. Gerichtskosten 88
13.2.1. Höhe 88
13.2.2. Verteilung 88
13.3. Parteientschädigungen 89
Dispositiv: 90

Rechtsbegehren Klage:
(act. 1 S. 2)

"1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 7'517'077.66 zzgl. Zins zu 5% seit 17. Februar 2021 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. gesetzlich geschuldeter MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Widerklage:
(act. 11 S. 2)

"[…]

2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin im Zusammenhang mit dem Projekt «E1._____» wie folgt Auskunft zu erteilen und diese wie folgt zu dokumentieren:

   - sämtliche, im Rahmen des Projektes «E1._____» über sämtlichen Flächen und Garagenplätze erstellten Abnahmeprotokolle;
   - sämtliche, im Rahmen des Projektes «E1._____» über sämtliche Flächen und Garagenplätze (inklusive Erdgeschoss) abgeschlossenen Kauf- und Mietverträge;
   - Belege über Höhe und Datum der im Rahmen der Kauf- und Mietverträge gemäss vorstehendem Spiegelstrich vereinnahmten und/oder verbuchten Kauf- und Mietzinszahlungen;
   - detaillierte und nachvollziehbare Schlussabrechnung über das Projekt «E1._____» mit sämtlichen, gemäss 2007-Vereinbarung für die Gewinnberechnung erforderlichen Bau- und Anlagekosten (inkl. Abrechnung über die Kapitalkosten), gegliedert nach BKP dreistellig, und abgegrenzt von den Bau- und Anlagekosten für das Projekt «E2._____».

3. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin einen spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens von der Beklagten und Widerklägerin zu beziffernden Betrag, mindestens aber CHF 5'422'559.57 inkl. MwSt. zzgl. Zins zu 5% p.a. seit Einreichung der Widerklage zu bezahlen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Klägerin und Widerbeklagten."

geändertes Rechtsbegehren Klage:
(act. 25 S. 2)

"1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 7'778'248.03 zzgl. Zins zu 5% seit 17. Februar 2021 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. gesetzlich geschuldeter MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

geändertes Rechtsbegehren Widerklage:
(act. 34 S. 2)

"[…]

2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin im Zusammenhang mit dem Projekt «E1._____» wie folgt Auskunft zu erteilen und diese wie folgt zu dokumentieren:

   - vollständige, detaillierte und nachvollziehbare Schluss- bzw. Baukostenabrechnung über das Projekt «E1._____» mit sämtlichen, gemäss 2007-Vereinbarung für die Gewinnberechnung erforderlichen Bau- und Anlagekosten (inkl. Abrechnung über die Finanzierungskosten), gegliedert nach BKP 1, 2, 4, 5 und 6 (dreistellig), und abgegrenzt von den Bau- und Anlagekosten für das Projekt «E2._____»;
   - sämtliche, im Rahmen des Projektes «E1._____» über sämtliche Flächen und Garagenplätze (inklusive Erdgeschoss) abgeschlossenen Kauf-, Miet- und übrigen Verträge, mit denen entgeltlich dingliche oder obligatorische Rechte an den jeweiligen Flächen und Garagenplätzen übertragen wurden;
   - Belege über Höhe und Datum der im Rahmen der Kauf-, Miet- und übrigen Verträge gemäss vorstehendem Spiegelstrich vereinnahmten und/oder verbuchten Entgelte (Kauf- und Mietzinszahlungen u. dergl.);
   - vollständige Bankunterlagen betr. Kto. 1 und Kto. 2 (Rechnungen betr. Zins, Amortisation und Rückzahlung Hypotheken im Projekt «E1._____»);
   - vollständige, detaillierte und nachvollziehbare Abrechnung der Fremd- und Eigenkapitalverzinsung im Projekt «E1._____»;
   - sämtliche, im Rahmen des Projektes «E1._____» über sämtliche Flächen und Garagenplätze erstellten Abnahmeprotokolle.

3. Eventualiter, für den Fall, dass der replicando gestellte, prozessuale Antrag der Klägerin gutgeheissen würde, sei die Klägerin und Widerbeklagte widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin im Zusammenhang mit den einzelnen Projekten «F._____» («F1._____», «F2._____», «F3._____», «F4._____» und «F5._____») je einzeln und wie folgt Auskunft zu erteilen und diese wie folgt zu dokumentieren:

   - vollständige, detaillierte und nachvollziehbare Schluss- bzw. Baukostenabrechnung mit sämtlichen, gemäss 2007-Vereinbarung für die Gewinnberechnung erforderlichen Bau- und anlagekosten (inkl. Abrechnung über die Finanzierungskosten), gegliedert nach BKP 1, 2, 4, 5 und 6 (dreistellig), und abgegrenzt von den anderen Projekten «F._____»;
   - sämtliche, über sämtliche Flächen und Garagenplätze (inklusive Erdgeschoss) abgeschlossenen Kauf-, Miet- und übrigen Verträge, mit denen entgeltlich dingliche oder obligatorische Rechte an den jeweiligen Flächen und Garagenplätzen übertragen wurden;
   - Belege über Höhe und Datum der im Rahmen der Kauf-, Miet- und übrigen Verträge gemäss vorstehendem Spiegelstrich vereinnahmten und/oder verbuchten Entgelte (Kauf- und Mietzinszahlungen u. dergl.);
   - vollständige Bankunterlagen (Rechnungen betr. Zins, Amortisation und Rückzahlung Hypotheken);
   - vollständige, detaillierte und nachvollziehbare Abrechnung der Fremd- und Eigenkapitalverzinsung (abgegrenzt von den anderen Projekten «F._____»);
   - vollständige Abnahmeprotokolle über sämtliche Flächen und Garagenplätze.

4. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin einen spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens von der Beklagten und Widerklägerin zu beziffernden Betrag, mindestens aber CHF 5'847'428.78 inkl. MwSt. zzgl. Zins zu 5% p.a. seit Einreichung der Widerklage zu bezahlen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Klägerin und Widerbeklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in H._____. Sie bezweckt die Finanzierung von und die Beteiligung an Unternehmen.

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine sich in Liquidation befindliche Aktiengesellschaft und bezweckt den Erwerb, die Verwaltung, die Vermittlung, sowie den Kauf und Verkauf von Liegenschaften. Sie hat ihren Sitz in I._____.

b. Prozessgegenstand

Die Parteien bzw. ihnen nahestehende natürliche und juristische Personen schlossen mehrere Verträge im Zusammenhang mit der Entwicklung und Realisierung von Immobilienprojekten ab. Gestützt auf eine am 21. November 2007 abgeschlossene Vereinbarung war die Beklagte für die Klägerin als Gesamtprojektleiterin für diverse Bauprojekte tätig. Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe der Beklagten zu hohe Akontozahlungen für die von ihr erbrachten Leistungen ausgerichtet und fordert mit der vorliegenden Klage den zu viel bezahlten Betrag zurück. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, ihr stünden aus den Bauprojekten zusätzliche Honorare zu. Sie beantragt die Klageabweisung und fordert mit einer Stufenwiderklage zusätzliche Honorare ein, wobei sie vorab um Herausgabe von Unterlagen zum Bauvorhaben E._____ in H._____ ersucht.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen mit Eingabe vom 17. Februar 2021 Klage gegen die Beklagte ein (act. 1; act. 2; act. 3/2–74). Nachdem die Beklagte im dortigen Verfahren die Unzuständigkeitseinrede erhoben hatte (act. 5/3), akzeptierte die Klägerin die Unzuständigkeitseinrede mit Eingabe vom 21. Mai 2021 und zog ihre Klage unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurück

(act. 5/7). Am 11. Juli 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klage in der Folge beim hiesigen Handelsgericht ein (act. 4; act. 5/1–8).

Mit Verfügung vom 16. Juli 2021 wurde von der Klägerin ein Kostenvorschuss einverlangt (act. 6), welcher fristgerecht geleistet wurde (act. 8). Mit Verfügung vom 8. Juli 2021 wurde daraufhin der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2021 reichte die Beklagte ihre Klageantwort ein und erhob Widerklage (act. 11; act. 12; act. 13/1–28). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2021 wurde von der Beklagten ein Kostenvorschluss für die Widerklage einverlangt (act. 15), welcher fristgerecht geleistet wurde (act. 17). Am 3. November 2021 wurde das Verfahren an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 18). In der Folge fand am 1. Februar 2022 eine Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 8 f.).

Mit Verfügung vom 7. März 2022 wurde der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik und Widerklageantwort angesetzt (act. 21). Mit Eingabe vom 15. Juni 2022 erstattete die Klägerin innert Frist ihre Replik und Widerklageantwort (act. 25; act. 26/1–32). Daraufhin wurde der Beklagten am 20. Juni 2022 Frist zur Einreichung der Duplik und Widerklagereplik angesetzt (act. 28). Am 28. Oktober 2022 reichte die Beklagte fristgerecht ihre Duplik und Widerklagereplik ein (act. 34; act. 35/29–37). Mit Verfügung vom 23. Januar 2023 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Widerklageduplik angesetzt (act. 37). Mit Eingabe vom 14. April 2023 reichte die Klägerin ihre Widerklageduplik ein (act. 39; act. 40/1–6). Mit Verfügung vom 20. April 2023 wurde die Widerklageduplik der Klägerin zugestellt und festgehalten, dass der Aktenschluss eingetreten ist (act. 41). Mit Datum vom 24. Mai 2023 reichte die Beklagte eine Eingabe ein (act. 43; act. 44/38). Diese Eingabe wurde der Klägerin am 30. Mai 2023 zugestellt (act. 45), woraufhin die Klägerin am 20. Juni 2023 ebenfalls eine Eingabe einreichte (act. 47). Die Beklagte liess sich hierzu am 28. Juni 2023 vernehmen (act. 48). Letztere Eingabe wurde der Klägerin am 30. Juni 2023 zugestellt (Prot. S. 17).

Mit Verfügung vom 17. Mai 2024 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 49). Mit Eingaben

vom 23. bzw. 28. Mai 2024 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 51; act. 52). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 17 ZPO und act. 4 Rz. 7 ff.; act. 11 Rz. 3 f.; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH)

1.2. Widerklage und Klagenhäufung

Die Beklagte erhob in ihrer Klageantwort eine Stufenwiderklage (act. 11 S. 2). Nach Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend ohne Weiteres erfüllt. Dasselbe gilt auch für die Voraussetzungen der Klagenhäufung (Art. 90 ZPO).

1.3. Klageänderung

Die Klägerin klagte mit ihrer Klage den Betrag von CHF 7'517'077.66 zzgl. Zins ein (act. 1 S. 2). In ihrer Replik änderte sie ihre Klage und beantragte neu die Zusprechung von CHF 7'778'248.03 zzgl. Zins (act. 25 S. 2). Auch die Beklagte änderte ihre Widerklage. In ihrer Widerklagebegründung verlangte sie die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von mindestens CHF 5'422'559.57 zzgl. Zins (act. 11 S. 2). In der Widerklagereplik machte sie neu einen Anspruch von mindestens CHF 5'847'428.78 geltend und stellte zusätzlich ein Eventualbegehren um Auskunft bzw. Herausgabe (act. 34 S. 3). Die Voraussetzungen einer Klageänderung (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO) sind hinsichtlich beider Klageänderungen erfüllt.

1.4. Änderung der Gerichtsbesetzung

An der Vergleichsverhandlung vom 1. Februar 2022 nahm Handelsrichter Thomas Andermatt als Referent teil (Prot. S. 8 f.). Im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens schied Thomas Andermatt aus dem Amt, weshalb er nicht mehr mitwirkt und zu ersetzen ist. Solche Änderungen sind ohne Weiteres zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2015 vom 29. September 2015, E. 6.2).

1.5. Berücksichtigung der Ausführungen in der Widerklageduplik

Die Beklagte stellt sich im Rahmen ihrer Eingaben vom 24. Mai 2023 und vom 28. Juni 2023 hinsichtlich mehrerer Ausführungen der Klägerin auf den Standpunkt, diese seien erst in der Widerklageduplik und damit verspätet vorgebracht worden. Entsprechend seien sie für die Beurteilung der Klage nicht zu berücksichtigen (act. 43 Rz. 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17 und 19; act. 48).

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Dies gilt auch in Bezug auf eine Widerklage. Entsprechend sind die Ausführungen der Klägerin in der Eventualwiderklageduplik grundsätzlich nur für die Beurteilung der Widerklage, nicht aber für die Klage zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2020 vom 17. Juli 2020, E. 4).

Die Klägerin macht mit ihrer Klage Rückerstattungsansprüche aus den Bauprojekten C._____ J._____ (nachfolgend: C._____), D._____ K._____ (nachfolgend: D._____) und E._____ H._____ (nachfolgend: E._____) geltend (vgl. act. 1 Rz. 127; act. 25 Rz. 234 ff.). Die Beklagte klagt in ihrer Widerklage Mehrforderungen aus denselben Projekten sowie zusätzlich aus dem Projekt F._____ L._____ (nachfolgend: F._____) ein (act. 11 Rz. 283 ff.; act. 34 Rz. 402 ff.). Soweit die Ausführungen der Klägerin in der Widerklageduplik das Projekt F._____ betreffen, sind sie nach Massgabe der vorstehenden Erwägungen ohnehin zu berücksichtigen. Die Ausführungen in der Widerklageduplik zu den weiteren Projekten C._____, D._____ und E._____ sind ebenfalls vollumfänglich für die Entscheidfindung, und

damit auch für die Beurteilung der Klage zu berücksichtigen, zumal sich die Klage- wie auch die Widerklageforderungen in diesem Umfang auf dieselben Projekte beziehen. Diese Forderungen sind untrennbar miteinander verbunden. Eine separate Behandlung der mit der Widerklage für die erwähnten Projekte geltend gemachten Ansprüche ist nicht möglich und würde der dienenden Funktion des Zivilprozessrechts (vgl. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 1 N 6 und 10) zuwider laufen.

1.6. Eingaben nach Aktenschluss

Tatsachen und Beweisofferten, die in Stellungnahmen nach der Widerklageduplik vorgebracht wurden, sind nur insoweit zu beachten, als sie die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen. Dies gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf Widerklagedupliknoven. Ist die Beklagte zur Entgegnung der in der Widerklageduplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven (erst nach Abschluss des Schriftwechsels entstandene Tatsachen oder Beweismittel) angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltsnachweis gelingt, ist unabdingbar, dass die Widerklagedupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Widerklagedupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5). Die gleichen Voraussetzungen gelten für Noven in jeder weiteren Eingabe und mündlichen Stellungnahme nach Aktenschluss. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler zur ständigen Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11d).

Nach der Widerklageduplik reichte die Beklagte mit Datum vom 24. Mai 2023 und vom 28. Juni 2023 weitere Eingaben ein (act. 43; act. 48). Die Klägerin liess sich am 20. Juni 2023 ebenfalls ein weiteres Mal vernehmen (act. 47). Die Parteien äussern sich in diesem Eingaben nicht zur Zulässigkeit der darin enthaltenen Vorbringen. Entsprechend sie für die Entscheidfindung nicht zu berücksichtigen.

1.7. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und anderseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die anbegehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b).

Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

2. Sachverhaltsübersicht

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die A2._____ AG, welche eine Schwester- bzw. Tochtergesellschaft der Klägerin ist, und die B2._____, die wie die Beklagte im für den vorliegenden Fall relevanten Zeitraum von M._____ beherrscht wurde, schlossen am 3. September 2003 einen Bautreuhändervertrag ab (nachfolgend: 2003-Vereinbarung). Nach diesem Vertrag agierte die B2._____ für die A2._____ AG als Projektleiterin im Zuge der Projektierung, Planung und Realisierung der Wohnüberbauung G._____ L._____ (nachfolgend: G._____). Die B2._____ wurde für ihre Tätigkeit mit einem Honorar von 4 % (exkl. MwSt.) der gemäss SIA honorarberechtigten Bausumme entschädigt (act. 1 Rz. 8 und 30; act. 11 Rz. 142 f.; act. 3/8).

Am 15. Juni 2005 schlossen die A3._____ SA, eine andere Tochter- bzw. Schwestergesellschaft der Klägerin, und die B2._____ eine weitere Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Projekt F._____ ab (nachfolgend: 2005-Vereinbarung). Als Entschädigung wurde dabei ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des mit dem Projekt erzielten Gewinnes vereinbart (act. 11 Rz. 34; act. 25 Rz. 14; act. 13/1).

Die Klägerin sowie die A2._____ AG und die A3._____ SA einerseits und die Beklagte sowie die B2._____ andererseits schlossen am 21. November 2007 eine Vereinbarung im Zusammenhang mit der Realisierung der Projekte F._____, C._____, E._____ und D._____ ab (nachfolgend: 2007-Vereinbarung). Der Beklagten bzw. der B2._____ kam nach dieser Vereinbarung die Rolle der Gesamtprojektleiterin zu. Soweit für den vorliegenden Fall relevant, enthält die 2007-Vereinbarung folgende Bestimmungen (act. 3/7):

"[…]

3. Entschädigung

Sämtliche Leistungen/Aufwendungen des Auftragnehmers werden separat Entschädigt.

Insbesondere erhält der Auftragnehmer folgende Honorare:

- Bei Kauf-/Verkauf von Liegenschaften, bei denen der Auftragnehmer als Vermittler tätig ist: gemäss Honorarordnung des SVIT mindestens jedoch 3 % (zuzüglich MWSt) vom Kauf-/Verkaufspreis der Liegenschaft, fällig mit Unterzeichnung des entsprechenden Kaufvertrages.

  Ein Verkaufshonorar ist dann geschuldet, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein entsprechendes Mandat erteilt hat und der Auftragnehmer alle notwendigen Verkaufsbemühungen inkl. z.B. Erstellung eines Verkaufsdossiers unternimmt.

  Anmerkung:

  Beim Kauf der Liegenschaft F._____ (von N._____ / am 01.07.2004) war der Auftragnehmer nicht als Vermittler tätig. Das bezahlte Verkaufshonorar von CHF 345'000 (exkl. MWSt) stellt einen Gewinnvorbezug dar.

- Für seine Tätigkeit als Projektleiter: 4 % (zuzüglich MWSt) der Bausumme (exkl. MWSt) als Management Fee unter Leistung von halbjährlichen Teilzahlungen gemäss Baufortschritt.

- Weitere immobilien-treuhänderische Leistungen: gemäss Honorarordnung des SVIT (zuzüglich MWSt).

  Ein zusätzliches erfolgsabhängiges Honorar von 20 % (zuzüglich MWSt) des nach Abschluss des Projektes erzielten Gewinns. Der Gewinn bestimmt sich wie folgt: Gewinn vor gewinnabhängigen Steuern (z.B. Grundstückgewinnsteuer und Direkte Bundessteuer), jedoch nach Abzug aller Anlagekosten inkl. Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu mindestens 5 % (je nach Geldmarktsituation / Mischsatz zwischen Eigen- und Fremdkapitalverzinsung). Dieser Gewinnanteil wird fällig mit dem Vorliegen des

durch den Auftraggeber innert nützlicher Frist zu erstellenden Rechnungsabschlusses für das entsprechende Geschäft.

[…]

4. Kündigung

Dieser Auftrag ist beidseits kündbar unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten per Ende eines jeden Kalendermonats.

Im Falle einer Kündigung hat der Auftragnehmer das Recht, diejenigen Projekte zu beenden, bei denen das Land schon erworben ist. Ist es dem Auftragnehmer nicht möglich, diese Projekte zu beenden, so wird er für eine entsprechende Vertretung besorgt sein.

5. Vertragsänderungen

Allfällige Vertragsänderungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.

[…]

7. Vereinbarung vom 15.06.2005

zwischen A3._____ SA, O._____, und B2._____, H._____ (betreffend Liegenschaft F._____) wird durch die vorliegende Vereinbarung ersetzt und ist hiermit aufgehoben.

[…]"

Die Gesamtprojektleitung gemäss der 2007-Vereinbarung wurde in der Folge durch die Beklagte ausgeführt (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 183). Die Projekte F._____, C._____ und D._____ wurden gestützt auf die 2007-Vereinbarung erfolgreich realisiert (act. 1 Rz. 61 ff. und 89 ff.; act. 11 Rz. 64 ff., 82 ff. und 289 ff.). Beim Projekt E._____ wurde zunächst der Teil E1._____ mit einer Wohnüberbauung verwirklicht, während der weiter geplante Gewerbeteil E2._____ bis heute nicht realisiert wurde. Die Parteien sind sich dabei nicht einig, ob es sich bei den beiden Teilen um ein Gesamtprojekt oder um zwei getrennte Projekte handelt (act. 1 Rz. 111 ff.; act. 11 Rz. 108 ff.; act. 25 Rz. 130 ff.; act. 34 Rz. 43 ff. und 157 ff.). Am 20. Februar 2018 kündigte die Klägerin die 2007-Vereinbarung per sofort (act. 11 Rz. 36; act. 25 Rz. 147 und 190 ff.).

2.2. Standpunkte der Parteien

2.2.1. Klägerin

Die Klägerin ist der Ansicht, mit der in der 2007-Vereinbarung als Referenzgrösse für das Projektleitungshonorar vorgesehenen Bausumme sei eine Berechnung nach Art. 7 der SIA-Ordnung 102 vereinbart worden. Entsprechend seien für die Berechnung der Bausumme die Kosten für die Vorbereitungsarbeiten (BKP 1), für Gebäude (BKP 2) und Umgebung (BKP 4), unter Abzug der Honorare gemäss BKP-Positionen 291-296 und 299, massgebend (act. 1 Rz. 28 ff.; act. 25 Rz. 13 ff. und 223 ff.; act. 39 Rz. 21 ff.).

Sämtliche von ihr getätigten Zahlungen für die Projektleitungshonorare und Gewinnbeteiligungen seien akonto erfolgt (act. 1 Rz. 50 ff.; act. 25 Rz. 36 ff.; act. 39 Rz. 63 ff.). Aufgrund der von ihr geleisteten Zahlungen stünden ihr folgende Rückforderungsansprüche aus den verschiedenen Projekten zu (in CHF; act. 25 Rz. 210 und 234 ff.):

Projekt	**Projektleitungshonorar**	**Gewinnbeteiligung**
C._____	33'869.86	250'755.07
D._____	2'090'510.00	4'854'091.75
E._____	341'935.82	0
Summe	**2'466'315.68**	**5'104'846.82**

Im Zusammenhang mit der Buchhaltung, dem Controlling, der Erstellung der Jahresabschlüsse, Verkaufs- und Vertragsverhandlungen, Abklärungen, Kontakten mit Behörden/Ämtern etc. seien ihr weitere projektbezogene Kosten von CHF 1'035'427.80 entstanden; diese schmälerten den Gewinnanspruch der Beklagten im Umfang von 20% und erhöhten den Rückforderungsanspruch entsprechend um CHF 207'085.55 (act. 25 Rz. 207 ff.). Aus dem Projekt F._____ stehe der Beklagten schliesslich kein Honorar zu. Die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten basierten auf einer aus vertraulichen Vergleichsgesprächen stammenden Forderungszusammenstellung. Dieses Beweismittel sei aus dem Recht zu weisen und die gestützt darauf erhobenen Behauptungen seien für die Entscheidfindung nicht zu berücksichtigen (act. 25 Rz. 468 ff.; act. 39 Rz. 177 ff.). Gesamthaft

resultiere demnach ein ihr zustehender Rückforderungsanspruch von CHF 7'778'248.03. Die Widerklage sei abzuweisen.

2.2.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die für die Berechnung des Projekthonorars relevante Bausumme beinhalte alle tatsächlich angefallenen Kosten nach dem Baukostenplan (BKP), ausgenommen die Kosten für den Erwerb der Grundstücke gemäss BKP 0. Entsprechend seien für die Berechnung der Bausumme alle effektiv angefallenen Kosten der BKP 1-6 zu berücksichtigen (act. 11 Rz. 53 ff.; act. 34 Rz. 19 ff. und 52 ff.). Eine Akontoabrede sei nicht getroffen worden (act. 34 Rz. 34 ff.). Sie habe ohnehin nicht zu hohe Rechnungen gestellt. Die Klägerin habe keine Ansprüche auf Rückzahlungen; vielmehr stünden ihr, der Beklagten, folgende Ansprüche auf Mehrvergütung zu (in CHF; act. 11 Rz. 71, 73, 90, 106, 134. 300 und 301; act. 34 Rz. 98, 114, 132, 170, 207, 402, 406, 413, 418. 419 und 422):

Projekt	**Projektleitungshonorar**	**Gewinnbeteiligung**
C._____	392'711.50	1'356'910.43
D._____	273'531.12	0
E1._____	mind. 339'751.65	mind. 1'183'686.31
F._____	45'834.70	2'255'003.07
Summe	**mind. 1'051'828.97**	**mind. 4'795'599.81**

Für die abschliessende Bezifferung des ihr zustehenden Honorars aus dem Projekt E1._____ sei sie auf die von ihr beantragte Auskunftserteilung und Herausgabe von Unterlagen angewiesen (act. 11 Rz. 115 f. und 129; act. 34 Rz. 150 ff.).

Weiter habe sie einen Gewinnbeteiligungsanspruch aus dem Projekt G._____ in der Höhe von CHF 561'316.80, welchen sie mit allfälligen Forderungen der Klägerin verrechne (act. 11 Rz. 142 ff. und 179 ff.; act. 34 Rz. 215 ff.). Entsprechend stehe ihr eine Restforderung in der Höhe von mindestens CHF 5'847'428.78 zu.

3. Vorbemerkungen zur Stufenwiderklage und zur Prüfreihenfolge der Ansprüche

Die Beklagte klagt widerklageweise ausstehende Honorarforderungen aus den Projekten C._____, D._____, E._____ und F._____ ein. Ihre Forderungen für die Projekte C._____, D._____ und F._____ beziffert sie abschliessend. Demgegenüber erhebt sie für das Projekt E._____ eine unbezifferte Forderungsklage und verbindet diese mit (Hilfs-) Ansprüchen auf Auskunft bzw. Herausgabe. In Bezug auf das Projekt E._____ liegt damit eine Stufenklage vor.

3.1. Rechtliche Grundlagen der Stufenklage

Wer die Bezahlung eines Geldbetrages verlangt, hat diesen grundsätzlich zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 85 ZPO kann indes eine unbezifferte Forderungsklage erhoben werden, sofern es der klagenden Partei zu Beginn des Prozesses unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung zu beziffern (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Die unbezifferte Forderungsklage kann mit einem materiellrechtlichen Hilfsanspruch auf Auskunft und Information verbunden werden, was als Stufenklage bezeichnet wird (BGE 142 III 102 E. 5.3.2; BGE 140 III 409 E. 4.3). Bei der Stufenklage hat die klagende Partei die Forderung zu beziffern, sobald sie nach Auskunftserteilung dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO).

Unmöglich ist die Bezifferung einer Forderung zu Prozessbeginn dann, wenn die klagende Partei die Höhe ihres Anspruchs nicht kennen kann, da dieser von Informationen bzw. Tatsachen abhängig ist, über die sie nicht verfügt und die nicht in ihrem Einflussbereich liegen. Unzumutbar ist die Bezifferung, wenn sich die Höhe des Anspruch nur unter Zuhilfenahme weiterer (vor)prozessualer Instrumente wie der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) oder eines selbständigen Verfahrens auf Auskunft ermitteln liesse. Die unbezifferte Forderungsklage dient demnach auch der Prozessökonomie, damit die klagende Partei nicht gezwungen ist, vor dem eigentlichen Prozess ein anderes Verfahren zu führen (BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85 N 8). Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO ergibt, muss sich die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit grundsätzlich auf die Forderungsbezifferung, d.h. auf die Höhe der Forderung, beziehen und nicht auf deren Bestand. Das Informationsdefizit darf somit grundsätzlich nur das Quantitativ der Forderung be-

treffen. Eine Ausnahme gilt, wenn die fehlende Information eine Tatsache betrifft, welche sowohl über das Bestehen der Forderung als über die Höhe derselben entscheidet und in diesem Sinne doppelrelevant ist (BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Rz. 438 ff.). Der eine Stufenklage erhebenden Partei obliegt der Nachweis der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung (BGE 140 III 409 E. 4.3.2). Sie hat bereits in der Klageschrift konkret aufzuzeigen, dass und inwiefern eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar sein soll, andernfalls auf die unbezifferte Forderungsklage nicht einzutreten ist (BGE 148 III 322 E. 3 und 4).

In Bezug auf das (rechtzeitige) Vorbringen der Tatsachen und Beweismittel entbindet Art. 85 ZPO die klagende Partei vor Auskunftserteilung lediglich von der abschliessenden Forderungsbezifferung. Demgegenüber ist der Hauptanspruch soweit möglich und zumutbar zu substantiieren (BGE 140 III 409 E. 4.3.1). Dies bedeutet, dass die klagende Partei – vorbehältlich einer gerichtlichen Beschränkung des Verfahrens im Sinne von Art. 125 lit. a ZPO – in diesem Umfang vor Aktenschluss all jene Tatsachen bzw. Anspruchsgrundlagen vorzutragen hat, welche der Begründung ihres Hauptanspruchs dienen (BAECHLER, Die Stufenklage, sic! 1/2017, S. 8 f.). Bezüglich derjenigen Bestandteile der Forderung, die nicht vom Informationsdefizit betroffen sind, ist die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht herabgesetzt (BAUMANN WEY, a.a.O., Rz. 620).

3.2. Zulässigkeit der Stufenwiderklage

Die Beklagte bringt zur Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage vor, eine Bezifferung ihrer Forderung aus dem Projekt E._____ sei ihr nicht möglich, da ihr die hierfür massgebenden Unterlagen zum – nach ihrer Auffassung eigenständigen – Projekt E1._____ nicht vorlägen. Namentlich fehlten ihr die Schlussabrechnung, die abgeschlossenen Kauf- und Miet- und anderen Verträge, mit denen dinglich oder obligatorisch Flächen und Garagenplätze im Projekt E1._____ übertragen worden seien, Belege über Höhe und Datum der mittels der letztgenannten Verträge vereinnahmten Entgelte, die Abnahmeprotokolle, Bankunterlagen zu den für das Projekt E1._____ aufgenommenen Hypotheken sowie eine Abrechnung der

Fremd- und Eigenkapitalverzinsung (act. 11 Rz. 12 ff., 115 f., 129; act. 34 Rz. 150 ff, 158 ff. und 200 ff.).

Die 2007-Vereinbarung sieht ein Projektleitungshonorar von 4 % der Bausumme und eine Gewinnbeteiligung von 20 % vor, wobei vom Gewinn insbesondere auch Eigen- und Fremdkapitalzinsen abzuziehen sind (act. 3/7). Vorauszuschicken ist an dieser Stelle, dass sich die Parteien einerseits nicht einig sind, wie die Bausumme beim Projektleitungshonorar zu berechnen ist (dazu E. 4.2.), und andererseits, ob es sich beim Projekt E._____ um ein einheitliches Projekt mit zwei Etappen oder um zwei getrennt abzurechnende Projekte handelt (dazu E. 7.1.). Welche Folgen die Beurteilung der vorstehend erwähnten Streitpunkte für die Unmöglichkeit der Forderungsbezifferung durch die Beklagte hat, übersteigt den Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der unbezifferten Forderungsklage und ist vielmehr erst bei der materiellen Prüfung der Forderungen zu eruieren (vgl. LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, S. 121). Im vorliegenden Stadium der Zulässigkeitsprüfung ist nach den Behauptungen der Beklagten von einer Unmöglichkeit der Bezifferung der Forderung aus dem Projekt E._____ auszugehen. Die unbezifferte Forderungsklage erweist sich als zulässig.

3.3. Prüfreihenfolge der Ansprüche

Wie vorstehend erwogen, sind die Klage- und Widerklageforderungen aus den Projekten C._____, D._____ und E._____ untrennbar miteinander verbunden. Zudem stützt sich auch die von der Beklagten geltend gemachte Forderung aus dem Projekt F._____ auf die 2007-Vereinbarung und weist damit einen engen Bezug zu den übrigen Projekten auf. Vor diesem Hintergrund sind Klage und Widerklage nachfolgend gemeinsam zu behandeln.

Mit Blick auf die beklagtische Stufenwiderklage gilt dabei grundsätzlich, dass sich eine Stufenklage dadurch auszeichnet, dass in einer ersten Stufe über den Informationsanspruch und erst nach Informationserteilung und darauf basierender Bezifferung über den Hauptanspruch zu entscheiden ist. Erweist sich der Informationsanspruch als begründet, ist darüber ein gutheissender Teilentscheid zu fällen (KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 85 N 14). Sofern die eine Stufenklage er-

hebende Partei indes einen bloss akzessorischen Hilfsanspruch geltend macht und ihr Interesse an der Auskunfts- bzw. Informationserteilung einzig mit der Bezifferung der Hauptforderung begründet, ist demgegenüber bereits in der ersten Stufe im Grundsatz bzw. vorfrageweise über das Bestehen des Hauptanspruchs zu befinden (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210183 vom 3. Oktober 2023, E. 3.2; BAECHLER, a.a.O., S. 9). Ist der Hauptanspruch erwiesenermassen nicht gegeben, so fehlt auch ein Interesse an einem präparatorischen Informationsanspruch und ist das dahingehende Begehren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben (BGE 116 II 351 E. 3c; LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 121).

Die Beklagte bringt nicht vor, dass sie unabhängig von der Bezifferung ihrer Forderung ein Interesse an der Auskunftserteilung hat. Dies deckt sich auch mit dem in der 2007-Vereinbarung vertraglich vorgesehenen Überprüfungsrecht, dient dieses doch – wie auch die Beklagte explizit geltend macht (act. 11 Rz. 13; act. 34 Rz. 41 und 151) – dazu, die Überprüfung der Bausumme bzw. des Gewinnanteils zu ermöglichen (act. 3/7). Die von der Beklagten hilfsweise geltend gemachten Auskunfts- bzw. Informationsansprüche sind damit vollständig akzessorisch zum beklagtischen Hauptanspruch auf Zahlung des Projektleitungshonorars bzw. der Gewinnbeteiligung für das Projekt E._____. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, in einem ersten Schritt im Rahmen der gemeinsamen Beurteilung von Klage und Widerklage zu prüfen, ob der von der Klägerin geltend gemachte Hauptanspruch im Grundsatz besteht, und anschliessend in einem zweiten Schritt über die Auskunftsansprüche zu befinden.

4. Projektleitungshonorar und Gewinnbeteiligung nach der 2007-Vereinbarung

Die Beklagte hat nach der 2007-Vereinbarung einerseits Anspruch auf ein Projektleitungshonorar von 4 % der Bausumme und andererseits auf eine Gewinnbeteiligung von 20 % (act. 3/7). Die Parteien streiten u.a. über die Berechnung des der Beklagten zustehenden Projektleitungshonorars. Da die Berechnung des Projektleitungshonorars sowie der Gewinnbeteiligung sämtlichen von beiden Parteien geltend gemachten Ansprüchen aus den Projekten C._____, D._____, E._____ und F._____ zu Grunde liegt, ist vor Beurteilung der einzelnen Projekte zu untersuchen, wie die nach der 2007-Vereinbarung geschuldeten Honorare zu berechnen sind.

4.1. Gewinnbeteiligung

Der Beklagten steht nach der 2007-Vereinbarung ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des mit dem betreffenden Projekt erzielten Gewinnes zu. Der für dieses Honorar massgebende Gewinn berechnet sich aus dem Gewinn vor gewinnabhängigen Steuern abzüglich der Anlagekosten inklusive Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu mindestens 5 % (act. 1 Rz. 23; act. 11 Rz. 59; act. 3/7). Die Parteien sind sich einig, dass dabei als Anlagekosten einzig tatsächlich angefallene Kosten vom Gewinn in Abzug zu bringen sind (act. 11 Rz. 60; act. 39 Überschrift zu Rz. 42).

4.2. Projektleitungshonorar

Für ihre Tätigkeit als Projektleiterin hat die Beklagte Anspruch auf ein Projektleitungshonorar (teilweise auch als Management Fee bezeichnet) von 4 % der Bausumme (act. 1 Rz. 23; act. 11 Rz. 53; act. 3/7). Umstritten ist zwischen den Parteien, wie die Bausumme zu berechnen ist.

4.2.1. Parteistandpunkte

4.2.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die 2007-Vereinbarung habe die 2005-Vereinbarung ersetzt. Die 2005-Vereinbarung habe nur ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des Gewinnes, wobei die Berechnung des massgeblichen Gewinnes genau definiert worden sei, nicht aber Baukosten oder Bausummen enthalten. Demgegenüber habe die 2003-Vereinbarung ein Honorar von 4 % "der gemäss SIA honorarberechtigten Bausumme" vorgesehen. Mit SIA sei in dieser Vereinbarung die SIA-Ordnung 102 gemeint gewesen. Die 2007-Vereinbarung weise zur 2003-Vereinbarung eine gewisse zeitliche, vor allem aber eine sachliche und personelle Nähe auf. Die dahinterstehenden Parteien bzw. Personen seien dieselben und der Beklagten sei erneut die Projektleitung gegen ein Honorar von 4 % für die weitgehend gleichen Leistungen übertragen worden. In der 2007-Vereinbarung fehle weiter eine Definition der Bausumme. Hätten die Parteien die honorarberechtigte Summe anders verstanden als unter Bezugnahme auf die SIA-Ordnung, so hätten sie dies entspre-

chend festgehalten und in der Vereinbarung festgelegt, was sie mit "4 % der Bausumme" gemeint hätten. Die SIA-Ordnung 102 sehe in Art. 3.4 die Funktionen der Bau- und Gesamtleitung denn auch ausdrücklich vor. Weiter sei in Art. 7.1.3 im Übrigen auch festgelegt, dass im Falle einer übergeordneten Gesamtleitung die Entschädigung für diese Leistung zusätzlich und gesondert zu vereinbaren sei. Genau eine solche Entschädigung sehe die 2007-Vereinbarung vor, spreche sie doch der Beklagten nebst dem Projektleitungshonorar eine Gewinnbeteiligung, ein Vermittlungshonorar sowie ein Verkaufshonorar zu. Schliesslich seien die Parteien aufgrund der Verwendung in anderen Verträgen auch mit der Geltung von SIA-Regelwerken vertraut gewesen. Die einzig plausible Auslegung nach objektiven Kriterien führe daher zum Ergebnis, dass sich das Honorar nach Massgabe der SIA-Ordnung 102 berechne. Die SIA-Ordnung 102 selbst enthalte den Begriff der Bausumme nicht, aber sie regle in Art. 7 die Honorarermittlung nach den aufwandbestimmenden Baukosten. Gemäss Art. 7.5.1 und 7.5.5 der SIA-Ordnung 102 bestimmten sich die Baukosten nach den Vorbereitungskosten (BKP 1) sowie den Kosten für Gebäude (BKP 2) und Umgebung (BKP 4). Nicht zu den Baukosten zu zählen seien nach Art. 7.5.5 SIA-Ordnung 102 demgegenüber die Grundstückkosten (BKP 0) und die Baunebenkosten (BKP 5). Dasselbe gelte auch für die Honorare der Architekten und der diversen am Bau und der Ausführungen beteiligten Ingenieure und sonstigen Spezialisten sowie Berater (act. 1 Rz. 23 ff.; act. 25 Rz. 10 ff.; act. 39 Rz. 21 ff.).

4.2.1.2. Beklagte

Die Beklagte hält dem entgegen, die Parteien hätten unter dem Begriff "Bausumme" die Summe sämtlicher tatsächlich angefallener projektbezogener Kosten vom Grundstückserwerb bis zum Verkauf verstanden. Für die Berechnung des Projektleitungshonorars seien sämtliche Kosten nach dem Baukostenplan (BKP) mass-gebend, unter Ausnahme der Kosten für den Erwerb der Grundstücke (BKP 0). Der Standpunkt der Klägerin finde keine Stütze in der 2007-Vereinbarung. Die SIA-Ordnung 102 gelte nur, wenn sie von den Parteien übernommen worden sei. In der 2007-Vereinbarung finde sich nicht der geringste Hinweis, dass die Parteien die SIA-Ordnung 102 auf ihr Vertragsverhältnis hätten anwenden wollen. Die

Anwendung der SIA-Ordnung 102 auf das vorliegende Vertragsverhältnis sei auch nicht sachgerecht. Diese sei auf Leistungen von Architekten und Planern zugeschnitten. Die der Beklagten übertragenen Aufgaben gingen indes weit über die Leistungen gemäss der SIA-Ordnung 102 hinaus. Die von ihr, der Beklagten, übernommenen Leistungen hätten den gesamten Wertschöpfungsprozess von Immobilienprojekten abgedeckt. Sie sei als Gesamtprojektleiterin und typische Immobilienentwicklerin tätig gewesen. Die Planerleistungen selbst seien vielmehr auf Dritte übertragen worden. Es wäre auch widersinnig, ausgerechnet die Honorare der Planer, für deren Überwachung die Beklagte zuständig gewesen sei, nicht für die Bestimmung der Bausumme zu berücksichtigen. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die 2007-Vereinbarung für die der Beklagten zustehende Vergütung als Gesamtprojektleiterin nicht den Begriff des "Projektleitungshonorars" verwendet, sondern diese als "Management Fee" bezeichnet habe. Diese "Management Fee" sei um einen Anspruch auf Erfolgsbeteiligung erweitert worden, mit welchen nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien ein Anreiz gesetzt werden sollte, damit die Beklagte ihre Handlungs-, Gestaltungs- und Entscheidungsfreiräume im Interesse der Klägerin nutze. Die Klägerin habe sich einzig und alleine auf ihre Rolle als Kapitalgeberin bzw. Investorin beschränkt (act. 11 Rz. 53 ff. und 154 ff.; act. 34 Rz. 19 ff. und 52 ff.).

4.2.2. Rechtliches zur Vertragsauslegung und Übernahme von SIA-Ordnungen

Die Regelwerke des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) stellen Allgemeine Vertragsbedingungen dar und sind nur in dem Umfang verbindlich, als sie von den Parteien durch Abrede übernommen wurden. Die Übernahme kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (RUSCH, Was braucht es, damit die SIA-Normen gelten?, AJP 2019, S. 632.; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 283 f.).

Ob eine Übernahme der SIA-Ordnung im obgenannten Sinne vorliegt, ist durch Vertragsauslegung zu beurteilen. Dafür ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwillen bei Vertragsschluss festzustellen. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, sind in zweiter Linie zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert,

sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (zum Ganzen: BGE 148 III 57 E. 2.2.1).

4.2.3. Würdigung

Beide Parteien berufen sich für die Auslegung der 2007-Vereinbarung zwar auf den wirklichen übereinstimmenden Willen (act. 1 Rz. 35; act. 11 Rz. 56; act. 34 Rz. 52). Sie stellen jedoch keine Behauptungen zur Entstehungsgeschichte und zu konkreten Willensäusserungen vor oder nach Vertragsschluss oder zu anderweitigen Umständen auf, die Rückschluss den damaligen wirklichen Willen zulassen. Entsprechend lässt sich kein tatsächlicher übereinstimmender Wille erstellen und ist die 2007-Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Nach dem Wortlaut der 2007-Vereinbarung ist für die Berechnung des der Beklagten zustehenden Projektleitungshonorars die Bausumme massgebend. In der Vereinbarung wird weder näher geregelt, wie die Bausumme zu berechnen ist, noch explizit auf die SIA-Ordnung 102 verwiesen. Der Begriff Bausumme wird üblicherweise deckungsgleich mit dem Begriff der Baukosten verwendet und dient häufig als Anknüpfungspunkt für finanzielle Fragen im Zusammenhang mit Bauprojekten, z.B. für die Bemessung von Gebühren im öffentlichen Baurecht oder im Bauversicherungsrecht. Unter der Bausumme resp. den Baukosten werden in der Regel alle direkten und indirekten Kosten, welche für die Erstellung eines Bauwerks notwendig sind, unter Ausschluss der Grundstückkosten gemäss BKP 0, verstanden.

In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die 2007-Vereinbarung für die verschiedenen von der Beklagten ausgeführten Tätigkeiten unterschiedliche Honorare vorsieht. So wurde für die Vermittlung beim Kauf oder Verkauf von Liegenschaften ein Honorar von 3 % des Kauf- bzw. Verkaufspreises, für die Leistungen als Pro-

jektleiterin die hier zu untersuchende Entschädigung von 4 % der Bausumme, für weitere immobilien-treuhänderische Leistungen ein Honorar gemäss der Honorarordnung des SVIT sowie ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des nach Abschluss des Projekts erzielten Gewinnes festgelegt. Namentlich bei der letztgenannten Gewinnbeteiligung regelt die 2007-Vereinbarung detailliert, wie der Gewinn und die davon abzuziehenden Anlagekosten zu berechnen sind. Da das Projektleitungshonorar vor der Gewinnbeteiligung geregelt ist und keinen Verweis auf die dortige Klausel enthält, kann die Umschreibung der Anlagekosten bei der Gewinnbeteiligung jedenfalls nicht auch für die Bausumme herangezogen werden.

Die 2007-Vereinbarung hat die zwischen der A3._____ SA und der B2._____ abgeschlossene 2005-Vereinbarung ersetzt. In letzterer Vereinbarung fand die Bausumme keinen Niederschlag. Demgegenüber wird ein der B2._____ zustehendes erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des erzielten Gewinnes vereinbart und die Berechnung der Entschädigung geregelt (act. 13/1). Auch in der 2007-Vereinbarung findet sich ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des erzielten Gewinnes, wobei die Berechnung der Entschädigung anders als in der 2005-Vereinbarung geregelt wurde. Namentlich wird in Bezug auf die Anlagekosten klargestellt, dass das die Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu berücksichtigen ist. Die weiteren Regelungen in der 2005- sowie 2007-Vereinbarung legen nahe, dass das ursprünglich in ersterer vorgesehene Honorar in modifizierter Form in die neuere Vereinbarung übernommen wurde. So wurde in der 2005-Vereinbarung hinsichtlich der Zahlung der Erfolgsbeteiligung festgehalten, dass diese in Teilbeträgen zahlbar ist und eine erste Teilzahlung im Betrag von CHF 345'000.– erfolgt (act. 13/1). Zu genau dieser Zahlung stellte die 2007-Vereinbarung sodann klar, dass es sich um einen Gewinnvorbezug im Sinne der dort vorgesehenen Gewinnbeteiligung handelte (act. 3/7).

Bei der Betrachtung der weiteren Vereinbarungen der Parteien und der ihnen nahestehenden natürlichen und juristischen Personen ist festzustellen, dass die zwischen der A2._____ AG und der B2._____ abgeschlossenen 2003-Vereinbarung eine Honorierung zu vier Prozent "der gemäss SIA honorarberechtigten Bausumme von Fr. 30'000'000.– (Kostenschätzung)" vorsah. Die Beklagte bestreitet zwar mit Nichtwissen, dass mit der gemäss SIA honorarberechtigten Bausumme nach die-

ser Vereinbarung die SIA-Ordnung 102 in der Fassung 2003 gemeint war (act. 11 Rz. 199). Die von ihr ins Feld geführte SIA-Ordnung 101 (act. 11 Rz. 157 ff.) kann indes dabei nicht gemeint sein, denn diese sieht einerseits eine Honorierung nach Stundenaufwand und keine bausummen- bzw. baukostenabhängige Entschädigung vor und existierte andererseits im Zeitpunkt des Abschlusses der 2003-Vereinbarung noch gar nicht. Anders als die auf Ingenieure zugeschnittenen SIA-Ordnungen 103 und 108 enthält die SIA-Ordnung 102 die zu den Grundleistungen des Beauftragten gehörende Aufgabe der Gesamtleitung und liegt damit der der B2._____ übertragenen Aufgabe als Projektleiterin am nächsten. Die 2003-Vereinbarung wurde am 3. September 2003 unterzeichnet (act. 3/8). Die Fassung 2003 der SIA-Ordnung 102 trat am 21. Juni 2003 in Kraft. Aufgrund der öffentlichkeitswirksamen Intervention der Wettbewerbskommission gegen die frühere Fassung der Honorarberechnung nach den Baukosten im Jahr 2001 (dazu z.B. ZISWILER, in: Marti/Gebhardt/Siegenthaler [Hrsg.], SIA-Verträge für Architekten und Ingenieure, Kommentar zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen [Art. 1 LHO] und Erläuterungen zu den Vertragsformularen, Einleitung N 11) ist der in der 2003-Vereinbarung enthaltene Verweis auf die SIA-Ordnung nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass sich die A2._____ AG und die B2._____ beim Abschluss der 2003-Vereinbarung auf die SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, bezogen. Wie die Klägerin zutreffend vorbringt (act. 1 Rz. 36) enthält die SIA-Ordnung 102 den Begriff der "honorarberechtigten Bausumme" nicht. Hingegen ist in Art. 7 die Honorarberechnung nach den Baukosten und im Speziellen in Art. 7.5 die Berechnung der aufwandbestimmenden Baukosten geregelt. In Anbetracht des im Allgemeinen deckungsgleichen Verständnisses der Begriffe der Bausumme und der Baukosten kann und muss die zwischen der A2._____ AG der B2._____ getroffene Vereinbarung zur Berechnung der Entschädigung abhängig von der nach der SIA-Ordnung 102 massgebenden Bausumme als Verweis auf Art. 7 und Art. 7.5 der SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, verstanden werden.

In der streitgegenständlichen 2007-Vereinbarung wird nicht explizit Bezug auf die 2003-Vereinbarung genommen. Die 2003-Vereinbarung weist aber in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht einen engen Bezug zur 2007-Vereinbarung auf. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sowohl die A2._____ AG wie auch die

B2._____ Parteien der 2007-Vereinbarung waren. Weiter waren sämtliche an der 2007-Vereinbarung auftraggeberseitig resp. auftragnehmerseitig beteiligten Parteien durch je die gleiche Person, P._____ sel. bei den Auftraggebern und M._____ bei den Beauftragten, beherrscht (act. 1 Rz. 4 ff.; act. 11 Rz. 76 und 181 ff.), was sich auch daran zeigt, dass beide Vereinbarungen von den erwähnten zwei Personen unterzeichnet wurden (act. 3/7; act. 3/8).

In sachlicher Hinsicht sehen sowohl die 2003-Vereinbaung als auch die 2007-Vereinbarung ein Honorar von 4 % der Bausumme vor. Zwar finden sich gewisse Unterschiede bei der Bezeichnung der Beauftragten und der Umschreibung der Aufgaben. In beiden Fällen deckt dieses Honorar aber die Tätigkeit der Beauftragten als Projektleiterin ab. In der 2003-Vereinbarung wird die Beauftragte als Bautreuhänderin bezeichnet und ihr die bauherrenseitige Projektleitung, die Kontrolle und der Vollzug des Investitionsentscheides übertragen. Die 2007-Vereinbarung definiert die Aufgabe der Beauftragen als jene der alleinigen Gesamtprojektleiterin, wobei das Honorar von 4 % der Bausumme explizit die Leistungen der Beklagten als Projektleiterin entschädigt. Die in beiden Vereinbarungen vorgesehene Vergütung von 4 % der Bausumme wird damit für die im Wesentlichen gleichen Aufgaben, nämlich die Projektleitung, ausgerichtet, während sich die Auftraggeberin nach der vertraglichen Aufgabenteilung in beiden Verträgen im Kern auf die Rolle als Investorin beschränken konnte. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die 2007-Vereinbarung der Beklagten nicht nur das Projektleitungshonorar zusprach, sondern ein differenziertes Vergütungssystem vorsah, welches namentlich auch eine Gewinnbeteiligung enthielt. Zwar wurde auch in der 2005-Vereinbarung der B2._____ die Projektleitung übertragen. Die dafür vorgesehene Honorierung mittels einer Erfolgsbeteiligung steht – wie bereits erwogen – in einem direkten Zusammenhang mit der in der 2007-Vereinbarung festgelegten Gewinnbeteiligung. Damit fanden beide früheren Honorarvereinbarungen – die 2003-Vereinbarung durch die Vereinbarung des Projektleitungshonorars von 4 % der Bausumme und die 2005-Vereinbarung mittels der Erfolgsbeteiligung von 20 % des Gewinnes – Eingang in die 2007-Vereinbarung. Diese Auslegung wird durch die zeitlichen Umstände untermauert. Das mit der 2003-Vereinbarung geregelte Projekt G._____ wurde bis im Jahr 2007 realisiert und die A2._____ AG liess M._____ Ende März 2007 für die erfolgreiche

Gesamtprojektleitung G._____ eine "Auszeichnung für herausragende Leistungen" zukommen (act. 11 Rz. 146; act. 13/22). Die 2007-Vereinbarung wurde bereits am 21. November 2007 und damit lediglich rund acht Monate nach dem sehr erfolgreich beendeten Projekt G._____ abgeschlossen. Das mit der 2005-Vereinbarung geregelte Projekt F._____ war zu diesem Zeitpunkt noch im Gang. Wenn die Parteien vor diesem Hintergrund in der 2007-Vereinbarung sowohl eine Honorierung von 4 % der Bausumme als auch eine Gewinnbeteiligung vorsahen, so konnte und musste dies nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass sie die aus früheren erfolgreichen Projekten bewährten Honorarberechnungen vor Augen hatten und diese in der 2007-Vereinbarung übernehmen wollten, was sie denn auch in Bezug auf das noch laufende Projekt F._____ mittels formeller Aufhebung und Überführung in den neuen Vertrag zum Ausdruck brachten.

Wenn es zutreffen würde, dass – wie die Beklagte behauptet – nach dem Willen der Parteien für die Berechnung der Bausumme sämtliche nach BKP 1-6 angefallenen Kosten zu berücksichtigen wären, so wäre in Anbetracht der vorstehenden Umstände zu erwarten gewesen, dass die Parteien in der 2007-Vereinbarung die Berechnung der Bausumme in diesem Sinne klarstellen. Dies umso mehr, als in der 2007-Vereinbarung die Berechnung des Gewinnanteils und der abzuziehenden Anlagekosten ausführlich und im Vergleich zur 2005-Vereinbarung abweichend geregelt wurde. Dass die Parteien von einer konkreten Regelung der Berechnung der Bausumme abgesehen haben und für die Berechnung auch nicht beispielsweise auf die Definition der Anlagekosten bei der Gewinnbeteiligung verwiesen haben, spricht ebenfalls dafür, dass sie mit der Bausumme in der 2007-Vereinbarung dieselbe Regelung treffen wollten, die sie bereits in der 2003-Vereinbarung vorgesehen und gelebt haben. Daran ändern auch die weiteren Vorbringen der Beklagten, dass die von ihr übernommene Leistungen gänzlich andere seien bzw. weit über die in der SIA-Ordnung 102 vorgesehenen Leistungen hinaus gingen, was sich auch in der Bezeichnung im Vertrag als "Management Fee" und nicht als Projektleitungshonorar zeige, nichts (act. 11 Rz. 38 ff. und 154 ff.; act. 34 Rz. 21 ff.). Einerseits ist die als "Management Fee" bezeichnete Entschädigung nach dem eindeutigen Wortlaut *für die Tätigkeit der Beklagten als Projektleiterin* vorgesehen (act. 3/7). Anderseits sieht die 2007-Vereinbarung in Übereinstimmung mit

Art. 7.1.3 der SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, wonach bei übergeordneter Gesamtleitung zusätzlich zum baukostenabhängigen Honorar gesondert eine Entschädigung zu vereinbaren ist, eine differenzierte Honorarordnung vor, die nebst dem Projektleitungshonorar auch eine Erfolgsbeteiligung, ein Kaufs- und Verkaufshonorar sowie bei weiteren immobilien-treuhänderischen Leistungen eine Honorierung nach der Honorarordnung des SVIT beinhaltet.

Die in der 2007-Vereinbarung für die Berechnung des Projektleitungshonorars massgebende Bausumme ist nach dem Gesagten nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass dieselbe Honorarberechnung wie in der 2003-Vereinbarung, nämlich eine Berechnung der Bausumme nach den aufwandbestimmenden Baukosten der SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, vereinbart wurde.

4.2.4. Zwischenfazit

Der Beklagten steht für ihre Tätigkeit als Projektleiterin ein Honorar von 4 % der jeweiligen Bausumme zu. Für die Berechnung der Bausumme ist auf die Regelung der SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, zur Berechnung der aufwandbestimmenden Baukosten abzustellen. Gemäss Art. 7.5.1 SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, sind aufwandbestimmend die wirklichen Kosten des ausgeführten Bauwerks. Dazu gehören die Kosten der Vorbereitungsarbeiten gemäss BKP 1, die Gebäudekosten nach BKP 2 sowie die Umgebungskosten nach BKP 4 (vgl. auch Art. 7.5.3 SIA-Ordnung 102, Fassung 2003). Nicht für die aufwandbestimmenden Baukosten zu berücksichtigen sind nach Art. 7.5.5 SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, demgegenüber die Grundstückkosten (BKP 0) und die Baunebenkosten (BKP 5) sowie allfällige weitere Kosten (BKP 6-9). Weiter von der Bausumme in Abzug zu bringen sind die Honorare des Architekten und der an der Projektierung und Ausführung beteiligten Spezialisten und Berater (Art. 7.5.5. SIA-Ordnung 102, Fassung 2003), worunter insbesondere die BKP Unterpositionen 291-299 zu verstehen sind.

Zusammenfassend beinhaltet die für das der Beklagten zustehende Honorar massgebende Bausumme folgende Positionen:

- Kosten der Vorbereitungsarbeiten BKP 1;

- Gebäudekosten BKP 2;
- Umgebungskosten BKP 4;
- abzüglich der Honorare gemäss BKP Unterpositionen 291-299.

Bei der Berechnung der Bausumme ist die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen. Das Projektleitungshonorar ist jedoch inkl. Mehrwertsteuer geschuldet. Die Parteien haben bei ihren Ausführungen übereinstimmend jeweils auf die Bausumme inkl. Mehrwertsteuer Bezug genommen (act. 1 Rz. 16; act. 11 Rz. 191). Da es im Ergebnis mathematisch keinen Unterschied macht, ob die Bausumme mit oder ohne Mehrwertsteuer ausgewiesen wird, ist nachfolgend - den Parteien folgend - jeweils von der Bausumme inkl. Mehrwertsteuer die Rede.

5. Projekt C._____

5.1. Gewinnbeteiligung

5.1.1. Anspruchshöhe

5.1.1.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin bringt vor, im Projekt C._____ habe ein Ertrag von CHF 50'803'357.85 resultiert. Diesem seien Anlagekosten von gesamthaft CHF 44'484'807.60 gegenübergestanden, womit sich ein Gewinn von CHF 5'954'550.25 ergebe. Der Beklagten stehe demnach ein Honorar von CHF 1'190'910.05 (exkl. MwSt.) zu (act. 1 Rz. 74 ff.)

Die Beklagte macht in ihrer Klageantwort und Widerklagebegründung geltend, die Klägerin sei auf den von ihr zugestandenen Anspruch von CHF 1'190'910.05 (exkl. MwSt.) zu behaften. Die Klägerin habe den Anlagekosten aber vertragswidrig eigenen Verwaltungsaufwand im Betrag von CHF 327'442.50 (inkl. MwSt.) hinzugerechnet, der gar nie entstanden sei. Dieser Betrag sei von den von der Klägerin behaupteten Anlagekosten in Abzug zu bringen, womit ein Gewinn von CHF 6'281'992.75 und ein ihr zustehender Anspruch in der Höhe von

CHF 1'256'398.55 (exkl. MwSt.) resp. CHF 1'356'910.43 (inkl. MwSt.) resultiere (act. 11 Rz. 27, 66 und 72 f.).

Dem hält die Klägerin replicando entgegen, der in den Anlagekosten enthaltene Verwaltungsaufwand sei gerechtfertigt und notwendig gewesen. Die Beklagte behaupte unsubstantiiert und ohne jedwelchen Beleg, die Rolle der Klägerin habe sich darauf beschränkt, der Beklagten die erforderlichen Informationen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die Projektbuchhaltung zu führen und den Rechnungsabschluss zu erstellen. Die Beklagte habe aber nicht einmal über ein Büro verfügt. Die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit über sämtliche Aspekte aller Projekte habe ausschliesslich bei der Klägerin gelegen. Sie habe eine Vielzahl projektbezogener Leistungen erbracht wie die rechtliche Freigabe und die Vertragsarbeit, die Prüfung der Projektunterlagen und deren Freigabe, die Überwachung des Projektcontrollings, die Prüfung der Zahlungsläufe und die Organisation der Mittelbereitstellung, der Abschluss der Finanzierung bei Banken, die Bereitstellung des Eigenkapitals, den Abschluss der notwendigen Versicherung, die Klärung rechtlicher Fragen und das Führen von Rechtsstreitigkeiten. Die entsprechenden Aufwände seien richtigerweise unter der BKP-Position 569 abgerechnet worden (act. 25 Rz. 27 ff. und 69 ff.).

In ihrer Duplik bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin im Projekt C._____ projektbezogene Leistungen erbracht habe und ihr infolgedessen ein Verwaltungsaufwand von CHF 327'442.50 entstanden sei. Selbst wenn die Klägerin tatsächlich projektbezogene Leistungen erbracht habe, habe sie es nicht als nötig erachtet, die erbrachten Leistungen konkret darzulegen. Es könne daher nicht nachvollzogen werden, ob solche Leistungen tatsächlich gerechtfertigt, notwendig und überhaupt projektbezogen seien und zum geltend gemachten Verwaltungsaufwand in dieser Höhe geführt hätten (act. 34 Rz. 99 ff.).

Die Klägerin hält in ihrer Widerklageduplik an ihrem Standpunkt fest (act. 39 Rz. 98 ff.).

5.1.1.2. Würdigung

Die Parteien sind sich einig, dass der Beklagten mindestens ein Honorar in der Höhe von CHF 1'190'910.05 (exkl. MwSt.) zusteht. Strittig ist einzig, ob in den Anlagekosten der von der Klägerin zusätzlich geltend gemachte eigene Verwaltungsaufwand im Betrag von CHF 327'442.50 zu berücksichtigen ist oder nicht. Grundsätzlich trägt die Beklagte die Beweislast für die Höhe und die Berechnung ihres Anspruchs und damit auch für die anrechenbaren Anlagekosten (Art. 8 ZGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts obliegt der bestreitenden Partei indes eine qualifizierte Bestreitungslast, wenn es sich bei den von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen um eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei handelt, und in dem Sinne ein Informationsgefälle zwischen den Parteien besteht, dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1.). Ob und gegebenenfalls welche konkreten projektbezogenen Leistungen die Klägerin erbracht hat, kann die Beklagte nicht wissen. Entsprechend obliegt der Klägerin eine qualifizierte Bestreitungslast in dieser Hinsicht und hat sie darzulegen, wie sich der von ihr geltend gemachte Verwaltungsaufwand ergibt und welche projektspezifischen Leistungen bei ihr angefallen sind. Diesen Anforderungen genügt die Klägerin nicht. Einerseits äussert sie sich überhaupt nicht dazu, wie sich der Verwaltungsaufwand von CHF 327'442.50 zusammensetzen soll. Anderseits begnügt sie sich für die von ihr konkret in Bezug auf das Projekt C._____ erbrachten Leistungen mit einer pauschalen Aufzählung von Leistungen, ohne diese in irgendeinen Bezug zum entsprechenden Projekt zu setzen. Damit hat als unbestritten zu gelten, dass der Klägerin *kein* eigener Verwaltungsaufwand entstanden ist. Entsprechend ist dieser Betrag dem Gewinn hinzuzurechnen. Es resultiert damit ein Gewinn von CHF 6'281'992.75 (CHF 5'954'550.25 + CHF 327'442.50) und eine Gewinnbeteiligung der Beklagten von CHF 1'356'910.43 (inkl. MwSt; CHF 1'256'398.55 zzgl. 8 % MwSt.).

5.1.2. Tilgung und offener Saldo

5.1.2.1. Parteistandpunkte

a) Klägerin

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe für die Abrechnung der Gewinnbeteiligung am 1. November 2010 eine Rechnung in der Höhe von CHF 813'165.50 (inkl. MwSt.) gestellt, welche am 1. Dezember 2010 bezahlt worden sei. Es ergebe sich somit ein offener Saldo von CHF 469'994.45 (inkl. MwSt.). Indes habe die Beklagte dem Bauprojekt private Kosten belastet. So habe sie für CHF 720'749.50 (inkl. MwSt.) Arbeiten an ihrer privaten Liegenschaft auf Kosten der Klägerin ausführen lassen. Die Beklagte anerkenne denn auch ausdrücklich, dass es sich bei diesen Kosten um solche für "private Inanspruchnahmen" von M._____ gehandelt habe. Es treffe jedoch nicht zu, dass diese Kosten aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Klägerin bzw. der A2._____ AG und dem Inhaber der Beklagten, M._____, bezahlt worden seien. Eine solche Vereinbarung habe es nicht gegeben. Unmassgeblich sei, ob diese Zahlungen direkt an die Unternehmer erbracht worden seien, es handle sich so oder anders um private Kosten der Beklagten bzw. von M._____. Im Übrigen sei die Beklagte als Projektleiterin zur sorgfältigen Auftragsausführung verpflichtet gewesen. Die Beklagte sei damit beauftragt gewesen, die angefallenen Handwerkerkosten ordnungsgemäss abzurechnen. Die Zahlungsanweisungen seien von der Beklagten unterzeichnet und dem Bauprojekt zugeordnet worden. Die Belastung eines Bauprojekts mit privaten Kosten stelle eine grobe Vertragsverletzung dar. Für sie, die Klägerin, sei nicht erkennbar gewesen, dass es sich dabei um private Kosten und nicht um Projektkosten gehandelt habe. Es liege entsprechend auch keine irrtumsfreie Erfüllung vor. Die Beklagte sei daher zur Rückzahlung dieses Betrages verpflichtet. Es ergebe sich gesamthaft ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin von CHF 250'755.05 (act. 1 Rz. 82 ff.; act. 25 Rz. 78 ff.).

b) Beklagte

Die Beklagte hält dem entgegen, es treffe nicht zu, dass mit der Rechnung vom 1. November 2010 die Gewinnbeteiligung abgerechnet worden sei. Diese Rech-

nung beziehe sich zwar tatsächlich auf die 2007-Vereinbarung und das Projekt C._____, sie führe aber explizit jene Leistungen auf, die mit der Zahlung abgegolten worden seien, nämlich Marktuntersuchungen von Februar 2006 bis November 2007 sowie das Konzept der Überbauung, Anordnung der Gebäude, Wohnungsmix, Wohnungslayout von April 2006 bis März 2007. Weiter sei darin explizit festgehalten, dass es sich um ein Honorar gemäss der 2007-Vereinbarung handle, welches 1.5 % des Gesamtverkaufspreises von CHF 50'382'000.– betrage. Ein Hinweis, dass mit der Zahlung der Anspruch auf Gewinnbeteiligung getilgt werden solle, finde sich nirgends. Indem die Klägerin die Rechnung freiwillig, irrtumsfrei und vorbehaltslos bezahlt habe, habe sie zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der Zahlung eben gerade nicht die Gewinnbeteiligung, sondern andere Forderungen habe tilgen wollen. Die von der Klägerin weiter geltend gemachte Belastung mit Kosten für ein privates Bauprojekt von M._____ sei nicht durch die Beklagte erfolgt. Sie, die Beklagte, habe keinerlei Zugriff auf die Konti der Klägerin bzw. der A2._____ AG gehabt. Die A2._____ AG habe diese Kosten gestützt auf eine Vereinbarung zwischen dem Inhaber der Klägerin sowie der A2._____ AG, P._____ sel., und dem Inhaber der Beklagten, M._____, auf Anweisung der Klägerin beglichen. Die Zahlungen seien sodann direkt an die Unternehmer und nicht an die Beklagte erfolgt. Die Klägerin habe die Zahlungen freiwillig, vorbehaltslos und irrtumsfrei getätigt. Sofern die Klägerin einen Schadenersatzanspruch geltend machen wolle, so sei zu berücksichtigen, dass die Zahlungen im Januar 2011 vom Konto der A2._____ AG und nicht jenem der Klägerin geleistet worden seien. Die Klägerin habe entsprechend auch keinen Schaden erlitten. Die Beklagte erhebe auch vorsorglich die Verjährungseinrede. Die Klägerin habe entsprechend bisher keine Zahlungen geleistet. Es bestehe weiterhin der volle Anspruch von CHF 1'356'910.43 (act. 11 Rz. 74 ff.; act. 34 Rz. 91 ff. und 99 ff.).

5.1.2.2. Würdigung

a) Rechnung vom 1. November 2010

Zu prüfen ist zunächst, ob mit der Zahlung der Rechnung vom 1. November 2010 der Gewinnbeteiligungsanspruch im Zahlungsumfang getilgt wurde. Hat der Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er be-

rechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Art. 86 Abs. 1 OR). Die Anrechnungserklärung kann sich ausdrücklich oder aufgrund des Verhaltens des Schuldners ergeben. Namentlich liegt eine stillschweigende Anrechnungserklärung vor, wenn der Zahlungsbetrag mit der Forderungshöhe einer Rechnung übereinstimmt (BSK OR I-SCHROETER, Art. 86 N 14; ZK-SCHRANER, Art. 86 N 25 f.).

Die Rechnung vom 1. November 2010 listet explizit die damit zu vergütenden Leistungen mit "Marktuntersuchungen von Februar 2006 bis November 2007" sowie "Konzept der Überbauung, Anordnung der Gebäude, Wohnungsmix, Wohnungslayout von April 2006 – März 2007" auf. Weiter wird auch die Berechnung der Entschädigung genau erläutert, nämlich 1.5 % des Gesamtverkaufspreises von CHF 50'382'000.– (act. 3/23). Diese Rechnung hat die Klägerin genau in Höhe des Rechnungsbetrages von CHF 813'165.50 bezahlt (act. 23/3 S. 2). Damit liegt eine klägerische Anrechnungserklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR zugunsten der in der Rechnung vom 1. November 2010 aufgeführten Forderungen der Beklagten vor. Entsprechend wurde der Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten nicht getilgt.

Eine anderweitige Anrechnung der von der Klägerin geleisteten Zahlung ist einzig im Falle einer Verrechnung möglich (Art. 120 OR). Ein Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung setzt nach Art. 62 OR insbesondere das Fehlen eines Rechtsgrundes für die Zahlung voraus. Wird eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, so kann das Geleistete zudem nur zurückgefordert werden, wenn sich der Leistende über seine Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Die Beweislast für sämtliche Anspruchsvoraussetzungen obliegt derjenigen Partei, die einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend macht. Sie hat dabei namentlich auch den negativen Beweis zu erbringen, dass kein Rechtsgrund für die Leistung bestand (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 41 und Art. 63 N 9; BGE 132 III 432 E. 2.1).

Die Klägerin führt zum Nichtbestand der Forderung und zum Irrtum über die Schuldpflicht aus, andere Forderungen würden nicht existieren und auf ein in dieser Rechnung vorgesehenes Honorar von 1.5 % des Gesamtverkaufspreises habe die Beklagte keinen Anspruch gehabt, wenn schon wäre ein solches nach der Honorar-

ordnung des SVIT zu berechnen gewesen. Die Beklagte lege auch nicht plausibel dar, um welche Forderungen es sich dabei handeln solle. Es handle sich um eine Akontozahlung für die Gewinnbeteiligung, womit auch keine freiwillige, irrtumsfreie Zahlung vorliege (act. 25 Rz. 55 ff., 74 und 301 f.). Dies wird von der Beklagten bestritten (act. 34 Rz. 87 ff. und 297). Die Ausführungen der Klägerin bleiben pauschal und ohne Bezug zu den von der Beklagten in der Rechnung vom 1. November 2010 aufgeführten Leistungen. Namentlich äussert sie sich nicht dazu, ob die Beklagte die erwähnten Leistungen erbracht hat und, falls ja, wie diese konkret vergütet wurden. Auch fehlen weitergehende Behauptungen zu den Umständen der Zahlungsausführung durch die Klägerin, legt sie doch nicht dar, weshalb sie trotz der eindeutig nicht auf eine Gewinnbeteiligung lautenden Rechnung konkret davon ausgegangen ist, es handle sich um eine Akontorechnung für die Gewinnbeteiligung (vgl. in dieser Hinsicht auch unten E. 6.1.2.2. b). Damit gelingt es ihr nicht, das Fehlen eines Rechtsgrundes für die Zahlung sowie das Vorliegen eines Irrtums über die Schuldpflicht aufzuzeigen. Der Klägerin steht daher kein Rückerstattungsanspruch zu. Demnach ist auch eine Tilgung durch Verrechnung nicht möglich.

b) Private Baukosten

Festzuhalten ist vorab, dass die Klägerin weder behauptet, dass die Beklagte durch die Zahlung der privaten Baukosten direkt begünstigt wurde, noch dass sie mit der Beklagten eine Tilgung des Gewinnbeteiligungsanspruchs durch Zahlung dieser Kosten verabredet hat. Der beklagtische Gewinnbeteiligungsanspruch kann daher nicht durch Zahlung getilgt worden sein.

Zu prüfen ist damit einzig, ob die Klägerin dem Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten einen Verrechnungsanspruch entgegen stellen kann (Art. 120 OR). Es geht aus den Vorbringen der Klägerin schon nicht klar hervor, worauf sie einen solchen Anspruch stützen will. Soweit sie einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend macht, ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in ihrer Replik einerseits behauptet, es handle sich um Kosten für die private Liegenschaft der Beklagten, und sich andererseits auf den Standpunkt stellt, es seien Auslagen für private Inanspruchnahmen von M._____ persönlich (act. 25 Rz. 80 ff.). Es bleibt aufgrund dieser Ausführungen unklar, ob es sich bei der Liegenschaft, an welcher

die Arbeiten ausgeführt wurden, um eine Liegenschaft der Beklagten oder von M._____ persönlich handelt. Damit legt sie nicht genügend dar, wer durch die entsprechenden Zahlungen bereichert wurde. Der Klägerin kann somit kein bereicherungsrechtlicher Anspruch zustehen, zumal sich ein solcher gegen den Bereicherten zu richten hat. Die als Aktiengesellschaft organisierte Beklagte verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit und kann nicht mit M._____ gleichgesetzt werden. Im Übrigen führt die Klägerin auch hier nicht konkret aus, inwiefern für die Zahlungen ein Rechtsgrund fehlte und dass sie sich über die Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat.

Ein Schadenersatzanspruch setzt das Vorliegen einer Vertragsverletzung und eines Schadens voraus (Art. 97 OR). Die Beweislast obliegt der Klägerin (Art. 8 ZGB). Zur Vertragsverletzung trägt die Klägerin vor, die Belastung eines Bauprojekts mit privaten Kosten stelle eine grobe Verletzung der vertraglichen Pflichten als Projektleiterin dar (act. 25 Rz. 82). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Vertragsverletzung und macht geltend, die Belastung der Kosten habe auf einer Vereinbarung zwischen P._____ sel. und M._____ gegründet. Im Rahmen dieser Vereinbarung habe auch P._____ sel. seinerseits Kosten in ähnlicher Höhe für sein privates Bauprojekt in Q._____ belastet, was sich auch aus der von der Klägerin selbst erstellten Berechnung der Gewinnbeteiligung vom 22. Juni 2017 (act. 26/5) ergebe (act. 11 Rz. 76; act. 34 Rz. 109 ff.). In der Tat hat die Klägerin in der von ihr am 22. Juni 2017 erstellten Berechnung des Gewinnanteils sowohl private Kosten von P._____ sel. als auch von M._____ aufgeführt und von den massgebenden Anlagekosten abgezogen (act. 26/5). Zu diesen Umständen, welche den von der Beklagten behaupteten Sachverhalt stützen, äussert sich die Klägerin überhaupt nicht und begnügt sich damit, pauschal auszuführen, eine solche Vereinbarung habe es nicht gegeben (act. 25 Rz. 81). Damit kann sie keine Vertragsverletzung der Beklagten darlegen. Weiter fehlen auch Behauptungen der Klägerin zum Schaden. Namentlich ist unklar, bei wem dieser Schaden eingetreten sein soll, zumal nach den unbestrittenen Ausführungen der Beklagten (act. 34 Rz. 110) die Zahlungen von der A2._____ AG und nicht der Klägerin geleistet wurden. Die Klägerin behauptet jedenfalls nicht, es sei bei der A2._____ AG ein Schaden eingetreten, womit auch keine rechtsgenügliche Darlegung des Schadens vorliegt.

Zusammenfassend hat die Klägerin weder durch die Zahlung der Kosten des privaten Bauprojekts noch durch eine Verrechnung den Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten getilgt.

5.1.3. Fazit

Der Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten wurde nicht getilgt. Der Beklagten steht damit ein Anspruch von CHF 1'356'910.43 (inkl. MwSt.) zu.

5.2. Projektleitungshonorar

5.2.1. Anspruchshöhe

5.2.1.1. Parteistandpunkte

a) Klägerin

Die Klägerin bringt vor, für die Berechnung der Bausumme seien die Kosten für Vorbereitungsarbeiten in der Höhe von CHF 15'858.– (BKP 1), die Gebäudekosten von CHF 25'098'788.– (BKP 2) sowie die Umgebungskosten von CHF 1'466'881.– (BKP 4) zu berücksichtigen. Es ergebe sich ein Gesamtbetrag von CHF 26'581'527.–. Davon in Abzug zu bringen seien die Honorare gemäss BKP 291–294 und 296 von total CHF 2'395'108.–, womit sich die Bausumme auf CHF 24'186'419.– reduziere. Sodann sei die Zahlung der Rechnung vom 1. November 2010 in der Höhe von CHF 813'165.50 davon zu subtrahieren, da es sich dabei um einen vorgezogenen Gewinnanteil gehandelt habe. Damit resultiere eine Bausumme von CHF 23'373'253.50 und ein der Beklagten zustehendes Honorar von CHF 934'930.14 (inkl. MwSt.; act. 1 Rz. 61 ff.; act. 25 Rz. 48 ff.; act. 39 Rz. 98 f.).

b) Beklagte

Die Beklagte ist der Ansicht, bei der Berechnung der Bausumme seien nebst den von der Klägerin geltend gemachten Kosten die Auslagen gemäss BKP 5, bestehend aus Baunebenkosten in der Höhe von CHF 4'113'566.– und der Nettoverzinsung des eingesetzten Kapitals im Betrag von CHF 2'595'780.09, sowie die Kosten

gemäss BKP 6 von CHF 2'043'157.– zu berücksichtigen. In Abzug zu bringen sei sodann der unter BKP 569 verbuchte Verwaltungsaufwand der Klägerin von CHF 327'442.50 und das unter BKP 559 verbuchte Projektleitungshonorar von CHF 968'800.–. Teil der Bausumme sei demgegenüber die Rechnung vom 1. November 2010, da damit nicht der Gewinnbeteiligungsanspruch getilgt worden sei. Die massgebende Bausumme betrage daher CHF 34'037'787.59 und ihr stehe ein Honorar von CHF 1'361'511.50 (inkl. MwSt.) zu (act. 11 Rz. 64 ff. und 218; act. 34 Rz. 81 ff.).

5.2.1.2. Würdigung

Die Beklagte hat Anspruch auf ein Honorar von 4 % der Bausumme. Für die Berechnung der Bausumme sind die Kosten gemäss BKP 1, 2 und 4 unter Abzug der Honorare gemäss BKP Unterpositionen 291-299 zu berücksichtigen (E. 4.2.). Gemäss den insoweit übereinstimmenden Ausführungen der Parteien summieren sich diese Kosten auf CHF 24'186'419.–. Weitergehende Ausführungen zu den Vorbringen der Beklagten zu den BKP 5 und 6 erübrigen sich damit.

Zu beurteilen verbleibt damit einzig, ob die Zahlung der Rechnung vom 1. November 2010 von der Bausumme abzuziehen ist oder nicht. Wie vorstehend erwogen, hat die Klägerin damit nicht den Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten getilgt und sie kann diese auch nicht anderweitig zurückfordern (E. 5.1.2.). Damit ist die Rechnung auch für die Bausumme zu berücksichtigen bzw. nicht von dieser in Abzug zu bringen. Für die massgebende Bausumme bleibt es folglich bei einer Summe von CHF 24'186'419.–. Es resultiert ein der Beklagten zustehendes Honorar von CHF 967'456.76 (inkl. MwSt.; 4 % von CHF 24'186'419.–).

5.2.2. Tilgung und offener Saldo

5.2.2.1. Parteistandpunkte

Die Parteien sind sich einig, dass die Klägerin bislang Zahlungen in der Höhe von CHF 968'800.– (inkl. MwSt.) geleistet hat (act. 1 Rz. 72; act. 11 Rz. 70). Umstritten ist hingegen, ob es sich dabei um Akontozahlungen handelt (act. 1 Rz. 72; act. 34 Rz. 81).

5.2.2.2. Würdigung

Zu ermitteln ist, ob die Klägerin Anspruch auf Rückforderung der zu viel geleisteten Zahlungen in der Höhe CHF 1'343.24 (CHF 968'800.– abzgl. CHF 967'456.76) hat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht bei Akontozahlungen ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch (BGE 126 III 119 E. 2 und 3). Die Klägerin behauptet in ihrer Klageantwort, es habe sich um Akontozahlungen gehandelt (act. 1 Rz. 72). Diese Behauptung wurde von der Beklagten in der Klageantwort nicht bestritten (act. 11 Rz. 70 und 220). Damit hat als anerkannt zu gelten, dass die von der Klägerin geleisteten Zahlungen Akontozahlungen waren. Selbst wenn von einer rechtsgenügenden Bestreitung auszugehen wäre, ist aufgrund der Unterlagen erstellt, dass es sich um Akontozahlungen handelt, zumal alle von der Beklagten gestellten Rechnungen den Vermerk "Akontozahlung" enthalten (act. 3/25–28) und von der Klägerin widerspruchslos bezahlt wurden. Folglich hat die Klägerin einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 1'343.24.

5.2.3. Fazit

Die Beklagte hat einen offenen Gewinnbeteiligungsanspruch von CHF 1'356'910.43. Dem steht ein klägerischer Rückerstattungsanspruch aus dem Projektleitungshonorar über CHF 1'343.24 gegenüber.

6. Projekt D._____

6.1. Gewinnbeteiligung

6.1.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin führt in ihrer Klagebegründung aus, das Projekt D._____ habe einen Erlös von CHF 145'247'483.– generiert. Die anzurechnenden Anlagekosten beliefen sich auf CHF 118'659'130.–, womit ein Gewinn von CHF 26'588'353.– und ein Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten von CHF 5'743'084.25 (inkl. MwSt.) resultiere. Obwohl die Beklagte erst nach Abschluss des Projektes Anspruch auf Auszahlung der Gewinnbeteiligung gehabt habe, habe sie auf eine vorzeitige Auszahlung gedrängt. Die Beklagte habe der Klägerin in der Folge Akontorechnungen in

der Höhe von CHF 10'600'848.– (inkl. MwSt.) zukommen lassen, welche sie, die Klägerin, bezahlt habe. Es ergebe sich daher ein Rückforderungsanspruch von CHF 4'857'763.75 (act. 1 Rz. 102 ff.).

Die Beklagte hält dem in ihrer Klageantwort entgegen, die Klägerin sei mindestens im Betrag von CHF 5'743'084.25 (inkl. MwSt.) auf ihre Schuldanerkennung zu behaften. Allerdings habe die Klägerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt beklagtsiche Gewinnbeteiligungsansprüche im Gesamtbetrag von CHF 10'600'848.– (inkl. MwSt.) anerkannt. Die Parteien hätten in der 2007-Vereinbarung keine Akontozahlungen vereinbart. Bis auf eine Rechnung enthielten die für den Gewinnbeteiligungsanspruch gestellten Rechnungen keine Hinweise darauf, dass es sich um Akontozahlungen handle. Die Parteien hätten keine Schlussabrechnung und Rückzahlung vorbehalten. Hingegen zeigten die Rechnungen die Einigung der Parteien, dass mit jedem erfolgreichen Wohnungsverkauf ein Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung fällig werde, welcher sich nach Massgabe der erzielten Verkaufspreise bemesse. Mit der Begleichung sämtlicher Rechnungen habe die Klägerin die einzelnen Gewinnbeteiligungsansprüche der Beklagten im Gesamtbetrag von CHF 10'600'848.– endgültig anerkannt. Dies habe die Beklagte auch in den zu den Zahlungen zugehörigen E-Mails untermauert. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass die Parteien die Zahlungen als endgültige Zahlungen und nicht als Akontozahlungen hätten verstehen wollen. Die Klägerin verfüge daher von vornherein über keinen vertraglichen Rückerstattungsanspruch. Die Zahlungen seien sodann freiwillig und irrtumsfrei erfolgt, womit auch kein bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch bestehe. Weiter sei sie nicht mehr bereichert, da sie keine Aktivitäten mehr habe und kurz vor der Auflösung stehe. Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch wäre ohnehin verjährt, weshalb sie rein vorsorglich die Verjährungseinrede erhebe. Sie schulde daher keine Rückzahlung (act. 11 Rz. 91 ff.).

Replicando bringt die Klägerin vor, erst im März 2021 und damit nach Klageeinreichung sei das letzte Rechtsgeschäft aus dem Projekt D._____ vollzogen worden. Dieses habe einen zusätzlichen Erlös von CHF 17'000.– generiert. Ab diesem Zeitpunkt habe das Projekt abgerechnet werden können. Der zusätzliche Erlös führe zu einem erhöhten Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten von

CHF 5'746'756.25 (inkl. MwSt.). Wie sie bereits ausgeführt habe, habe sie der Beklagten Akontozahlungen in der Höhe von CHF 10'600'848.– (inkl. MwSt.) ausgerichtet. Hintergrund dieser Zahlungen sei, dass die Beklagte seit 2014 auf Gewinnvorbezüge gedrängt habe. Diese Bemühungen habe sie ab dem Jahr 2016 intensiviert und der Klägerin Verkaufserwartungen mitgeteilt, die sich nachträglich als zu hoch erwiesen hätten, und sie damit bedrängt, ohne vorzeitige Auszahlungen die Tätigkeit einzustellen. Ende August 2016 hätten die Parteien vermutet, die Gewinnschwelle bereits erreicht zu haben. Aufgrund dieser Ausgangslage habe die Klägerin bzw. P._____ sel. eingewilligt, der Beklagten vorzeitige Gewinnanteile auszubezahlen. Die Klägerin bzw. P._____ sel. habe der Beklagen aber "glasklar" mitgeteilt, dass diese vorzeitige Auszahlung unter dem Vorbehalt der Endabrechnung stehe. Die Beklagte bzw. M._____ habe dieses Verständnis anlässlich eines Besuchs im Büro der Klägerin im Dezember 2016 geteilt. Die akontoweise Bezahlung der Rechnungen ergebe sich weiter daraus, dass die Parteien in der 2007-Vereinbarung einen Abrechnungsvorbehalt vereinbart hätten. Die Beklagte selber habe sodann auf der ersten Rechnung ausdrücklich einen Akontovermerk angebracht, ehe sie diesen von den weiteren 15 Rechnungen entfernt habe. Es sei treuwidrig, wenn die Klägerin nun geltend mache, die weiteren fünfzehn Rechnungen seien nicht akonto erfolgt. Dies umso mehr, als die Klägerin ab der siebten weiteren Rechnung bei der Bezahlung ausdrücklich den Zahlungsgrund "Akonto Gewinnbeteiligung" angegeben habe. Dieser Zahlungsvermerk sei der Beklagten bei der Überweisung mitgeteilt worden. Schliesslich enthielten die Rechnungen gar nicht die für eine definitive Bemessung der Gewinnbeteiligung massgeblichen Angaben. Sie enthielten ausschliesslich die Verkaufspreise. Die Beklagte habe indes keinen Anspruch auf 20 % des Verkaufspreises, sondern des Gewinnes. Eine abweichende Vereinbarung habe nach der 2007-Vereinbarung der Schriftform bedurft. Eine solche Abänderung gebe es aber nicht. Es handle sich bei allen Zahlungen um Akontozahlungen. Der Klägerin stehe daher ein Rückforderungsanspruch von CHF 4'854'091.75 zu. Sollte es sich dabei um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch handeln, so sei dieser nicht verjährt, da sie erst mit der Erstellung der Baukostenabrechnungen und Gewinnabrechnungen tatsächlich Kenntnis vom Ausmass der Bereicherung der Beklagten erlangt habe. Nach dem 22. August 2018 seien noch weitere Erlöse gene-

riert worden, letztmals am 30. März 2021. Die Schlussrechnung sei erst mit der Replik erfolgt (act. 25 Rz. 106 ff., 480 ff. und 508 ff.).

In ihrer Duplik hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest, dass die Klägerin einen Anspruch auf Erfolgsbeteiligung in der Höhe von CHF 10'600'848.– anerkannt habe. Es treffe nicht zu, dass sie erst nach Abschluss des Projektes Anrecht auf Auszahlungen der Gewinnbeteiligung gehabt habe. Nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien habe sie infolge jedes Verkaufs einer Stockwerkeigentumseinheit jeweils einen selbständigen Anspruch auf Erfolgsbeteiligung erworben. Es habe sich bei den von ihr gestellten Rechnungen nicht um Akontorechnungen gehandelt. Sie habe auch nicht auf Gewinnvorbezüge gedrängt. Die Klägerin habe die einzelnen Rechnungen wissentlich und willentlich bezahlt, was sie ihr auch jeweils ausdrücklich bestätigt habe. Sie bestreite, dass die Klägerin in eine vorzeitige Auszahlung einstweilen nach Massgabe der verkauften Stockwerkeigentumseinheiten eingewilligt habe und ihr, anlässlich eines Treffens in deren Büro mitgeteilt habe, dass die Auszahlung unter dem Vorbehalt der Endabrechnung stehe. Die Klägerin habe in den von ihr versandeten E-Mails nie einen solchen Vorbehalt erwähnt. Es treffe auch nicht zu, dass in der 2007-Vereinbarung ein Abrechnungsvorbehalt enthalten sei. Weiter habe sie nicht den Akontovermerk auf Rechnungen entfernt. Soweit die Klägerin gegenüber ihrer Bank bei den Zahlungen den Vermerk "Akonto Gewinnbeteiligung" angegeben habe, so sei diese Mitteilung gegenüber ihrer Bank erfolgt und nicht gegenüber der Beklagten. Sie bestreite, dass ihr ein solcher Vorbehalt mitgeteilt worden sei. Entscheidend sei, dass sich die Klägerin in einer Reihe von E-Mails zu den Zahlungen geäussert habe und dabei nichts von einem Vorbehalt der Endabrechnung erwähnt habe. Indem die Klägerin gegenüber ihrer Bank den Vermerk "Akonto Gewinnbeteiligung" angebracht und in der Korrespondenz mit der Beklagten nicht den geringsten Abrechnungsvorbehalt gemacht habe, habe die Klägerin widersprüchlich gehandelt. Die Klägerin mache auch nicht geltend, dass die Beklagte in einen solchen Akontovorbehalt eingewilligt habe. Sie bestreite rein vorsorglich, dass sich die Parteien auf einen solchen Vorbehalt geeinigt hätten. Ihr stehe daher ein Anspruch von CHF 10'600'848.– zu und sie schulde keine Rückzahlung. Selbst wenn die Klägerin über einen bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch verfügen sollte, wäre ein solcher verjährt. Die Klägerin

habe spätestens im Februar 2018 sämtliche für die Ermittlung des Gewinnbeteiligungsanspruchs erforderlichen Unterlagen verfügt. Dies zeige sich aus der Korrespondenz der Klägerin aus dem Frühjahr 2018, namentlich dem Schreiben vom 4. April 2018, worin sie ausführe, dass bereits zum damaligen Zeitpunkt erwiesen substantielle Rückforderungsansprüche bestünden (act. 34 Rz. 133 ff.).

Die Klägerin führt in ihrer Widerklageduplik ins Feld, bei den von der Beklagten vorgebrachten E-Mails handle es sich um blosse Mitteilungen, dass die Rechnungen beglichen worden seien. Zudem sei gerichtsnotorisch, dass der Zahlungsvermerk dem Empfänger mitgeteilt worden sei (act. 39 Rz. 103 ff.).

6.1.2. Würdigung

6.1.2.1. Anspruchshöhe

Nach den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien steht der Beklagten ein Gewinnbeteiligungsanspruch von mindestens CHF 5'746'756.25 (inkl. MwSt.) zu. Die Beklagte macht geltend, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, dass ihr mit jedem Verkauf einer Stockwerkeigentumseinheit ein separater Anspruch von 20 % des entsprechenden Verkaufspreises zustehe. Nach der 2007-Vereinarung hat die Beklagte indes einen Anspruch von 20 % des aus dem Projekt D._____ resultierenden *Gewinnes*, was selbstredend nicht mit dem Verkaufspreis gleichgesetzt werden kann.

Zu prüfen ist damit, ob die Parteien den in der 2007-Vereinbarung vorgesehenen Gewinnbeteiligungsanspruch für das Projekt D._____ abgeändert haben. Die 2007-Vereinbarung sieht in Ziffer 5 einen Schriftlichkeitsvorbehalt vor; allfällige Vertragsänderungen bedürfen demnach der Schriftform. Mangels anderweitiger Regelung der Schriftform in der 2007-Vereinbarung gelten nach Art. 16 Abs. 2 OR für die Erfüllung des Formvorbehalts die Erfordernisse der einfachen Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 ff. OR. Die Beklagte behauptet nicht, dass die 2007-Vereinbarung in diesem Sinne schriftlich abgeändert wurde. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die von der Beklagten ins Feld geführten diversen E-Mails der Klägerin

keine Unterschrift tragen und damit die Formerfordernisse nicht erfüllen (Art. 13 OR; act. 13/12–17).

Ein Formvorbehalt kann formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 10). Es ist damit zu ermitteln, ob die Parteien auf den in der 2007-Vereinbarung enthaltenen Formvorbehalt verzichtet und die Vereinbarung abgeändert haben. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Beklagte einerseits nicht behauptet, dass der Formvorbehalt aufgehoben wurde. Andererseits lassen auch die von ihr vorgetragenen Umstände nicht auf eine Aufhebung des Formvorbehalts und Abänderung der 2007-Vereinbarung schliessen. Zwar weisen die von ihr gestellten Rechnungen eine andere Berechnungsmethode als in der 2007-Vereinbarung vorgesehen auf. Indessen hätte eine derartige Abänderung, wonach der Beklagten ein Honorar von 20 % des Verkaufspreises anstelle von 20 % des Gewinnes zustehen sollte, eine massive Erhöhung des der Beklagten zustehenden Erfolgsbeteiligungshonorars zur Folge gehabt. Basierend auf dem unbestrittenermassen erzielten Erlös von etwas mehr als CHF 145'000'000.– ergäbe sich ein Honorar von rund CHF 29'000'000.– und damit eine fast sechs Mal (!) höhere Entschädigung als bei einer gewinnbasierten Berechnung. Dass eine derart tiefgreifende Vertragsänderung bei einem explizit im Vertrag vorgesehenen Schriftlichkeitsvorbehalt einzig aufgrund der von der Klägerin widerspruchslos bezahlten Rechnungen erfolgt ist, kann ausgeschlossen werden. Dies zeigt sich auch daran, dass die Beklagte gar nicht eine Entschädigung in der vorstehend erwähnten Höhe geltend macht, sondern diese nur in Höhe der tatsächlich bezahlten Rechnungen beziffert, womit sich ihre Sachdarstellung als widersprüchlich erweist.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die 2007-Vereinbarung nicht abgeändert wurde und die Beklagte einen Gewinnbeteiligungsanspruch für das Projekt D._____ in der Höhe von CHF 5'746'756.25 (inkl. MwSt.) hat.

6.1.2.2. Rückforderungsanspruch

Der Beklagten steht nach dem Gesagten ein Gewinnbeteiligungsanspruch von CHF 5'746'756.25 (inkl. MwSt.) zu. Gemäss den übereinstimmenden Ausführun-

gen der Parteien hat die Klägerin für die Gewinnbeteiligung aus dem Projekt CHF 10'600'848.– (inkl. MwSt.) bezahlt. Nachfolgend zu prüfen ist demnach, ob die Klägerin den zu viel bezahlten Betrag von der Beklagten zurückfordern kann:

a) Vertraglicher Rückerstattungsanspruch

Die Klägerin stützt ihren Rückforderungsanspruch in erster Linie auf eine Akontoabrede. Wie bereits erwogen, kann sich die Klägerin auf einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch berufen, sofern die von ihr geleisteten Zahlungen als Akontozahlungen zu qualifizieren sind (BGE 126 III 119 E. 2 und 3). Ob es sich bei den fraglichen Zahlungen um Akontozahlungen handelte, bestimmt sich nach der Vereinbarung der Parteien. Die Beweislast für das Vorliegen einer Akontovereinbarung trägt die Klägerin (Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2018 vom 20. März 2019, E. 7.1.1). Charakteristisch für eine Akontovereinbarung ist, dass dem Gläubiger vorläufige Zahlungen ausgerichtet werden, welche unter dem Vorbehalt einer späteren Abrechnung und damit einhergehend einer allfälligen Rückzahlung stehen (ZELLWEGER-GUTKNECHT/ROSENTHALER, Die Akontovereinbarung – zugleich ein Beitrag zur Tilgung durch Saldierung, SJZ 118/2022, S. 280 f.).

Die Parteien stellen keine Behauptungen zum wirklichen Willen beim Abschluss der 2007-Vereinbarung auf. Diese ist demnach nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Anders als beim Projektleitungshonorar, wo "Teilzahlungen gemäss Baufortschritt" vorgesehen sind, äusserst sich die 2007-Vereinbarung nicht zu den Zahlungsmodalitäten der Gewinnbeteiligung. Vielmehr wird festgehalten, dass der Gewinnanteil erst mit Vorliegen des durch die Klägerin zu erstellenden Rechnungsabschlusses fällig wird (act. 3/7). Damit sieht die 2007-Vereinbarung für die Gewinnbeteiligung keine Akontozahlungen vor. Selbstredend kann allein aus dem Umstand, dass die Fälligkeit erst mit Rechnungsschluss eintritt (act. 25 Rz. 41), nach Treu und Glauben nicht geschlossen werden, dass allfällige zuvor geleisteten Zahlungen akonto unter dem Vorbehalt der späteren Abrechnung erfolgen.

Zu untersuchen ist weiter, ob die Parteien nach Abschluss der 2007-Vereinbarung eine Akontoabrede getroffen haben. Zu berücksichtigen ist in dieser Hinsicht vorab, dass gemäss Ziffer 5 der 2007-Vereinbarung eine Abänderung der Schriftform be-

darf. Die Klägerin behauptet nicht, dass eine schriftliche Akontoabrede abgeschlossen wurde. Wie bereits an anderer Stelle erwogen, kann ein Formvorbehalt auch stillschweigend aufgehoben werden. Dies wie auch das Vorliegen einer nachträglichen Akontovereinbarung ist jedoch zu verneinen. Zunächst bestreitet die Beklagte die Vorbringen der Klägerin, dass P._____ sel. der Beklagten mitgeteilt hat, die erfolgten Zahlungen stünden unter dem Vorbehalt der Endabrechnung (act. 25 Rz. 114; act. 34 Rz. 141). Die Klägerin legt nicht näher dar, wann konkret und in welcher Form diese Äusserung erfolgt sein soll, womit sich ihre diesbezügliche Behauptung als nicht rechtsgenügend substantiiert erweist. Damit kann auch die von der Klägerin zum Beweis angebotene Befragung von R._____ und S._____ (act. 25 Rz. 114) unterbleiben.

Die erste von der Beklagten gestellte Rechnung für die Gewinnbeteiligung aus dem Projekt D._____ enthält sodann zwar den Vermerk "Akonto Gewinnbeteiligung" (act. 3/51). Bei sämtlichen darauffolgenden Rechnungen fehlt aber ein solcher Vermerk. Diese sind auch anders gestaltet: Sie führen jeweils den Verkaufspreis der betreffenden Stockwerkeigentumseinheit auf und stellen als Gewinnbeteiligung einen Anteil von 20 % davon zuzüglich MwSt. in Rechnung (act. 3/52–60 und act. 3/62-66). Die entsprechenden Rechnungen können daher nicht als Akontorechnungen interpretiert werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Rechnung vom 7. März 2017 (act. 3/61) anstelle des Verkaufspreises eine "Akontozahlung vom 17.02.2017" aufführt und basierend auf dieser Zahlung den Gewinnanteil der Beklagten berechnet. Die Erwähnung der Akontozahlung bezieht sich in diesem Zusammenhang unzweideutig auf eine Akontozahlung aus Schuldbetreibung *der Wohnungskäufer* und kann nicht so verstanden werden, dass damit eine Akontozahlung der Klägerin für die Gewinnbeteiligung gemeint ist.

Die ersten sechs so ohne Akontovorbehalt gestellten Rechnungen wurden von der Klägerin widerspruchslos und ohne weitere Äusserung bezahlt (act. 25 Rz. 117). Ab der Rechnung vom 6. Februar 2017 fügte die Klägerin jeweils in ihrer Bankzahlungsmitteilung den Vermerk "Akonto Gewinnbeteiligung" an (act. 3/58–66). Es kann offen bleiben, ob diese Mitteilung der Beklagten zugegangen ist (act. 34 Rz. 144; act. 39 Rz. 108), denn die Klägerin hat jeweils die Zahlungsauslösung ex-

plizit gegenüber der Beklagten per E-Mail bestätigt und in keinem dieser E-Mails darauf hingewiesen, dass es sich nun – anders als bei den vorangehenden Rechnungen – um Akontozahlungen handeln soll. Vielmehr kündigte sie in ihren E-Mail-Nachrichten vorbehaltslos und betragsmässig übereinstimmend die Zahlung der entsprechenden Rechnungen an (act. 3/58 und act. 13/13; act. 3/59 und act. 13/12; act. 3/60 und act. 13/15; act. 3/62–24 und act. 13/14 sowie act. 3/65 und act. 13/17). Bei der Rechnung vom 7. März 2017 (act. 3/61) findet sich im zugehörigen E-Mail im Betreff zwar die Bezeichnung Akontozahlung; dies steht aber – wie bereits vorstehend erwogen – im Zusammenhang mit der von den dortigen Käufern im Rahmen einer Zwangsvollstreckung eingetriebenen Akontozahlung und kann daher nicht so verstanden werden, dass die Zahlung der beklagtischen Gewinnbeteiligung akonto erfolgt ist (act. 3/61; act. 13/14). Einzig bei der Rechnung vom 23. Mai 2017 (act. 3/66) fehlt ein zugehöriges E-Mail der Klägerin. Auch wenn zur zuletzt erwähnten Rechnung keine weitergehende Äusserung der Klägerin vorliegt, so erweist es sich als widersprüchlich, wenn die Klägerin in den anderen erwähnten Rechnungen in ihrer Zahlungsmitteilung einen Akontovermerk anbringt, von einem solchen aber bei der direkt gegenüber der Beklagten per E-Mail gemachten Zahlungsankündigung nichts erwähnt. Vor diesem Hintergrund konnte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben die von der Klägerin geleisteten Zahlungen so verstehen, dass diese von der Klägerin ohne Akontovorbehalt geleistet wurden. Gesamthaft ist damit festzuhalten, dass einzig die erste von der Beklagten gestellte Rechnung einen Akontovermerk beinhaltete, die Klägerin die restlichen Rechnungen indes ohne Vorbehalt und in Übereinstimmung mit dem Rechnungsbetrag bezahlt hat. Aufgrund dieser Umstände liegt weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens für eine Akontovereinbarung und eine Aufhebung des Schriftlichkeitsvorbehalts vor.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass sich die Klägerin für ihre Sachdarstellung zum Abschluss einer Akontoabrede – ausgenommen die obgenannte Behauptung zur Mitteilung von P._____ sel. an die Beklagte – einzig auf die erwähnten echtzeitlichen Urkunden stützt. Eine Befragung von R._____ (act. 1 Rz. 55 und 107; act. 25 Rz. 41, 111, 118 und 119; act. 39 Rz. 76, 78, 80 und 81) kann unterbleiben, da die Klägerin keine weitergehenden Indizien behauptet, die für die

Auslegung der im Recht liegenden Urkunden herangezogen und durch die entsprechende Befragung bewiesen werden könnten.

Demnach fehlt es an einer Akontovereinbarung. Der Klägerin steht daher kein vertraglicher Rückerstattungsanspruch zu.

b) Bereicherungsrechtlicher Anspruch

Ein Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung setzt eine Bereicherung der Beklagten ohne Rechtsgrund voraus (Art. 62 OR). Weiter ist erforderlich, dass die Klägerin die entsprechenden Zahlungen in einem Irrtum über die Schuldpflicht geleistet hat (Art. 63 OR).

Der Beklagten steht ein Gewinnbeteiligungsanspruch von CHF 5'746'756.25 (inkl. MwSt.) zu. Die Klägerin hat unbestrittenermassen bislang CHF 10'600'848.– (inkl. MwSt.) geleistet, womit eine Bereicherung der Beklagten ohne Grund im Umfang von CHF 4'854'091.75 vorliegt. Was sodann den Irrtum über die Schuldpflicht betrifft, ist ein solcher anzunehmen, wenn ausgeschlossen werden kann, dass der Leistende eine Schenkung beabsichtigte. Bei Geschäftsbeziehungen ist grundsätzlich nie von einer Schenkungsabsicht auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.89/2004 vom 9. März 2005, E. 5.1 = Pra 94 Nr. 118; nicht publiziert in BGE 131 III 222). Aufgrund des offenkundigen Vorliegens geschäftlicher Beziehungen zwischen den Parteien kann vorliegend ohne Weiteres eine Schenkungsabsicht der Klägerin ausgeschlossen werden. Die von der Beklagten gestellten Rechnungen lauteten explizit auf den Gewinnbeteiligungsanspruch und wurden nicht – wie bei anderen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu beurteilenden Zahlungen – eindeutig für andere Leistungen ausgestellt. Nachdem die Klägerin bei einigen der hier interessierenden Zahlungen einen Akontovermerk anbrachte, ist ein Irrtum ihrerseits über die Schuldpflicht zu bejahen. Insofern liegt der Sachverhalt hinsichtlich der Zahlungen für die Gewinnbeteiligung D._____ entscheidend anders als in jenen Fällen.

Die Beklagte hält einem bereicherungsrechtlichen Anspruch der Klägerin weiter entgegen, dass sie nicht mehr im Sinne von Art. 64 OR bereichert sei (act. 11

Rz. 105). Dies wird von der Klägerin bestritten (act. 25 Rz. 328). Da die in dieser Hinsicht behauptungs- und beweisbelastete Beklagte (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 64 N 24) ihre dahingehende Behauptung nicht substantiiert und nicht konkret darlegt, weshalb sie nicht mehr bereichert sein soll, steht dies dem klägerischen Rückerstattungsanspruch nicht entgegen.

Die Beklagte erhebt schliesslich die Verjährungseinrede (act. 11 Rz. 104; act. 34 Rz. 107 ff.). Seit dem 1. Januar 2020 sieht Art. 67 OR für bereicherungsrechtliche Ansprüche eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Anspruchs und eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs vor. Zuvor betrug die relative Verjährungsfrist nach Art. 67 aOR lediglich ein Jahr. Sieht das neue Recht eine längere Verjährungsfrist als das bisherige vor, so gilt das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist (Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB). Auf den Beginn der Verjährungsfrist hat das neue Recht keinen Einfluss (Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB). Entsprechend ist für die Anwendung der neuen dreijährigen relativen Verjährungsfrist erforderlich, dass die frühere einjährige relative Verjährungsfrist am 1. Januar 2020 noch nicht abgelaufen war.

Die relative Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis des Anspruchs. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausreichendem Masse Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnis über das ungefähre Ausmass der Entreicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus. Nicht notwendig ist demgegenüber eine genaue Bezifferung der Entreicherung (BGE 63 II 259; BSK OR I-HUWILER, Art. 67 N 9).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe spätestens im Frühjahr 2018 Kenntnis von ihrem Rückerstattungsanspruch gehabt. Sie begründet dies damit, dass bei der Kündigung der 2007-Vereinbarung am 20. Februar 2018 das Projekt D._____ bereits erfolgreich realisiert, vermarktet und verkauft gewesen sei. Der Verkauf der

letzten Stockwerkeigentumseinheit habe im Mai 2017 stattgefunden. Die Klägerin stütze ihre Berechnung in der Klage auf eine Kostenprognose per 26. Februar 2018 (act. 3/20) sowie weitere Belege aus dem Jahr 2018 (act. 3/29; act. 3/37 und act. 3/47). Zudem habe die Klägerin in einem Schreiben vom 4. April 2018 (act. 35/36) ausgeführt, dass "bereits heute erwiesene substantielle Rückforderungsansprüche" bestünden (act. 34 Rz. 147 ff.). Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe erst mit der Abrechnung tatsächlich Kenntnis über die Bereicherung und deren Grundlosigkeit erlangt. Am 26. Februar 2018 sei eine Prognose vorgenommen worden. Dies stelle noch keine Abrechnung dar. Seit dem 22. August 2018 seien noch weitere Erlöse generiert worden. Der letzte Erlös sei am 30. März 2021 und damit erst nach Klageeinleitung erfolgt. Die Abrechnung sei erst mit der Replik im vorliegenden Verfahren erfolgt (act. 25 Rz. 486 ff. und 515 ff.; act. 39 Rz. 110).

Die Klägerin hat sich in ihrer Klagebegründung für die Berechnung der Gewinnbeteiligung auf die Kostenprognose vom 26. Februar 2018 (act. 3/20), eine am 22. August 2018 erstellte Aufstellung zum Gewinnanteil (act. 3/47) sowie eine gleichentags erstellte Aufstellung zum Projektleitungshonorar (act. 3/39) bezogen und die erwähnten Dokumente zum Beweis für ihre Sachdarstellung angeboten (act. 1 Rz. 103). Wenn die Klägerin in der Lage gewesen ist, gestützt auf diese Dokumente eine bezifferte Forderungsklage zu erheben, zeigt dies ohne Weiteres, dass sie mit Erstellung der genannten Dokumente Kenntnis über ihren Anspruch erlangte. Die Aufstellung zur Gewinnberechnung weist gerundet jenen Rückforderungsanspruch von CHF 4'857'764.– aus (act. 3/47), welchen die Klägerin mit ihrer Klage einklagte (act. 1 Rz. 108). Aufgrund dessen ist auch klar, dass zwischen der Erstellung dieses Dokuments und der Klageeinreichung keine weiteren Kosten und bzw. oder Erlöse bekannt wurden. Dass die Klägerin nach der Klageeinleitung einen weiteren Erlös von CHF 17'000.– generierte (vgl. act. 26/4), ändert daran nichts. Nach der Rechtsprechung genügt für die Fristauslösung die Kenntnis über das ungefähre Ausmass der Entreicherung. Der nach Klageeinleitung generierte Erlös ist im Vergleich zum gesamten geltend gemachten Rückforderungsanspruch äusserst klein und hat bloss eine marginale Anpassung des Anspruchs um etwas mehr als CHF 3'000.– zur Folge. Damit ist erstellt, dass die Klägerin spätestens am 22. August 2018

Kenntnis von ihrem Rückforderungsanspruch erlangt hatte. Die einjährige relative Verjährungsfrist war demnach am 1. Januar 2020 bereits abgelaufen. Der klägerische Anspruch erweist sich folglich als verjährt.

6.1.3. Ergebnis

Die Klägerin hat einen bereits *verjährten* bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 4'854'091.75.

6.2. Projektleitungshonorar

6.2.1. Anspruchshöhe

6.2.1.1. Parteistandpunkte

a) Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die für die Bausumme berücksichtigten Kosten setzten sich aus den Kosten für Vorbereitungsarbeiten (BKP 1) in der Höhe von CHF 165'349.50, den Gebäudekosten (BKP 2) von CHF 63'349'127.– sowie den Umgebungskosten (BKP 4) von CHF 2'880'487.80 zusammen. Es resultiere daraus ein Gesamtbetrag von CHF 66'394'964.30. Davon in Abzug zu bringen seien die Honorare gemäss BKP 291-294 und 296 im Betrag von gesamthaft CHF 7'572'514.20. Ebenfalls nicht in die Berechnung einzubeziehen sei das unter BKP-Position 299 ausgewiesene "Projektleitungshonorar" der Beklagten in der Höhe von CHF 3'130'200.–, womit sich eine massgebende Bausumme von CHF 55'692'250.05 ergebe. Der Klägerin stehe daher ein Honorar von CHF 2'227'690.– inkl. MwSt. zu (act. 1 Rz. 89 ff.; act. 25 Rz. 86 ff.).

b) Beklagte

Die Beklagte bringt dagegen vor, nebst den von der Klägerin anerkannten Kosten seien auch die Kosten der BKP-Hauptgruppe 5 von total CHF 15'395'423.85 sowie die Kosten der BKP Hauptgruppe 6 im Betrag von CHF 6'433'089.85 in die Bausumme einzubeziehen. Die massgebende Bausumme betrage daher

CHF 85'093'278.– und ihr stehe ein Anspruch von CHF 3'403'731.12 inkl. MwSt. zu (act. 11 Rz. 82 ff.; act. 34 Rz. 115 ff.).

6.2.1.2. Würdigung

Für die Berechnung der Bausumme sind nur die Kosten der BKP 1, 2 und 4 unter Abzug der Honorare gemäss BKP 291-299 zu berücksichtigen (E. 4.2.). Im Übrigen anerkennt die Beklagte, dass das verbuchte Projektleitungshonorar nicht zur Bausumme zu zählen ist (act. 11 Rz. 84). Entsprechend ist auf die Berechnung der Klägerin abzustellen. Die Beklagte hat folglich für das Projektleitungshonorar einen Anspruch von CHF 2'227'690.– (inkl. MwSt.; 4 % von CHF 55'692'250.05).

6.2.2. Tilgung und offener Saldo

6.2.2.1. Parteistandpunkte

a) Klägerin

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe ihr unter dem Titel Projektleitungshonorar acht Rechnungen in der Höhe von CHF 4'318'200.– inkl. MwSt. gestellt, welche sie alle akonto beglichen habe. Anders als die Beklagte dies darstelle, sei auch die in diesem Betrag enthaltene Rechnung vom 15. Oktober 2013 eine Akontorechnung für das Projektleitungshonorar gewesen. Die Rechnung führe klassische Projektleitungsarbeiten auf und die Beklagte lege nicht dar, um welche anderen Leistungen es sich handeln solle. Auch aus der Verbuchung der Rechnung könne nichts Derartiges abgeleitet werden, denn diese sei nicht von ihr, sondern von der T._____ erstellt worden. Es resultiere daher ein Rückerstattungsanspruch von CHF 2'090'510.– (act. 1 Rz. 100 f.; act. 25 Rz. 97 ff.).

b) Beklagte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, es möge zutreffen, dass sieben der von der Klägerin ins Feld geführten Rechnungen im Betrag von CHF 3'130'200.– inkl. MwSt. tatsächlich als Akontorechnungen zu qualifizieren seien. Die Rechnung vom 15. Oktober 2013 über den Betrag von CHF 1'188'000.– (inkl. MwSt.) stelle aber keine Akontozahlung dar. Zwar beziehe sich diese auch auf das Projekt

D._____, ein Hinweis, dass damit der Anspruch auf Projektleitungshonorar getilgt werde, finde sich aber nicht. Gegenteilig führe die Rechnung explizit jene immobilien-treuhänderischen Leistungen auf, die mit der Zahlung abgegolten werden sollten, nämlich "Konzept der Überbauung, Anordnung der Gebäude, Wohnungsmix, Wohnungslayout (Arbeiten bis Ende 2012)". Dabei handle es sich gerade nicht um Projektleitungsarbeiten. Indem die Klägerin diese Rechnung freiwillig, irrtumsfrei und vorbehaltslos beglichen habe, habe sie zum Ausdruck gebracht, dass sie damit gerade nicht das Projektleitungshonorar, sondern die darin aufgeführten weiteren Honorarforderungen habe tilgen wollen. Dies zeige sich auch daran, dass diese Rechnung anders verbucht worden sei als die Zahlungen in Anrechnung an das Projektleitungshonorar. Erstere sei unter der BKP-Position 559 "Bauherrenleistungen diverses" verbucht, während letztere in der BKP-Position 2991 "Projektleitung enthalten" seien. Diese Verbuchung sei von der T._____ im Auftrag der Klägerin vorgenommen worden. Die Zahlungen der Klägerin hätten daher nur zu einer Tilgung des Projektleitungshonorars im Umfang von CHF 3'130'200.– geführt (act. 11 Rz. 87 ff.).

6.2.2.2. Würdigung

Unbestrittenermassen hat die Klägerin Akontozahlungen in der Höhe von CHF 3'130'200.– inkl. MwSt. geleistet. Damit steht ihr bereits aus diesem Grund ein vertraglicher Rückforderungsanspruch in der Höhe von CHF 902'510.– (CHF 3'130'200.– abzüglich CHF 2'227'690.–) zu.

a) Akontozahlung durch Rechnung vom 15. Oktober 2013

Umstritten ist, ob die Zahlung der Rechnung vom 15. Oktober 2013 über CHF 1'188'000.– eine weitere Akontozahlung für das Projektleitungshonorar darstellt. In dieser Hinsicht kann vorab auf die bereits gemachten Ausführungen zu Art. 86 OR verwiesen werden (E. 5.1.2.2.). Die strittige Rechnung vom 15. Oktober 2013 weist – wie die Beklagte zutreffend vorbringt – als damit verrechnete Leistungen explizit "Konzept der Überbauung, Anordnung der Gebäude, Wohnungsmix, Wohnungslayout (Arbeiten bis Ende 2012)" aus (act. 3/45). Demgegenüber hatten sämtliche sieben vorherigen Rechnungen eine andere Struktur und erwähnten ex-

plizit das Projektleitungshonorar sowie den Umstand, dass es sich dabei um eine Akontozahlung dafür handelt (act. 3/38–44). Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Beklagte die in der Rechnung vom 15. Oktober 2013 aufgeführten Leistungen erbracht hat (act. 25 Rz. 99). Indem die Klägerin die Rechnung vom 15. März 2013 ohne Widerspruch genau in Höhe des Rechnungsbetrages bezahlt hat, hat sie eine Anrechnungserklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR zugunsten der in der Rechnung vom 15. Oktober 2013 aufgeführten Forderungen der Beklagten abgegeben. Dies wird auch durch die unterschiedliche Verbuchung der beiden Rechnungen untermauert, wurde doch die Rechnung vom 15. Oktober 2013 gerade nicht unter der BKP 2991 "Projektleitung" verbucht. Zur Verbuchung dieser Rechnung ist im Übrigen festzuhalten, dass die Klägerin nicht bestreitet, dass die T._____ in ihrem Auftrag gehandelt hat (act. 11 Rz. 45; act. 25 Rz. 272; act. 34 Rz. 130). Die Klägerin hat sich deren Verhalten folglich anrechnen zu lassen (Art. 101 OR). Die von der Klägerin bezahlte Rechnung vom 15. Oktober 2013 ist damit nicht als weitere Akontozahlung für das Projektleitungshonorar zu qualifizieren. Da anderweitig von der Klägerin keine Akontoabrede behauptet wird, kann ihr kein vertraglicher Rückerstattungsanspruch für diese Zahlung zustehen.

b) Bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch setzt namentlich voraus, dass die Zahlung ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt ist (Art. 62 OR) und dass sich die Klägerin in einem Irrtum über die Schuldpflicht befand (Art. 63 OR), wobei die Klägerin in dieser Hinsicht behauptungs- und beweisbelastet ist (E. 5.1.2.2. a und 6.1.2.2. b). Die Klägerin äussert sich nicht zum fehlenden Rechtsgrund der Zahlungen und bestreitet die Leistungserbringung durch die Beklagte im Übrigen auch nicht. Sodann fehlen auch Behauptungen zu den konkreten Umständen der Zahlung und namentlich, was die Klägerin konkret unter der eindeutig von den vorherigen Rechnungen abweichenden Rechnung vom 15. Oktober 2013 verstanden haben soll. Auch bei dieser Rechnung liegt die Sachlage anders beim oben dargelegten bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch für die Gewinnbeteiligung D._____, zumal sich die fragliche Rechnung nicht explizit auf das Projektleitungshonorar bezieht (vgl. E. 6.1.2.2. b). Der Klägerin gelingt es damit weder einen fehlenden Rechts-

grund für die Zahlung noch das Vorliegen eines Irrtums über die Schuldpflicht aufzuzeigen. Damit steht ihr kein bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch zu.

6.2.3. Ergebnis

Die Klägerin hat für die Rechnung vom 15. Oktober 2013 weder einen vertraglichen noch einen bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch. Damit bleibt es beim vertraglichen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 902'510.–.

6.3. Fazit

Aus der Gewinnbeteiligung hat die Klägerin einen verjährten Rückforderungsanspruch in der Höhe von CHF 4'854'091.75. Aus dem Projektleitungshonorar steht ihr ein Rückzahlungsanspruch von CHF 902'510.– zu.

7. Projekt E._____

7.1. Gesamtprojekt

Für das Projekt E._____ waren zwei unterschiedliche Nutzungsarten geplant. Für den Teil E1._____ war eine Wohnnutzung vorgesehen, während im Teil E2._____ eine Gewerbenutzung als Alters- und Pflegeheim angestrebt wurde. Nachdem ein neuer Zonenplan von der Stimmbevölkerung von H._____ abgelehnt wurde, wurde zunächst die Wohnnutzung erfolgreich realisiert. Demgegenüber wurde das Alters- und Pflegeheim bis heute nicht verwirklicht (act. 11 Rz. 108 ff. und 136 ff.; act. 25 Rz. 153 ff.; act. 34 Rz. 43 ff. und 178 ff.). Die Parteien sind sich nicht einig, ob es sich bei den beiden Nutzungsarten um ein einheitliches und gesamthaft abzurechnendes Projekt oder um zwei unterschiedliche Projekte handelt. Die Klägerin ist ersterer Ansicht, während die Beklagte letztere Auffassung vertritt.

7.1.1. Parteistandpunkte

7.1.1.1. Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich beim Projekt E._____ um ein Gesamtprojekt. Es sei entschieden worden, zuerst mit der Bauetappe

E1._____ zu beginnen. Dabei sei die 2007-Vereinbarung nicht abgeändert worden. Eine separate Abrechnung der beiden Teile des Projekts käme einer Vertragsänderung gleich. Eine solche sei aber nach der 2007-Vereinbarung nur in Schriftform möglich. Blosse Äusserungen wie das von der Beklagten vorgebrachte Sitzungsprotokoll vom 8. Januar 2013 erfüllten dieses Gültigkeitserfordernis nicht. Im Übrigen ergebe sich aus diesem ohnehin nur, dass es sich um zwei Etappen des Projekts gehandelt habe. Von einer Aufteilung in zwei separate Teilprojekte sei nie die Rede gewesen (act. 25 Rz. 153 ff.; act. 39 Rz. 112 ff.).

7.1.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Parteien in der 2007-Vereinbarung ursprünglich von einem einheitlichen Projekt ausgegangen sind (act. 34 Rz. 44 und 179). Sie macht jedoch geltend, dass die Parteien von diesem ursprünglichen Verständnis einvernehmlich abgewichen seien. Aus der von der Klägerin selbst verfassten Aktennotiz vom 8. Januar 2013 gehe hervor, dass die Parteien am nämlichen Datum im Nachgang zur Ablehnung des neuen Zonenplans gemeinsam das weitere Vorgehen im Zusammenhang mit dem Projekt E._____ festgelegt und dabei entschieden hätten, vorerst nur den Wohnanteil zu realisieren und mit der Realisierung des Gewerbeanteils zuzuwarten. Daran zeige sich, dass es dem übereinstimmenden Willen den Parteien entsprochen habe, das Projekt E1._____ als eigenständiges Projekt zu behandeln und abzurechnen. Dass die Parteien die beiden Teile als zwei separate Projekte hätten behandeln wollen, ergebe sich auch aus deren Verhalten. So habe die Klägerin mit Honorarvertrag vom 20. November 2015 der T._____ die Bauleitungsarbeiten für das "Bauobjekt: Wohnhaus 'E1._____" übertragen. Auch in ihren Korrespondenzen spreche sie konsequent vom Projekt E1._____ und einer entsprechenden Kostenkontrolle. Tatsächlich habe auch die Baukostenkontrolle der Beklagten das Projekt E1._____ separat erfasst. Weiter habe die Klägerin in ihrer Kündigung vom 20. Februar 2018 die Projekte separat aufgeführt und auch in ihrer Klagebegründung spreche die Klägerin noch konsequent von den Projekten E1._____ und E2._____. Auch habe die Klägerin im Sommer 2018 zur Ermittlung einer Gewinnbeteiligung aus dem Projekt E1._____ eine separate Aufstellung für eine eigenständige Gewinnbeteiligung gemacht. Daraus

gehe hervor, dass das Projekt E1._____ auch nach dem Willen der Klägerin als eigenständiges Projekt abzurechnen gewesen sei (act. 11 Rz. 108 ff.; act. 34 Rz. 43 ff.).

7.1.2. Würdigung

Unbestritten und von der Beklagten anerkannt ist, dass beim Abschluss der 2007-Vereinbarung von einem einheitlichen Gesamtprojekt ausgegangen wurde. Damit geht notwendigerweise auch eine gesamthafte Abrechnung dieses Projekts einher. Soweit die Beklagte geltend macht, die Parteien hätten sich im weiteren Verlauf darauf geeinigt, das Projekt in zwei separat abzurechnende Projekte aufzuteilen, stellt dies eine Vertragsänderung dar. Nach Ziffer 5 der 2007-Vereinbarung bedarf eine solche der Schriftform. Dem von der Beklagten für die Abänderung ins Feld geführten Sitzungsprotokoll vom 8. Januar 2013 fehlt es an einer Unterschrift, womit die Schriftform nicht erfüllt ist (Art. 16 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 13 OR; act. 26/25 S. 2 f.).

Zu prüfen bleibt damit, ob die Parteien auf den Schriftformvorbehalt verzichtet und eine getrennte Abrechnung in zwei Projekten vereinbart haben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nicht behauptet, dass die Parteien auf den Formvorbehalt verzichtet haben. Dies wie auch eine Vereinbarung zur separaten Abrechnung der Teile E1._____ und E2._____ ist denn auch zu verneinen. Zum Sitzungsprotokoll vom 8. Januar 2013 (act. 26/25 S. 2 f.) ist festzustellen, dass sich darin keine Aussagen über die Abrechnung des Projekts finden. Aus dem Protokoll geht hervor, dass einleitend verschiedene Optionen für das weitere Vorgehen nach der Ablehnung des Zonenplans diskutiert wurden, nämlich ein Zuwarten bis ein revidierter Zonenplan bewilligt ist, eine Realisierung des Projektes gemäss dem bestehenden Gestaltungsplan, was sofort möglich wäre, sowie eine Anpassung des Gestaltungsplans mit dem Ziel der Erhöhung des Wohnungsanteils. M._____ von der Beklagten hielt anlässlich dieser Sitzung fest, dass er bei einer Realisierung gemäss Gestaltungsplan "etappiert" vorgehen, "d.h. [recte: den] Wohnanteil vorziehen" möchte. Dies impliziert, dass weiterhin am ursprünglichen Gestaltungsplan mit dem Gesamtprojekt festgehalten werden soll und lediglich in einem ersten Schritt der Teil E1._____ mit Wohnanteil und zu einem späteren Zeitpunkt der Teil

E2._____ umgesetzt werden soll. Zum weiteren Vorgehen wird abschliessend – der Äusserung von M._____ entsprechend – festgelegt, dass ein Baugesuch für den Wohnanteil verbunden mit dem Nachweis, dass der vorgeschriebene Gewerbeanteil auch zu einem späteren Zeitpunkt noch realisiert werden kann, eingereicht werden soll. Dies war gemäss den einleitenden Feststellungen seitens der Gemeinde aber nur mit dem damals gültigen Gestaltungsplan möglich.

Aus dem Gesagten wird klar, dass anlässlich der Sitzung vom 8. Januar 2013 entschieden wurde, am bestehenden Gestaltungsplan festzuhalten und basierend darauf zunächst den Wohnanteil und zu einem späteren Zeitpunkt den Gewerbeanteil zu realisieren. Wenn sich die Parteien in diesem Sinne dazu entschlossen haben, am ursprünglichen Gestaltungsplan festzuhalten und diesen in unterschiedlichen Etappen zu realisieren, kann darin keine Aufteilung in zwei gesondert abzurechnende Projekte erblickt werden. Im Übrigen stellt die Vereinbarung einer getrennten Abrechnung einen tiefgreifenden Eingriff in die 2007-Vereinbarung dar. Es geht zu weit, alleine aufgrund des Umstandes, dass der Teil E1._____ vorgezogen wurde, anzunehmen, dass damit auch eine separate Abrechnung vereinbart wurde. Von der Art und Weise der Abrechnung war in der entsprechenden Sitzung keine Rede.

Vor diesem Hintergrund sind auch die weiteren von der Beklagten für eine separate Abrechnung vorgebrachten Umstände zu würdigen. Aus der Übertragung der Bauleitungsarbeiten für das "Bauobjekt: Wohnhaus 'E1._____" an die T._____ (act. 13/5) sowie der getrennten Baukostenkontrolle (act. 26/1 S. 22 ff.) kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 34 Rz. 45). Dies erfolgte offenkundig aufgrund der faktischen Gegebenheiten, nämlich der vorgezogenen Realisierung des Projektteils E1._____. Die klägerische Kostenkontrolle aus dem Jahr 2016 enthält im Titel zwar die Bezeichnung "E1._____", weist sodann aber drei unterschiedliche Spalten "E2._____", "E1._____" und "Gesamt" auf, woran sich deutlich zeigt, dass nebst der getrennten Erfassung der Teilprojekte auch eine gesamthafte Abrechnung vorgenommen wurde (act. 26/25 S. 23 ff.). Dass die Klägerin sodann im Jahr 2018 – und damit fünf Jahre nach der Sitzung vom 8. Januar 2013 – eine eigenständige Berechnung für einen Gewinnanteil erstellte, welche im Titel im Übrigen explizit den Vermerk "unpräjudizierlich" enthält (act. 35/35), sowie teilweise in

der Korrespondenz und im Kündigungsschreiben vom Projekt E1._____ bzw. E2._____ sprach, kann jedenfalls nicht genügen, um einen Konsens für eine derart weitgehende Abweichung von der 2007-Vereinbarung zu begründen. Es liegt damit keine Abänderung der 2007-Vereinbarung vor.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass sich die Beklagte für ihre Sachdarstellung einzig auf die erwähnten echtzeitlichen Urkunden stützt. Eine Befragung von M._____, U._____, V._____ oder W._____ kann unterbleiben, da die Beklagte keine Behauptungen aufstellt und nicht darlegt, inwiefern diese weitergehende Indizien für die Auslegung der im Recht liegenden Urkunden liefern können (act. 11 Rz. 108 ff.; act. 34 Rz. 44 f. und 178 ff.).

Gesamthaft ist festzuhalten, dass die Parteien keine separate Abrechnung der Projektteile E2._____ und E1._____ vereinbart haben. Damit hat eine Gesamtberechnung zu erfolgen.

7.2. Gewinnbeteiligung

7.2.1. Parteistandpunkte

7.2.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte hätte grundsätzlich auch beim Projekt E._____ Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung. Das Projekt sei gegenwärtig aber noch nicht abgeschlossen und abgerechnet. Das Projekt werde mutmasslich einen Verlust von CHF 2'217'776.– erzielen. Damit entfalle auch ein Gewinnanspruch der Beklagten (act. 1 Rz. 124 f.; act. 25 Rz. 160 ff.; act. 39 Rz. 144 ff.)

7.2.1.2. Beklagte

Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, ihr stehe ein selbständiger Gewinnbeteiligungsanspruch aus dem Projektteil E1._____ zu. Mit diesem Teil sei ein Gewinn von mindestens CHF 5'495'293.90 erzielt worden, womit ihr ein Gewinnbeteiligungsanspruch von mindestens CHF 1'183'686.31 zustehe. Beim Teil E2._____ sei sie durch die vertragswidrige Kündigung der Klägerin daran gehindert worden, das Projekt erfolgreich fertigzustellen. Sie bestreite, dass aus dem Teil E2._____

mutmasslich ein Verlust resultiere (act. 11 Rz. 125 ff.; act. 34 Rz. 177 ff. und 414 ff.).

7.2.2. Würdigung

7.2.2.1. Auswirkungen der Vertragsbeendigung auf den Gewinnbeteiligungsanspruch

Unbestritten ist, dass die Klägerin mit Schreiben vom 20. Februar 2018 die 2007-Vereinbarung per sofort kündigte und der Projektteil E2._____ zu diesem Zeitpunkt wie auch heute noch nicht fertiggestellt war bzw. ist (act. 11 Rz. 36 f.; act. 25 Rz. 147). Zu prüfen ist damit zunächst, welche Folgen die Kündigung vor Projektbeendigung auf den Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten hat. Nach Ziffer 4 der 2007-Vereinbarung hat die Beklagte im Falle einer Kündigung das Recht, diejenigen Projekte zu beenden, bei denen das Land bereits erworben wurde (act. 11 Rz. 35; act. 3/7). Die Bedingung des Landerwerbs war vorliegend offenkundig erfüllt, war doch der Projektteil E1._____ im Wesentlichen bereits realisiert und im Projektteil E2._____ der Verkaufsprozess für das Land an die AA._____ AG im Gang (vgl. act. 11 Rz. 37 und 136; act. 25 Rz. 264 und 359). Entsprechend hätte der Beklagten das Recht zugestanden, das Projekt E._____ fertigzustellen.

Wenn der Beklagten nach dem Vertrag das Recht zur Beendigung der laufenden Projekte zustand, muss dies für die Gewinnbeteiligung zur Folge haben, dass diese (erst) geschuldet ist, sofern aus dem entsprechenden (Gesamt-)Projekt ein Gewinn resultiert. Dies deckt sich auch mit dem allgemeinen Verständnis einer Gewinnbeteiligung. Bei einer solchen handelt es sich um einen aufschiebend bedingten Anspruch, welcher nur und erst geschuldet ist, wenn tatsächlich ein Gewinn resultiert (vgl. z.B. im Arbeitsrecht Art. 339 Abs. 3 OR dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_126/2021 vom 5. Juli 2021, E. 4; VISCHER, Entscheidbesprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017, AJP 2018, S. 521 f.; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 151 N 10).

Beim Projekt E._____ handelt es sich um ein Gesamtprojekt (E. 7.1.2.). Entsprechend ist zur Ermittlung der Gewinnbeteiligung der Beklagten eine Gesamtberech-

nung für das ganze Projekt E._____ vorzunehmen. Da der Projektteil E2._____ bis zum heutigen Zeitpunkt unbestrittenermassen nicht abgeschlossen ist, kann auch nicht beurteilt werden, ob daraus ein Gewinn resultiert hat. Der Beklagten kann damit gegenwärtig kein Gewinnbeteiligungsanspruch zustehen.

7.2.2.2. Schadenersatzanspruch

Die Beklagte stellt sich im Rahmen ihrer Ausführungen zum Gewinnbeteiligungsanspruch auf den Standpunkt, durch die vertragswidrige Kündigung sei es ihr verunmöglicht worden, das Projekt E._____ fertigzustellen (act. 11 Rz. 35 ff. und 136 ff.; act. 34 Rz. 182 und 208). Damit macht sie eine Vertragsverletzung durch die Klägerin geltend. Es ist demnach nachfolgend zu untersuchen, ob die Beklagte sich aufgrund dieser auf einen Schadenersatzanspruch berufen kann (Art. 97 OR).

Ein Schadenersatzanspruch setzt nebst dem Vorliegen einer Vertragsverletzung insbesondere einen Schaden voraus (Art. 97 OR). Bei einem Vermögensschaden wie er vorliegend zur Debatte steht, orientiert sich der Schadensbegriff an der Differenztheorie. Nach der Differenztheorie entspricht der Schaden der ungewollten Verminderung des Reinvermögens der Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen – nach dem schädigenden Ereignis festgestellten – Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1; BGE 132 III 359 E. 4; BGE 132 III 321 E. 2.2.1). Der Schaden ist die ungewollte bzw. unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 144 III 155 E. 2.2; BGE 132 III 359 E. 4).

Aufgrund der im vorliegenden Vertrag vorgesehenen Möglichkeit zur Fertigstellung der laufenden Projekte hat die Klägerin die Beklagte für den Fall einer Vertragsverletzung so zu stellen, wie wenn die Beklagte den Auftrag selbst hätte beenden können, und ihr mithin das positive Vertragsinteresse zu ersetzen (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 2898 f.). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Schadens obliegt der Beklagten (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR).

Für die Beurteilung, ob der Beklagten ein Schaden entstanden ist, ist wiederum massgebend, ob sie aus dem Gesamtprojekt unter Einschluss des Teils E2._____ eine Gewinnbeteiligung erhalten hätte oder nicht. Es ist damit auch hier eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Offen gelassen werden kann vorliegend, ob die Beklagte einen solchen Schaden zu beziffern hätte oder ob dieser in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden könnte. Denn selbst bei letzterem entbindet dies die Beklagte nicht davon, soweit möglich und zumutbar, sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, welche für die Existenz eines Schadens sprechen (BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10b). Unabdingbar sind damit selbst im Falle einer Schadensschätzung Behauptungen der Beklagten zum aus dem *Gesamtprojekt*, mithin unter Einschluss des Teilprojekts E2._____, zu erwartenden Gewinn, denn ohne Gewinn aus dem Gesamtprojekt hat die Beklagte auch keinen Anspruch auf Gewinnbeteiligung. Wie weit die Substantiierungsanforderungen in dieser Hinsicht reichen, muss für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht geklärt werden. Die Beklagte unterlässt es nämlich gänzlich, sich zum mutmasslichen (entgangenen) Gewinn aus dem Gesamtprojekt zu äussern. Sie behauptet nur den nach ihrer Auffassung im Teil E1._____ realisierten Gewinn von mindestens CHF 5'495'293.90 (act. 11 Rz. 125 und 136 ff.; act. 34 Rz. 183 ff.). Hinsichtlich des Projektteils E2._____ begnügt sie sich damit, die hypothetische Berechnung der Klägerin zu bestreiten, ohne dieser ihre eigene Berechnung entgegen zu stellen und darzulegen, welchen Gewinn sie bei einer erfolgreichen Projektbeendigung erwartet bzw. realisiert hätte (act. 34 Rz. 209 ff.). Damit fehlt es jedenfalls an rechtsgenügenden Behauptungen zum aus dem *Gesamtprojekt* zu erwartenden Gewinn. Ohne solche Behauptungen ist es nicht möglich, zu beurteilen, ob der Beklagten ein Schaden entstanden ist.

Schliesslich fehlen auch Behauptungen zu den von der Beklagten eingesparten Kosten für die Beendigung des Teilprojekts E2._____. Wie erwähnt, ist für das Vorliegen eines Schadens die Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem hypothetischen Vermögensstand entscheidend. Selbst wenn die Beklagte das Projekt E._____ hätte beenden können, so wären ihr hierfür Kosten angefallen. Diese sind bei der Schadensberechnung von der bei Projektbeendigung zu erwartenden Gewinnbeteiligung in Abzug zu bringen, zumal die Beklagte diese Kosten zufolge der

Kündigung eingespart hat. Der Schaden der Beklagten kann damit ohnehin nicht mit der von ihr mutmasslich erhältlich gemachten Gewinnbeteiligung geleichgesetzt werden. Der Beklagten steht demnach auch aus diesem Grund kein Schadenersatzanspruch zu.

7.2.3. Ergebnis

Die Beklagte hat weder Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung noch auf Schadenersatz.

7.3. Projektleitungshonorar

7.3.1. Parteistandpunkte

7.3.1.1. Klägerin

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe beim Projekt E._____ nur hinsichtlich der Etappe E1._____ einen Anspruch auf ein Projektleitungshonorar. Die hierfür relevante Bausumme setze sich aus den Kosten der Vorbereitungsarbeiten (BKP 1) von CHF 75'620.65, den Gebäudekosten (BKP 2) von CHF 13'469'535.30, den Umgebungskosten (BKP 4) in der Höhe von 389'127.30 sowie Zusatzkosten der erwähnten BKP von CHF 1'058'756.43 zusammen. Nach Abzug der Honorare gemäss BKP 291–294 und 296 im Betrag von total CHF 3'021'435.08 resultiere eine Bausumme von CHF 11'971'604'.60. Der Beklagten stehe daher ein Honorar von CHF 478'864.18 (inkl. MwSt.) zu. Die Beklagte habe im Verlaufe des Bauprojekts Akontorechnungen in der Höhe von CHF 820'800.– (inkl. MwSt.) gestellt, welche sie allesamt bezahlt habe. Eine allfällige Aufteilung der Rechnungsbeträge auf die Bauetappe E2._____ sei irrelevant, da es sich um ein Gesamtprojekt handle. Es ergebe sich daher ein Rückerstattungsanspruch von CHF 341'935.82 (act. 1 Rz. 111 ff.; act. 25 Rz. 130 ff.; act. 39 Rz. 128 ff.).

7.3.1.2. Beklagte

Die Beklagte ist der Ansicht, ihr stehe sowohl ein Vergütungsanspruch für den Projektteil E1._____ als auch für den Teil E2._____ zu. Für die Bausumme des Teils E1._____ seien nebst den von der Klägerin vorgebrachten Kosten auch die Honorare gemäss BKP 291-294 und 296 und die Kosten der BKP 5, bestehend aus den Baunebenkosten von CHF 1'508'883.80, den Eigenkapitalkosten von mindestens CHF 2'732'468.– und den Fremdkapitalkosten von mindestens CHF 1'240'980.–, sowie die Kosten gemäss BKP 6 Verkauf/Diverses im Betrag von CHF 474'738.20 zu berücksichtigen. Von der Bausumme in Abzug zu bringen seien demgegenüber der von der Klägerin verbuchte Verwaltungsaufwand von CHF 381'618.– sowie das Projektleitungshonorar von CHF 464'400.–. Es ergebe sich eine massgebende Bausumme von mindestens CHF 20'103'791.10 und ihr stehe daher ein Anspruch von mindestens CHF 804'151.65 (inkl. MwSt.) zu. Für eine abschliessende Ermittlung der Bausumme und des Honorars sei sie auf die von ihr beantragte Auskunftserteilung angewiesen. Von den geleisteten Zahlungen in der Höhe von CHF 820'800.– (inkl. MwSt.) entfielen CHF 464'400.– auf den Projektteil E1._____. Die restlichen CHF 356'400.– hätten die Forderung aus dem Teil E2._____ getilgt. Für den Projektteil E1._____ ergebe sich daher ein Restvergütungsanspruch von mindestens CHF 339'751.65 (inkl. MwSt.). Im Teil E2._____ verfüge sie im Betrag von CHF 356'400.– über ein Forderung aus dem Projektleitungshonorar (act. 11 Rz. 112 ff. und 134 f.; act. 34 Rz. 157 ff. und 406 ff.).

7.3.2. Würdigung

7.3.2.1. Akontozahlungen und Beweislastverteilung

Die Klägerin bringt vor, bei den von ihr geleisteten Zahlungen im Betrag von CHF 820'800.– (inkl. MwSt.) habe es sich um Akontozahlungen gehandelt (act. 1 Rz. 122 f.; act. 25 Rz. 144). Dies wird von der Beklagten bestritten (act. 11 Rz. 260 f.; act. 34 Rz. 159). Die von der Beklagten ausgestellten Rechnungen sind indessen allesamt als Akontorechnungen bezeichnet und chronologisch nummeriert von der 1. bis zur 5. Akontozahlung (act. 3/69–73). Die Klägerin hat diese Rechnungen widerspruchslos beglichen. Damit ist unabhängig davon, wie die Zahlungsmodalitäten in der 2007-Vereinbarung zu verstehen sind, erstellt, dass die Parteien zumindest hinsichtlich dieser Zahlungen eine akontoweise Zahlung verab-

redet haben. Akontozahlungen haben hinsichtlich des Bestandes und der Höhe der Forderung keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Entsprechend trägt die Beklagte die Beweislast für die von ihr geltend gemachte Forderung (Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2018 vom 20. März 2019, E. 7.1.1.).

7.3.2.2. Folgen der Vertragsbeendigung auf das Projektleitungshonorar

Wie bereits ausgeführt, kündigte die Klägerin am 20. Februar 2018 die 2007-Vereinbarung per sofort. Der Projektteil E2._____ war zu diesem Zeitpunkt noch nicht fertiggestellt und ist dies auch heute noch nicht (act. 11 Rz. 36 f.; act. 25 Rz. 147). Umstritten ist zwischen den Parteien bereits grundsätzlich, ob die Beklagte auch für diesen Projektteil Anspruch auf ein Projektleitungshonorar hat. Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu eruieren, welche Folgen die Vertragsbeendigung für das Projektleitungshonorar hat.

Nach der 2007-Vereinbarung stand der Beklagten das Recht zu, das Projekt E._____ fertigzustellen (E. 7.2.2.1.). Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass die Beklagten diesfalls Anspruch auf das Projektleitungshonorar für ihrer Tätigkeit und damit auch für den Projektteil E2._____ hätte. Unbestrittenermassen wurde das Projekt indessen nicht durch die Beklagte fertiggestellt (vgl. act. 11 Rz. 35 ff. und 136 ff.; act. 25 Rz. 262 ff.). Ob der Beklagten für diesen Fall ein Anspruch auf das Projektleitungshonorar zukommt und wie dieser zu berechnen ist, regelt die 2007-Vereinbarung nicht. Es muss vorliegend nicht beurteilt werden, wie die 2007-Vereinbarung zu qualifizieren ist, denn sowohl nach dem Auftragsrecht als auch dem Werkvertragsrecht (Art. 377 OR) hat der Beauftragte bzw. der Unternehmer im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Für die Bemessung der geschuldeten Vergütung ist dabei primär auf die Honorarabrede abzustellen (vgl. STÖCKLI, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Aufl., Rz. 2.110 und 2.116; CHK OR-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 404 N 4). Vorliegend haben die Parteien ein Honorar von 4 % der Bausumme vereinbart, wobei die massgebende Bausumme nach den aufwandbestimmenden Baukosten der SIA-Ordnung, Fassung 2003, zu berechnen ist (E. 4.2.). Der Wahl einer Honorarberechnung nach den Baukosten liegt der Gedanke zugrunde, dass von einem Zusammenhang zwischen den Baukosten und den Aufwänden der Be-

klagten ausgegangen wird. Um diesem Zusammenhang auch im Falle der vorzeitigen Vertragsbeendigung Rechnung zu tragen, greift es zu kurz, bloss auf die im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung angefallenen Baukosten abzustellen, denn dies reflektiert die bei der Beklagten angefallenen Aufwände zu wenig, zumal deren Aufwand nicht proportional zu den Baukosten anfällt, sondern u.a. auch vorgängig zur Realisierung. Sachgerecht ist daher einzig, zunächst anhand eines Vergleichs der von der Beklagten gesamthaft geschuldeten Leistungen mit den von ihr tatsächlichen erbrachten Leistungen den bereits erbrachten Leistungsanteil zu ermitteln. Für die massgeblichen Baukosten kann sodann – wie bereits erwähnt – nicht bloss auf die bis zur Vertragsbeendigung tatsächlich entstandenen Kosten abgestellt werden. Vielmehr ist hierfür auf die letzte Kostenschätzung abzustellen (vgl. Art. 7.5.6 SIA-Ordnung 102, Fassung 2003). Das der Beklagten zustehende Projektleitungshonorar ergibt sich sodann aus der Multiplikation des von ihr erbrachten Leistungsanteils mit der letzten Kostenschätzung (vgl. dazu auch: STÖCKLI, a.a.O., Rz. 2.128 ff.).

7.3.2.3. Anwendung auf das Projekt E._____

Beim Projekt E._____ handelt es sich um ein Gesamtprojekt (E. 7.1.2.). Entsprechend hat die Beklagte Anspruch auf eine Vergütung der von ihr bis zur Kündigung der 2007-Vereinbarung für das Gesamtprojekt geleisteten Arbeiten. Für die Ermittlung der ihr zustehenden Vergütung hat die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte demnach einerseits darzulegen, welche Leistungen von ihr für das Projektleitungshonorar für das das Gesamtprojekt geschuldet waren und welchen Anteil sie davon erbracht hat. Andererseits hat sie die für die für die Berechnung massgebliche Bausumme resp. Kostenschätzung zu behaupten, wobei in dieser Hinsicht wiederum hervorzuheben ist, dass es sich um eine Gesamtprojekt handelt und die Bausumme daher auch den Teil E2._____ abzudecken hat.

Zunächst ist festzustellen, dass sich die Beklagte überhaupt nicht zu den von ihr nach Massgabe der 2007-Vereinbarung für das Projektleitungshonorar geschuldeten und den tatsächlich erbrachten Leistungen äussert. Hinzu kommt, dass sich die Beklagte hinsichtlich der massgebenden Bausumme resp. Kostenschätzung mit Behauptungen zum Projektteil E1._____ begnügt (act. 11 Rz. 112 ff.; act. 34 Rz.

158 ff. und 406 ff.). Zum Projektteil E2._____ stellt sie keine Behauptungen auf und führt bloss und ohne weitere Konkretisierung aus, dass sie Leistungen für Forderungen im Umfang von CHF 356'400.– erbracht habe (act. 11 Rz. 134 f.; act. 34 Rz. 171 ff.). Anzufügen ist hierzu, dass die Beklagte auch keine Herausgabe von Unterlagen für den Projektteil E2._____ beantragt, sondern diese Begehren einzig auf den Projektteil E1._____ bezieht (act. 11 Rz. 115 f. und 134 f.; act. 34 Rz. 162, 171 f. und 406 ff.). Die Beklagte macht damit für die Bausumme des Projektteils E2._____ kein Informationsdefizit geltend, womit für diese keine herabgesetzten Anforderungen an die Behauptungslast zur Anwendung gelangen können (vgl. dazu E. 3.1.). Gesamthaft kann vorliegend weder der von der Beklagten erbrachte Leistungsanteil ermittelt werden noch dieser mit der Bausumme für das Gesamtprojekt E._____ ins Verhältnis gesetzt werden. Die Beklagte ist daher ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen und es gelingt ihr nicht, einen höheren Anspruch als jener, der von der Klägerin anerkannt wird, aufzuzeigen. Entsprechend hat sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, und es ist auf die Berechnung der Klägerin abzustellen.

Die Beklagte verfügt demnach über einen Vergütungsanspruch von CHF 478'864.18 (inkl. MwSt.). Die von der Klägerin geleisteten Akontozahlungen von CHF 820'800.– (inkl. MwSt.) übersteigen diese Forderung um CHF 341'935.82 (inkl. MwSt.), weshalb die Klägerin einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch in dieser Höhe hat.

Soweit die Beklagte schliesslich eine Vertragsverletzung zufolge Verunmöglichung der Fertigstellung des Projekts vorbringt, kann auf die Erwägungen zum Schadenersatz bei der Gewinnbeteiligung verwiesen werden (E. 7.2.2.2.). Die Beklagte behauptet auch hier keinen Schaden und äussert sich insbesondere nicht zu den von ihr eingesparten Kosten, womit ihr auch kein Schadenersatzanspruch zugesprochen werden kann.

7.3.3. Ergebnis

Die Klägerin hat einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 341'935.82 (inkl. MwSt.).

7.4. Fazit

Gesamthaft hat die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch aus dem Projektleitungshonorar im Betrag vom CHF 341'935.82 (inkl. MwSt.). Die Beklagte hat weder Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung noch auf eine Restvergütung aus dem Projektleitungshonorar.

7.5. Auskunfts- und Herausgabebegehren

Die Beklagte begründet ihre Auskunftsbegehren einzig mit der Bezifferung ihrer Gewinnbeteiligungs- und Projektleitungshonoraransprüche aus dem Projekt E._____ und legt kein darüber hinausgehendes Interesse an der Auskunftserteilung dar. Wie gesehen, weist sie weder einen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung resp. Schadenersatz noch auf ein Projektleitungshonorar nach. Damit fehlt es auch an einem Interesse an den präparatorischen Auskunftsansprüchen. Entsprechend sind die beklagtischen Auskunfts- bzw. Herausgabebegehren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben (E. 3.3.).

8. Projekt F._____

8.1. Parteistandpunkte

8.1.1. Beklagte

Die Beklagte bringt vor, das Projekt F._____ habe aus sechs Teilprojekten bestanden und die Parteien hätten gewollt, dass die Beklagte für jedes Teilprojekt einen selbständigen Gewinnbeteiligungsanspruch habe. Aus den Teilprojekten F1._____, F2._____, F3._____, F4._____ und F5._____ habe ein Gewinn von CHF 12'037'050.30 resultiert, womit ihr eine Forderung in der Höhe von CHF 2'600'003.07 (inkl. MwSt.; CHF 2'407'410.06 zzgl. 8 % MwSt.) zustehe. Die Klägerin habe für diesen Anspruch bislang Zahlungen von CHF 345'000.– geleistet. Ihr Restvergütungsanspruch betrage daher CHF 2'255'003.07 (inkl. MwSt.; act. 11 Rz. 289 ff. und 302 ff.; act. 34 Rz. 420 ff.).

Weiter habe sie einen Anspruch auf ein Projektleitungshonorar für das F4._____. Die hierfür massgebliche Bausumme berechne sich aus den Gebäudekosten

(BKP 2) von CHF 6'394'543.40, den Baunebenkosten (BKP 5) im Betrag von CHF 107'544.– sowie den Kosten für Verkauf/Diverses gemäss BKP 6 von CHF 514'491.65. Für die BKP-Hauptgruppen 1 und 4 seien keine Kosten angefallen. Von der Bausumme in Abzug zu bringen seien sodann die unter der BKP 2 erfassten Kosten der Klägerin ohne Projektbezug von CHF 275'511.50 sowie das bereits bezahlte Projektleitungshonorar von CHF 215'200.–. Die massgebliche Bausumme belaufe sich daher auf CHF 6'525'867.55. Sie habe demnach Anspruch auf ein Honorar von CHF 261'034.70 (inkl. MwSt.). Nach Abzug der bereits geleisteten Zahlungen von CHF 215'200.– (inkl. MwSt.) verbleibe ein Restvergütungsanspruch von CHF 45'834.70 (inkl. MwSt.; act. 11 Rz. 293 ff. und act. 34 Rz. 419).

8.1.2. Klägerin

Die Klägerin führt dagegen ins Feld, die Beklagte habe in krasser Missachtung standesrechtlicher Gepflogenheiten ein vom 23. Juni 2020 datierendes Dokument, welches eine Zusammenstellung von Forderungen der Parteien für verschiedene Projekte enthalte, eingereicht. Darin habe die Klägerin keine Forderung anerkannt. Dieses Dokument stamme aus Vergleichsverhandlungen. Die Einreichung im vorliegenden Prozess verstosse gegen die anwaltlichen Pflichten, womit es nach Art. 152 Abs. 2 ZPO nicht als Beweismittel verwertet werden dürfe. Sie beantrage daher, dass die Forderungszusammenstellung vom 23. Juni 2020 aus dem Recht zu weisen sei. Die Beklagte stütze ihre widerklageweise geltend gemachte Forderung und die dafür aufgestellten Behauptungen einzig auf dieses Schreiben, weshalb diese für die Entscheidfindung nicht zu berücksichtigen seien. Für den Fall der Abweisung ihres prozessualen Antrags ersuche sie darum, ihr Frist zur Substantiierung ihrer Forderungen aus dem Projekt F._____ anzusetzen. Zudem seien für eine allfällige Berechnung des Projektleitungshonorars die BKP 5 und 6 sowie die Honorare der an der Ausführung beteiligten Spezialisten und Berater nicht zu berücksichtigen. Die beklagtische Berechnung zur Bausumme stimme daher nicht. Hinsichtlich der Gewinnbeteiligung bestreite sie, dass die Teilprojekte gesondert abzuwickeln seien. Zu berücksichtigen sei schliesslich die von ihr bereits geleistete Zahlung für die Gewinnbeteiligung von CHF 345'000.–. Vorsorglich erkläre sie Verrechnung mit ihr zustehenden Rückforderungen aus dem Projekt F._____ über

CHF 1'285'333.14 aus zu viel bezahlten Projektleitungshonoraren und CHF 169'018.– zu viel geleisteten Mäklerprovisionen (act. 25 Rz. 468 ff., 501 ff. und 533; act. 39 Rz. 178 ff., 195 ff. und 236 ff.).

8.2. Würdigung

8.2.1. Prozessuale Anträge der Klägerin

Die Klägerin stellt den Antrag, die von der Beklagte eingereichte Forderungszusammenstellung vom 23. Juni 2020 (act. 13/18) aus dem Recht zu weisen und die gestützt darauf von der Beklagten erhobenen Behauptungen für die Entscheidfindung nicht zu berücksichtigen (act. 25 S. 2; act. 39 S. 2).

Nach Art. 152 Abs. 2 ZPO können rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Überwiegt das Interesse an der Wahrheitsfindung demgegenüber nicht, so dürfen sie nicht berücksichtigt werden. Die Prüfung, ob ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde und daher nicht berücksichtigt werden darf, erfolgt (erst) im Stadium der Beweisabnahme. Die Abnahme eines Beweises setzt das Vorliegen von rechtserheblichen streitigen Tatsachen voraus (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Frage, ob ein Beweismittel zu berücksichtigen ist, kann sich daher nur und erst stellen, wenn aufgrund der von den Parteien gemachten Ausführungen streitige Tatsachen vorliegen. Ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel kann in diesem Zusammenhang nicht von der Obliegenheit entbinden, die Sachdarstellung der Gegenpartei rechtsgenügend zu bestreiten. Genauso wenig kann dem rechtswidrig beschafften Beweismittel eine Fernwirkung in dem Sinne zukommen, dass gestützt darauf erhobene Behauptungen nicht berücksichtigt werden. Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime obliegt es – vorbehalten die Fälle einer Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) – einzig den Parteien, durch Bestreitung der gegnerischen Sachdarstellung den Beweisgegenstand zu definieren. Zu prüfen ist demnach in einem ersten Schritt, ob überhaupt eine beweisbedürftige Tatsache vorliegt. Über die Frage, ob ein angebotenes Beweismittel für die Entscheidfindung zu berücksichtigen ist, ist erst danach zu befinden.

Vorliegend unterlässt es die Klägerin, die Behauptungen der Beklagten rechtsgenügend zu bestreiten. In ihrer Replik und Widerklageantwort bestreitet sie die Ausführungen der Beklagten zur Berechnung der ihr zustehenden Forderungen bloss pauschal, ohne im Einzelnen darzulegen, welche spezifischen Behauptungen und Berechnungspositionen bestritten werden (act. 25 Rz. 468 ff. und 533). Auch in der Widerklageduplik finden sich keine solchen Einzelbestreitungen (act. 39 Rz. 178 ff., 195 ff. und 234 ff.). Im Übrigen würde die Klägerin ihrer Bestreitungslast auch dann nicht rechtsgenügend nachkommen, wenn von genügenden Einzelbestreitungen auszugehen wäre, zumal es sich bei den von der Beklagten behaupteten Tatsachen um bei der Klägerin selbst angefallene Kosten und Erlöse handelt. Diese Kosten kann die Beklagte nicht abschliessend kennen. Der Klägerin kommt daher eine qualifizierte Bestreitungslast zu. Entsprechend hat sie ergänzende Angaben zu den Kosten des Projekts F._____ und dessen Erlös zu machen und kann sich nicht mit der blossen Bestreitung des beklagtischen Sachvortrags begnügen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1.). Die Klägerin hat für das Projekt F._____ indes keine eigene Berechnung vorgenommen und hält den Ausführungen der Beklagten bloss entgegen, die beklagtischen Zahlen stammten aus vertraulichen Vergleichsgesprächen. Damit hat die Sachdarstellung der Beklagten als unbestritten zu gelten.

Daran ändert auch der Antrag der Klägerin auf Fristansetzung zur Substantiierung ihrer Forderungen aus dem Projekt F._____ nichts. Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien lediglich zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen – wozu auch Bestreitungen gehören – einzubringen (vgl. E. 1.5.). Für eine Fristansetzung zur Substantiierung nach Aktenschluss wie dies von der Klägerin verlangt wird, besteht keine Grundlage. Die Klägerin wäre vielmehr gehalten gewesen, die entsprechenden Behauptungen und Bestreitungen im Rahmen ihrer Widerklageantwort und Widerklageduplik aufzustellen. Dies hat sie jedoch – wie vorstehend erwogen – unterlassen.

Nach dem Gesagten braucht auf das strittige Dokument vom 23. Juni 2020 (act. 13/18) nicht abgestützt zu werden und kann offen bleiben, ob das von der Beklagten eingereichte Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO rechtswidrig

beschafft wurde. Die prozessualen Anträge der Klägerin sind somit gegenstandslos.

8.2.2. Berechnung der Vergütungsansprüche der Beklagten

Nach Massgabe der vorstehenden Ausführungen ist für die Berechnung der Ansprüche auf die unbestrittenen beklagtischen Ausführungen abzustellen. Demnach hat die Beklagte Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung von CHF 2'600'003.07 (inkl. MwSt.). Nach Abzug der geleisteten Zahlung von CHF 345'000.– verbleibt ein Restanspruch von CHF 2'255'003.07 (inkl. MwSt.).

Beim Projektleitungsanspruch für das F4._____ sind, anders von der Beklagten dargestellt, nur die Kosten der BKP 1, 2 und 4 für die Berechnung der Bausumme zu berücksichtigen. Die Kosten der BKP 5 und 6 sind nicht zur Bausumme hinzuzuzählen (E. 4.2.). Für die BKP-Hauptgruppen 1 und 4 sind keine Kosten angefallen. Die Gebäudekosten belaufen sich auf CHF 6'394'543.40, wovon CHF 275'511.50 Verwaltungsaufwand und CHF 215'200.– bezahltes Projektleitungshonorar in Abzug zu bringen sind. Soweit die Klägerin vorbringt, die Honorare gemäss BKP 291-299 seien von der Bausumme zu subtrahieren (act. 39 Rz. 197), beziffert sie diese nicht, womit keine genügende Bestreitung vorliegt und kein Abzug vorzunehmen ist. Die honorarberechtigte Bausumme beträgt damit CHF 5'903'831.90 (CHF 6'394'543.40 abzgl. CHF 275'511.50 abzgl. CHF 215'200.–). Die Beklagte hat folglich Anspruch auf ein Projektleitungshonorar von CHF 236'153.28 (inkl. MwSt.). Nach Abzug der bereits geleisteten Zahlungen von CHF 215'200.– ergibt sich ein Restvergütungsanspruch von CHF 20'953.28 (inkl. MwSt.).

Zur von der Klägerin in ihrer Widerklageduplik erklärten Verrechnung mit Forderungen aus zu viel bezahltem Projektleitungshonorar in der Höhe von CHF 1'285'333.14 und zu viel bezahlter Mäklerprovision im Betrag von CHF 169'018.– ist einerseits festzuhalten, dass der Klägerin aus dem Projektleitungshonorar keine Forderung zusteht. Andererseits legt die Klägerin nicht schlüssig dar, woraus und wie sich die von ihr geltend gemachten Verrechnungsforderungen ergeben. Es kann in dieser Hinsicht nicht genügen, bloss in einem Satz in der

Widerklageduplik die Forderungshöhe zu erwähnen, ohne weitere Angaben dazu zu machen. Vor allem wird aus ihren Ausführungen auch nicht klar, welche ihrer Verrechnungsforderungen sie mit welcher beklagtischen Forderung aus dem Projekt F._____ verrechnen will (act. 39 Rz. 203 und 240; dazu unten E. 11.2.), womit ohnehin keine gültige Verrechnungserklärung vorliegt. Die Restforderungen der Beklagten wurden damit nicht durch Verrechnung getilgt.

8.3. Fazit

Die Beklagte hat einen Restvergütungsanspruch auf Gewinnbeteiligung in der Höhe von CHF 2'255'003.07 (inkl. MwSt.). Aus dem Projektleitungshonorar hat sie eine Restforderung von CHF 20'953.28 (inkl. MwSt.).

9. Projekt G._____

9.1. Parteistandpunkte

9.1.1. Beklagte

Die Beklagte macht verrechnungsweise eine Forderung aus dem Projekt G._____ geltend. Dieses sei von der 2003 Vereinbarung erfasst. In dieser Vereinbarung sei nur ein Projektleitungshonorar verabredet worden. Im Verlauf des Projekts habe M._____ im Namen der Beklagten der A2._____ AG empfohlen, nur 79 Wohnungen unmittelbar nach der Erstellung zu verkaufen und bezüglich der 21 Wohnungen der Häuser 11-15 eine Vermietung mit späterem Verkauf anzustreben. Im Zuge dessen habe M._____ im Namen der Beklagten der A2._____ AG offeriert, die Leitung der Vermarktung der Wohnungen der Häuser 11-15 zu übernehmen. Die A2._____ AG sei dieser Empfehlung gefolgt und habe die Beklagte mit der Leitung der Vermarktung betraut. Die Parteien hätten sich auf ein Honorar in der Höhe von 10 % des Mehrerlöses im Vergleich zum sofortigen Verkauf der Wohnungen geeinigt. Aus dem späteren Verkauf habe ein Mehrerlös von CHF 5'197'377.78 resultiert. Sie habe daher Anspruch auf ein Honorar von CHF 519'737.78 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 561'316.80 (inkl. MwSt.; act. 11 Rz. 142 ff.; act. 34 Rz. 215 ff.).

9.1.2. Klägerin

Die Klägerin hält dieser Sachdarstellung entgegen, die 2003-Vereinbarung habe nur ein Projektleitungshonorar vorgesehen. Eine Gewinnbeteiligung sei weder in der Vereinbarung selbst noch in irgend einer anderen schriftlichen oder mündlichen Vereinbarung verabredet worden. Die Beklagte lege eine solche Vereinbarung auch nicht schlüssig dar. Eine mündliche Vereinbarung widerspreche der Usanz der Parteien. Die Parteien hätten sämtliche ihrer Vereinbarungen stets schriftlich geschlossen, so auch die 2003-Vereinbarung. Der Beklagten stehe daher keine Forderung aus dem Projekt G._____ zu (act. 25 Rz. 200 ff. und 365 ff.; act. 39 Rz. 170 ff.).

9.2. Würdigung

Die Beklagte trägt die Behauptungs- und Beweislast für die von ihr geltend gemachte Verrechnungsforderung aus dem Projekt G._____ (Art. 8 ZGB). Dieser ist die Beklagte nicht rechtsgenügend nachgekommen. Die Beklagte bringt vor, sie habe der A2._____ AG angeboten, die Leitung der Vermarktung der Wohnungen zu übernehmen. Sodann habe die A2._____ AG sie mit dieser betraut und die Parteien hätten für diese Tätigkeit ein Honorar von 10 % des Mehrerlöses vereinbart. Damit macht die Beklagte als Grundlage für ihre Forderungen einen zwischen ihr und der A2._____ AG abgeschlossenen Vertrag geltend. Dass und gegebenenfalls inwiefern die Klägerin, bei der es sich um eine eigenständige juristische Person handelt, aus diesem Vertrag verpflichtet ist, legt sie nicht dar. Entsprechend hätte sich ein allfälliger Anspruch auf Beteiligung am Mehrerlös gegen die A2._____ AG und nicht gegen die Klägerin zu richten. Der Beklagten kann daher bereits aus diesem Grund kein Anspruch aus dem Projekt G._____ zustehen. Im Übrigen legt die Beklagte trotz klägerischer Bestreitung des Abschlusses einer solchen Vereinbarung nicht konkret dar, wann und in welcher Form die von ihr behauptete Vereinbarung abgeschlossen worden sein soll. Damit substantiiert sie den Vertragsschluss nicht, weshalb auch aus diesem Grund kein Anspruch bestehen kann.

9.3. Fazit

Die Beklagte hat keine Ansprüche aus dem Projekt G._____.

10. Zusätzliche Kosten

10.1. Parteistandpunkte

10.1.1. Klägerin

Die Klägerin beantragt schliesslich die Zusprechung von CHF 207'085.55. Zur Begründung führt sie aus, im Zusammenhang mit der Führung der Buchhaltung, dem Controlling, der Erstellung der Jahresabschlüsse, mit Verkaufs- und Vertragsverhandlungen, mit Abklärungen sowie wegen Kontakten mit Behörden und Weiterem seien ihr Kosten in der Höhe von CHF 1'035'427.80 entstanden. Die Rechnungen wiesen genau aus, für welche Tätigkeiten Aufwendungen angefallen seien. Sie mache diese Kosten gesamthaft geltend. Die erwähnten Kosten schmälerten den Gewinnbeteiligungsanspruch der Beklagten bzw. erhöhten ihren Rückforderungsanspruch (act. 25 Rz. 207 ff.; act. 39 Rz. 92 ff.).

10.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin geltend gemachten zusätzlichen Kosten. Die Klägerin lege den erbrachten Aufwand nicht konkret dar. Es könne nicht nachvollzogen werden, ob und gegebenenfalls mit Blick auf welche streitgegenständlichen Projekte ein solcher Aufwand tatsächlich angefallen sei (act. 34 Rz. 222 f.).

10.2. Würdigung

Die Klägerin will die von ihr geltend gemachten weiteren Kosten an die Gewinnbeteiligungsansprüche der Beklagten anrechnen und damit im Ergebnis deren Ansprüche verkleinern. Grundsätzlich trägt die Beklagte für diese Ansprüche die Beweislast. Der Klägerin obliegt aber eine qualifizierte Bestreitungslast, und sie hat darzulegen, woraus sich der von ihr vorgebrachte Verwaltungsaufwand genau ergibt und welche projektspezifischen Aufwände ihr angefallen sind, zumal die Be-

klagte nicht wissen kann, ob und gegebenenfalls welche konkreten Leistungen die Klägerin zu erbringen hatte (E. 5.1.1.2.). Diese Anforderungen erfüllt die Klägerin nicht. Die Klägerin verweist zur Begründung ihrer Leistungen auf die von ihr eingereichten Rechnungen (act. 39 Rz. 94; act. 26/21). Ein solcher pauschaler Verweist ist nicht zulässig. Die Behauptungen sind vielmehr in der Rechtsschrift selbst aufzustellen (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_455/2023 vom 23. Februar 2024, E. 4.3.2.). Selbst wenn ein solcher Verweis zulässig wäre, würde er hier nicht genügen. Die eingereichten Rechnungen enthalten bloss pauschale Aufzählungen von Leistungen, ohne diese in irgendeiner Art zu konkretisieren. Im Übrigen finden sich darin auch diverse Einträge zum Projekt G._____, bei welchem aber gerade keine Gewinnbeteiligung geschuldet ist (act. 26/21). Es hat daher als unbestritten zu gelten, dass der Klägerin keine weiteren Kosten entstanden sind. Der Klägerin steht folglich keine Forderung zu.

11. Überblick über die gegenseitigen Forderungen und Verrechnung

11.1. Gegenseitige Forderungen der Parteien

Nach dem Gesagten hat die Klägerin folgende Forderungen gegenüber der Beklagten:

- Projektleitungshonorar C._____: CHF 1'343.24;
- Projektleitungshonorar D._____: CHF 902'510.–;
- Projektleitungshonorar E._____: CHF 341'935.82.

Weiter hat die Klägerin einen *verjährten* Rückerstattungsanspruch aus der Gewinnbeteiligung im Projekt D._____ im Betrag von CHF 4'854'091.75.

Die Beklagte hat demgegenüber Forderungen gegen die Klägerin in nachfolgender Höhe:

- Gewinnbeteiligung C._____: CHF 1'356'910.43;
- Gewinnbeteiligung F._____: CHF 2'255'003.07;

- Projektleitungshonorar F._____: CHF 20'953.28.

11.2. Verrechnung

11.2.1. Rechtliches

Schulden zwei Personen einander Geldsummen, so kann jede ihre Schuld mit ihrer Forderung verrechnen, sofern beide Forderungen fällig sind (Art. 120 Abs. 1 OR). Eine verjährte Forderung kann nur zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der anderen Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 3 OR).

Eine Verrechnung tritt nach Art. 124 Abs. 1 OR nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen will. Die Verrechnungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen kann. Zulässig ist dabei auch eine sog. Eventualverrechnung im Prozess, mit welcher eine Partei die Verrechnung einer gegen sie gerichteten Forderungen mit einer Gegenforderung gegen die Gegenpartei für den Fall erklärt, dass die gegen sie gerichtete (bestrittene) Forderung geschützt wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2007 vom 10. Dezember 2007, E. 8.3.1; BSK OR I-MÜLLER, Art. 124 N 3).

Die Verrechnungserklärung muss den Willen des Verrechnenden unzweideutig erkennen lassen und aus der Erklärung oder den Umständen muss hervorgehen, welches die zu tilgende Forderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und wirkungslos. Eine analoge Anwendung von Art. 87 OR fällt ausser Betracht (ZR 122/2023 Nr. 60 S. 243 E. 2.1.3 m.w.H.). Diese Anforderungen gelten auch bei einer Eventualverrechnung (Urteil des Handelsgericht des Kantons Zürich HG200098 vom 24. August 2022, E. 5.1.2.).

11.2.2. Würdigung

Die Klägerin erklärt vorsorglich Verrechnung ihrer Rückforderungsansprüche aus zu viel bezahlten Gewinnvorbezügen für die Projekte C._____ und D._____ sowie aus zu viel bezahlten Projektleitungshonoraren für die Projekte C._____, D._____ und E._____ mit den von der Beklagten geltend gemachten Restvergütungsansprüchen (act. 25 Rz. 499 f.; act. 39 Rz. 91). Aus dieser Verrechnungserklärung geht nicht hervor, welche ihrer eigenen Forderungen sie mit welcher konkreten Forderung der Beklagten verrechnen will. Die Klägerin begnügt sich einerseits damit, ihre Hauptforderungen – für deren Bestand auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden kann – aufzuzählen, ohne diese in eine Rangordnung zu bringen. Andererseits bezeichnet sie die damit zu tilgenden Gegenforderungen bloss pauschal als Restvergütungsansprüche der Beklagten und spezifiziert auch diese nicht näher oder bringt sie in eine Reihenfolge. Damit besteht aufgrund der Verrechnungserklärung der Klägerin eine Ungewissheit, welche Forderungen der Klägerin welche beklagtischen Forderungen tilgen sollen. Gerade in Konstellationen wie der vorliegenden, bei denen die Klägerin (auch) über verjährte Hauptforderungen verfügt, ist eine klare und präzise Verrechnungserklärung unabdingbar, zumal die Reihenfolge der Verrechnung einen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben kann. Die klägerische Verrechnungserklärung ist folglich wirkungslos.

Die Beklagte erklärt in ihren Rechtsschriften ausdrücklich nur Verrechnung mit der von ihr für das Projekt G._____ geltend gemachten Forderung (act. 11 Rz. 180; act. 34 Rz. 221). Mangels Bestand der entsprechenden Forderung (vgl. E. 9) kann diese Verrechnungserklärung keine Wirkung entfalten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sodann auch in der Erhebung einer Widerklage eine Verrechnungserklärung zu sehen sein. Die Erhebung einer Widerklage beinhaltet aber nicht im jedem Fall eine konkludente Verrechnungserklärung (Urteil des Bundesgerichts 4A_371/2023 vom 27. Februar 2024, E. 11.2.2. mit Hinweis auf BGE 59 II 382). Im Zweifelsfall darf die Erhebung einer Widerklage nicht als Verrechnungserklärung gewertet werden (BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 124 N 21). Die Beklagte hat keine Verrechnungserklärung für ihre Widerklageforderungen abgegeben, wäh-

rend sie für ihre behauptete Forderung aus dem Projekt G._____ explizit Verrechnung erklärt. Bereits dies spricht dagegen, dass die Beklagte mit Erhebung der Widerklage auch Verrechnung erklären wollte. Ihren weiteren Ausführungen lassen sich sodann keine Hinweise, die auf eine Verrechnungsabsicht hindeuten würden entnehmen, bestreitet sie doch vielmehr, dass der Klägerin überhaupt Rückforderungsansprüche zustehen. In Anbetracht dieser Umstände kann in der Widerklage keine Verrechnungserklärung erblickt werden. Selbst wenn die Widerklage im Übrigen als Verrechnungserklärung zu qualifizieren wäre, legt die Beklagte nicht rechtsgenügend dar, welche ihrer Forderungen auf welche klägerische Forderung auszurechnen ist, womit auch aus diesem Grund keine gültige Verrechnungserklärung vorliegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Forderungen durch Verrechnung getilgt wurden.

11.3. Zins

Die Beklagte schuldet der Klägerin damit gesamthaft CHF 1'245'789.06 (CHF 1'343.24 + CHF 902'510.– + CHF 341'935.82). Die von der Klägerin eingeklagte Forderung für Gewinnbeteiligung aus dem Projekt D._____ ist zufolge Verjährung abzuweisen. Umgekehrt hat die Beklagte gegenüber der Klägerin einen Anspruch von CHF 3'632'866.78 (CHF 1'356'910.43 + CHF 2'255'003.07 + CHF 20'953.28). Beide Parteien beantragen die Zusprechung von Zins zu 5 % auf ihren Gesamtforderungen, die Klägerin ab der Klageeinreichung und die Beklagte ab Einreichung der Widerklage (act. 1 Rz. 163 und act. 25 Rz. 246; act. 11 Rz. 316 und act. 34 Rz. 426).

Soweit kein Verfalltag zwischen den Parteien verabredet ist, wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 OR). Eine Mahnung stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Entsprechend sind die Parteien erst mit der Zustellung der Klagebegründung bzw. der Widerklagebegründung in Verzug geraten. Beim Datum der Zustellung einer Rechtsschrift handelt es sich um eine (gerichts-)notorische Tatsache, die weder behauptet noch bewiesen wer-

den muss (Urteile des Bundesgerichts 4A_78/2023 und 4A_80/2023 vom 12. Juli 2023, E. 3.1.).

Das genaue Datum der Zustellung der Klagebegründung an die Beklagte durch das Handelsgericht des Kantons St. Gallen ist nicht aktenkundig. Mit Verfügung vom 1. März 2021 setzte das Handelsgericht des Kantons St. Gallen der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort an und stellte der Beklagten die Klagebegründung zu (act. 5/2). Mit Eingabe vom 26. März 2021 erhob die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons St. Gallen die Unzuständigkeitseinrede (act. 5/3). Allerspätestens am 26. März 2021 musste der Beklagten die Klagebegründung zugestellt worden sein, womit sie seit diesem Zeitpunkt im Verzug ist. Die Klageantwort und Widerklagebegründung wurde der Klägerin am 19. Oktober 2021 zugestellt (act. 16/1). Die Klägerin befindet sich damit seit diesem Zeitpunkt im Verzug. In Bezug auf den geschuldeten Zinssatz kommt – mangels abweichender Parteivereinbarung – der gesetzliche Zinssatz von 5 % zur Anwendung (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte schuldet demnach Zins ab dem 26. März 2021 und die Klägerin ab dem 19. Oktober 2021.

11.4. Fazit

Gesamthaft ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 1'245'789.06 nebst Zins zu 5 % seit 26. März 2021 zu bezahlen. Demgegenüber ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten CHF 3'632'866.78 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2021 zu bezahlen. Im Mehrbetrag sind die Klage und die Widerklage abzuweisen.

12. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die 2007-Vereinbarung sieht für die Honorierung der Beklagten u.a. ein Projektleitungshonorar von 4 % der Bausumme und eine Gewinnbeteiligung von 20 % vor. Die für die Bemessung des Projektleitungshonorars massgebende Bausumme ist nach den aufwandbestimmenden Baukosten der SIA-Ordnung 102, Fassung 2003, zu berechnen. Aus den Projekten C._____, D._____ und E._____ hat die Klägerin Anspruch auf Rückerstattung von CHF 1'245'789.06 nebst Zins. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. Der Beklagten stehen demgegenüber aus den Projekten

C._____ und F._____ Mehrvergütungen in der Höhe von CHF 3'632'866.78 nebst Zins zu. Aus den anderen Projekten hat die Beklagte keine Mehrvergütungsansprüche. Die Widerklage ist daher im Mehrbetrag abzuweisen. Die von der Beklagten darüber hinaus im Sinne einer Stufenklage geltend gemachten Auskunfts- bzw. Herausgabeansprüche erschöpfen sich in der Bezifferung der Honorarforderung für das Projekt E._____, für welche sie indessen keinen Vergütungsanspruch nachweist. Die Beklagte hat daher auch kein Interesse an der Auskunftserteilung, weshalb diese Begehren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben sind.

13. Kosten- und Entschädigungsfolgen

13.1. Kostenstreitwert

Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren. Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, entspricht der Streitwert grundsätzlich dem höheren Rechtsbegehren. Zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte aber zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage die Rückzahlung von zu viel bezahltem Honorar aus den Projekten C._____, D._____ und E._____, während die Beklagte mit der Widerklage die Zusprechung einer Mehrvergütung aus den drei genannten Projekten sowie aus dem Projekt F._____ beantragt. Weiter klagt die Beklagte einen Auskunfts- und Herausgabeanspruch ein. In Bezug auf die Projekte C._____, D._____ und E._____ schliessen sich Klage und Widerklage aus. Es ist demnach für diese Projekte auf den höheren Streitwert abzustellen. Zu diesem ist der Streitwert des Projektes F._____ sowie jener des Auskunfts- und Herausgabebegehrens hinzuzurechnen.

Der Streitwert der Klage beträgt CHF 7'778'248.03 (act. 25 S. 2). Die Beklagte hat in ihrer Widerklage die Forderungen für die Projekte C._____ und D._____ mit gesamthaft CHF 2'023'153.05 (CHF 392'711.50 + CHF 1'356'910.43 + 273'531.12; act. 34 Rz. 426) beziffert. Bei der von der Beklagten für das Projekt E._____ widerklageweise erhobenen unbezifferten Forderungsklage erfolgt die Streitwertbestim-

mung grundsätzlich zweistufig. Der im Rahmen der Klage zwingend anzugebende Mindeststreitwert übernimmt solange die Funktion des Streitwertes, als die Bezifferung der Forderung noch nicht erfolgt und damit der definitive Streitwert noch nicht bekannt ist. Um die definitiven Gerichts- und Parteikosten eines Endentscheides festzustellen, ist auf denjenigen Streitwert abzustellen, der sich nach erfolgter Bezifferung der Forderung ergibt (BAUMANN WEY, a.a.O., Rz. 467 ff.). Gleichwohl fixiert die klagende Partei mit der Angabe des Mindeststreitwertes aber umfangmässig die Untergrenze des Geforderten und damit die Untergrenze des Streitgegenstandes. Fällt die nachträgliche Bezifferung tiefer aus als der zu Beginn des Prozesses angegebene Mindeststreitwert, liegt eine Klagebeschränkung im Sinne von Art. 227 Abs. 3 ZPO vor, welche zwar voraussetzungslos möglich ist, aber im Umfang der Unterschreitung als einen die entsprechenden Kostenfolgen nach sich ziehenden Klagerückzug zu qualifizieren ist (BAUMANN WEY, a.a.O, Rz. 470 ff. und 526 ff.). Vorliegend ist keine definitive Bezifferung erfolgt und erübrigt sich zufolge des bereits im Grundsatz fehlenden beklagtischen Anspruchs eine solche auch. Im Lichte der vorstehend dargelegten Grundsätze ist der Streitwert der Forderung der Beklagten aus dem Projekt E._____ entsprechend dem von ihr angegebenen Mindeststreitwert auf CHF 1'523'437.96 (CHF 339'751.65 + CHF 1'183'686.31; act. 34 Rz. 426) festzusetzen. Für die Projekte C._____, D._____ und E._____ ergibt sich damit ein Streitwert der Widerklage von CHF 3'546'591.01 (CHF 2'023'153.05 + CHF 1'523'437.96).

Für die erwähnten drei Projekte erweist sich damit der Streitwert der Klage als höher. Der diesbezügliche Streitwert ist demnach auf CHF 7'778'248.03 festzusetzen. Hinzu kommt der Streitwert des Projektes F._____ von CHF 2'300'837.77 (CHF 45'834.70 + CHF 2'255'003.07; act. 34 Rz. 426). Der Streitwert des Auskunfts- bzw. Herausgabebegehrens ist ermessensweise auf einen Bruchteil zwischen 10 % und 40 % des Hauptbegehrens festzusetzen (Urteil des Bundesgerichts 4A_542/2017 vom 9. April 2018, E. 4.2.2). Es rechtfertigt es sich vorliegend, den Streitwert der beklagtischen Hilfsbegehren auf 10 % der von der Beklagten für das Projekt E._____ geltend gemachten Forderung, mithin auf CHF 152'343.80 (10 % von CHF 1'523'437.96), anzusetzen. Es resultiert damit ein Gesamtstreitwert von CHF 10'231'429.60 (CHF 7'778'248.03 + CHF 2'300'837.77 + CHF 152'343.80).

13.2. Gerichtskosten

13.2.1. Höhe

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts rechtfertigt es sich, die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr von rund CHF 122'000.– auf CHF 160'000.– zu erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG).

13.2.2. Verteilung

Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Für die anteilsmässige Verlegung der Gerichtskosten im Verhältnis zwischen Klage und Widerklage sind unabhängig von einem Ausschlussverhältnis im Sinne von Art. 94 Abs. 2 ZPO die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammenzurechnen. Das Obsiegen und Unterliegen der Parteien ist sodann in Relation zu diesem (Kostenverteilungs-)Gesamtstreitwert zu setzen und die Kosten sind nach Massgabe dieses Anteils zu verlegen (CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 6; BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 9).

Die Klägerin obsiegt mit ihrer Klage im Betrag von CHF 1'245'789.06. Bei der Beurteilung der Widerklage dringt demgegenüber die Beklagte im Betrag von CHF 3'632'866.78 durch, während die Klägerin im Restbetrag von CHF 2'214'562.– obsiegt. Hinsichtlich des Auskunfts- und Informationsbegehrens mit einem Streitwert von CHF 152'343.80 ist die Klägerin als obsiegend zu qualifizieren. Gesamthaft obsiegt die Klägerin damit im Betrag von CHF 3'612'694.86 (CHF 1'245'789.06 + CHF 2'214'562.– + CHF 152'343.80). Dies ist in Relation zum (Kostenverteilungs-)Gesamtstreitwert von CHF 13'778'020.61 (CHF 7'778'248.03 [Streitwert Klage] + CHF 5'847'428.78 [Gesamtstreitwert Widerklage] + CHF 152'343.80 [Streitwert Auskunfts- und Informationsbegehren]) zu setzen. Die Klägerin obsiegt folglich im Umfang von 26%.

Entsprechend sind die Kosten des Verfahrens zu 74 % (CHF 118'400.–) der Klägerin und zu 26 % (CHF 41'600.–) der Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu beziehen, zunächst aus jenem von der Klägerin (CHF 100'000.–) und im Restbetrag aus dem von der Beklagten einbezahlten Kostenvorschuss. Der Beklagten ist im Umfang von CHF 18'400.– das Rückgriffsrecht auf die Klägerin einzuräumen.

13.3. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift oder Verhandlung ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Gestützt auf den Kostenstreitwert von CHF 10'231'429.60 beträgt die Grundgebühr rund CHF 107'600.–. Diese ist angesichts der Komplexität des Falles leicht zu erhöhen (§4 Abs. 2 AnwGebV). Die Beklagte hat nebst der Klageantwort und Widerklagebegründung eine Duplik und Widerklagereplik eingereicht. Zudem fand eine Vergleichsverhandlung statt. Hierfür sind Zuschläge von insgesamt rund 50 % zu gewähren. Für die unaufgeforderten Stellungnahmen in Ausübung des Replikrechts ist keine Erhöhung vorzunehmen, zumal sie nicht rechtserheblich waren (vgl. MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, S. 376). Die Grundgebühr ist daher auf insgesamt CHF 161'350.– zu erhöhen. Der Beklagten ist eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, wobei die Anteile des Obsiegens und Unterliegens vorab zu verrechnen sind (vgl. ZR 72/1973 Nr. 18 S. 30). Der Beklagten steht demnach eine auf 48 % reduzierte Parteientschädigung von CHF 77'448.– zu. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Rechtsbegehren Ziffer 2 der Beklagten und Widerklägerin wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschrieben.

2. Schriftliche Mitteilung, Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten CHF 1'245'789.06 nebst Zins zu 5 % seit 26. März 2021 zu bezahlen.

   Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin CHF 3'632'866.78 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2021 zu bezahlen.

   Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 160'000.–.

4. Die Kosten werden zu 74 % (CHF118'400.–) der Klägerin und Widerbeklagten und zu 26 % (CHF 41'600.–) der Beklagten und Widerklägerin auferlegt. Die Gerichtskosten werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Der Beklagten wird im Betrag von CHF 18'400.– das Rückgriffsrecht auf die Klägerin eingeräumt.

5. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Parteientschädigung von CHF 77'448.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

7. 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 10'231'429.60.

Zürich, 11. Juli 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:	Der Gerichtsschreiber:
Dr. Claudia Bühler	Lukas Bügler