



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichterin Dr. Bühler, die Handelsrichter Christoph Pfenninger, Werner Heim und Jakob Frei sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 12. April 2017

in Sachen

Konkursmasse der A._____ AG in Liquidation,
Klägerin

vertreten durch den Konkursverwalter Rechtsanwalt X1._____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsübersicht

Sachverhalt und Verfahren	4
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien und ihre Stellung	4
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	5
C. Beweisvorbringen der Parteien.....	8
Erwägungen	9
I. Formelles	9
II. Materielles	9
1. Zulässigkeit der Eventualbegründung der Beklagten	9
2. Anspruch der Klägerin aus dem TU-Werkvertrag.....	12
3. Forderungseingabe vom 11. Juli 2007 durch die Beklagte	18
4. Rücktritt vom TU-Werkvertrag durch die Beklagte	23
5. Rückabwicklung des TU-Werkvertrages: Grundsätze	29
6. Rückabwicklung des TU-Werkvertrages	37
7. Zusammenfassung	51
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen	52
Das Handelsgericht erkennt:	55

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 900'000.00 (inkl. MWST) plus Zins zu 6.25 % seit dem 13.12.2007 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist die Konkursmasse der A. _____ AG in Liquidation. Die A. _____ AG (Gemeinschuldnerin) ist ein Bauunternehmen mit Sitz in Zürich, über welches am 12. Juni 2007 der Konkurs eröffnet wurde.

Die Beklagte ist eine in ... domizilierte Aktiengesellschaft, welche als Krankenkasse den Betrieb der sozialen Krankenversicherung bezweckt. Sie kann namentlich Grundstücke erwerben oder weiterveräussern sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern oder die direkt oder indirekt damit in Zusammenhang stehen.

Die Nebenintervenientin ist eine in ..., Kanton Aargau, domizilierte Aktiengesellschaft. Sie bezweckt unter anderem die Erbringung verschiedener Architekturleistungen wie die Planung, Projektierung und Konzeptentwicklung von privaten wie gewerblichen Überbauungen/Liegenschaften sowie die Übernahme und Ausführung aller technischen und konzeptionellen Planungsaufträge, die den Bereich Architektur, Planung, Projektentwicklung, Ausführungsplanung, Beratung, Betreuung und Bauleitung betreffen.

b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die zweite Werkpreis-Teilzahlung in der Höhe von CHF 900'000.00 aus dem Totalunternehmerwerkvertrag vom 3. Mai 2007 (fortan: TU-Werkvertrag) zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten sowie Verzugszins in Höhe von 6.25 % seit dem 13. Dezember 2007. Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin und beantragt Klageabweisung. Sie wendet ein, dass die zweite Teilzahlung nicht geschuldet sei, weil die Klägerin den Vertrag nach Konkurseröffnung nicht erfüllt habe. Eventualiter macht die Beklagte mehrere Gestaltungsrechte geltend, die zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen würden.

Unbestritten ist die Konkurseröffnung über die Gemeinschuldnerin am 12. Juni 2007. Auch steht fest, dass die Konkursverwaltung mit Schreiben vom 21. Juni 2007 nicht in den TU-Werkvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG eingetreten ist.

Die weiteren Sachverhaltsdarstellungen der Parteien werden im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen insoweit dargelegt, als sie entscheiderelevant sind.

B. Prozessverlauf

Am 23. Juni 2014 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 2/1–22). Den ihr mit Verfügung vom 25. Juni 2014 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 29'000.00 (act. 3) leistete die Klägerin fristgemäss (act. 5), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 22. Juli 2014 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 6). Mit Eingabe vom 20. August 2014 stellte die Beklagte einen Antrag auf Sicherstellung allfälliger Parteikosten (act. 8). Mit Verfügung vom 22. August 2014 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 45'000.00 zu leisten oder schriftlich zu begründen, weshalb sie keine Sicherheit zu leisten habe. Mit gleicher Verfügung wurde der Beklagten die Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort abgenommen (act. 10). Die Klägerin leistete die Sicherheit innert Frist (act. 12). Mit

Verfügung vom 10. September 2014 wurde der Beklagten Frist bis zum 11. November 2014 zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt (act. 13). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort fristgerecht samt Beilagen ein (act. 15; act. 17/1–10). In der Klageantwort vom 11. November 2014 verkündete die Beklagte der Nebenintervenientin den Streit und erhob Streitverkündungsklage (act. 15). Zudem bestritt die Beklagte die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich (act. 15). Mit Beschluss vom 15. Dezember 2014 wies das hiesige Gericht die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten (und Streitverkündungsklägerin) ab, auferlegte der Beklagten die Gerichtskosten für den Zwischenentscheid und verpflichtete sie, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (act. 24). Im selben Beschluss wurde der Beklagten eine Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten der Streitverkündungsklage einen Vorschuss von CHF 21'000.00 zu bezahlen. Nach Leistung des Kostenvorschusses sowie der Ansetzung mehrerer Fristen im Zusammenhang mit der Streitverkündungsklage trat das hiesige Gericht mit Beschluss vom 27. Mai 2015 auf die Streitverkündungsklage nicht ein, auferlegte der Beklagten die Gerichtskosten und verpflichtete diese, der Streitverkündungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Gleichzeitig wurde die Streitverkündung der Beklagten an die Nebenintervenientin vorgemerkt, da die Beklagte im Rahmen der Streitverkündungsklage ausdrücklich den Antrag gestellt hatte, es sei der Streitverkündungsbeklagten den Streit zu verkünden. Mit Eingabe vom 4. Juni 2015 erklärte die Nebenintervenientin, dass sie die Beklagte im Prozess gegen die Klägerin unterstützen werde (act. 45), weshalb sie vorliegend als Nebenintervenientin am Verfahren teilnimmt. Mit Verfügung vom 21. Juli 2015 wurde die Leitung des Prozesses an Oberrichterin Dr. Bühler als Instruktionsrichterin delegiert (act. 46). Anschliessend wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung am 11. November 2015 vorgeladen, an welcher sich die Parteien nicht einigen konnten (Prot. S. 24). Das Verfahren wurde informell bis zum 29. Januar 2016 sistiert, um aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu ermöglichen (Prot. S. 24). Im Nachgang zur Vergleichsverhandlung kritisierte die Klägerin mit Eingabe vom 24. November 2015 die Prozessführung seitens der Gerichtsdelegation anlässlich der Vergleichsverhandlung, wobei sie namentlich die Verletzung der Verhandlungsmaxime geltend machte (act. 50). Mit Schreiben vom

30. November 2015 wies der Präsident des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Klägerin auf die geltenden Grundsätze der Schweizerischen Zivilprozessordnung hin, insbesondere auf den unpräjudiziellen Charakter von Vergleichsgesprächen und darin allenfalls geäusserten Meinungen, und teilte der Klägerin mit, dass ihre Eingabe nicht berücksichtigt werde (act. 51). Mit Schreiben vom 29. Januar 2016 teilte die Klägerin mit, dass aussergerichtliche Vergleichsgespräche zwischen den Parteien erfolglos verlaufen seien und das Verfahren fortzusetzen sei (act. 53). Mit Verfügung vom 4. Februar 2016 wurde der Klägerin Frist bis 21. April 2016 angesetzt, um ihre schriftliche Replik einzureichen (act. 54). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 19. April 2016 die Replik samt Beilagen fristgerecht ein (act. 56; act. 57/23–86). Mit Verfügung vom 22. April 2016 wurde die Replik an die Beklagte und an die Nebenintervenientin zugestellt sowie der Beklagten Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt. Mit gleicher Verfügung wurde unter Darlegung elementarster berufs- und standesrechtlicher Grundsätze verfügt, dass ein von der Klägerin als Beilage zur Replik vom 19. April 2016 eingereichtes Verhandlungsprotokoll der Vergleichsverhandlung vom 11. November 2015 (act. 57/86) aus dem Recht gewiesen werde und unbeachtlich bleibe (act. 58). Mit Eingabe vom 28. Juni 2016 reichte die Nebenintervenientin ihre Stellungnahme als Ergänzung zur Duplik der Beklagten ein (act. 60). Die Beklagte reichte ihre Duplik samt Beilagen fristgerecht mit Eingabe vom 28. Juni 2016 ein (act. 62; act. 63/11–14). Mit Verfügung vom 5. Juli 2016 wurden die Duplik sowie die Stellungnahme der Nebenintervenientin der Klägerin zugestellt; mit gleicher Verfügung wurde die Stellungnahme der Nebenintervenientin auch der Beklagten zugestellt (act. 64). Mit Eingaben vom 25. Juli 2016 reichte die Klägerin je eine Stellungnahme zu den Noven in der Duplik und zu den Noven in der Stellungnahme der Nebenintervenientin ein (act. 66 und 67). Die Eingaben der Klägerin vom 25. Juli 2016 (act. 66 und 67) wurden der Beklagten sowie der Nebenintervenientin zugestellt (Prot. S. 29). Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 24. August 2016 zur Novenstellungnahme der Klägerin Stellung (act. 68). Mit gleichem Datum nahm auch die Nebenintervenientin Stellung (act. 70). Beide Eingaben wurden in der Folge den jeweiligen Verfahrensbeteiligten zugestellt (Prot. S. 30). Mit Eingabe vom 6. September 2016 beantragte die Klägerin, es seien die letztgenannten Ein-

gaben der Beklagten sowie der Nebenintervenientin (act. 68 und act. 70) aus dem Recht zu weisen. Sie nahm gleichwohl eventualiter zu den genannten Eingaben Stellung (act. 73). Mit Verfügung vom 7. September 2016 wurde die klägerische Eingabe der Beklagten sowie der Nebenintervenientin zugestellt und Frist angesetzt, um sich hierzu zu äussern (act. 75). Die Beklagte sowie die Nebenintervenientin nahmen je mit Eingaben vom 29. September 2016 innert Frist Stellung (act. 77 und act. 79). Mit Eingabe vom 27. Oktober 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin erneut eine Stellungnahme ein (act. 81). Mit Eingaben vom 1. Dezember 2016 und vom 18. Januar 2017 reichte die Klägerin jeweils Gläubigerzirkulare ein (act. 83 und act. 85), die den Gegenparteien zugestellt wurden. Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 87). Sämtliche Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 89–91). Die Klägerin hielt ihn ihrem Verzichtsschreiben zudem fest, dass sie die Durchführung einer zweiten Referentenaudienz sowie Vergleichsverhandlung begrüssen würde (act. 90). Gemäss Art. 124 Abs. 3 ZPO kann das Gericht jederzeit versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (vgl. auch Art. 226 Abs. 1 und 2 ZPO). Einen Anspruch der Parteien auf die Durchführung einer zweiten Vergleichsverhandlung besteht hingegen nicht. Da die Durchführung einer zweiten Vergleichsverhandlung vorliegend wenig erfolgsversprechend ist, ist dem Antrag der Klägerin auf Durchführung einer zweiten Vergleichsverhandlung nicht stattzugeben. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Parteien reichten jeweils Beweismittelverzeichnisse ein (act. 2/1–22; act. 17/1–10; act. 57/23–86; act. 61/1; act. 63/11–14).

Erwägungen

I. Formelles

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich folgt aus der gültigen Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 16.1 des TU-Werkvertrages vom 3. Mai 2007 und ist unbestritten (siehe act. 3/4, Ziffer 16.1). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgericht wurde mit rechtskräftigem Beschluss vom 15. Dezember 2014 bejaht (act. 24). Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

II. Materielles

1. Zulässigkeit der Eventualbegründung der Beklagten

1.1. Die Beklagte schloss mit der Gemeinschuldnerin am 3. Mai 2007 einen TU-Werkvertrag betreffend das Neubauprojekt "D._____" in E._____ (ZH) ab. Am 12. Juni 2007 wurde über die Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet. Die Konkursverwaltung trat in der Folge nicht im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG in den TU-Werkvertrag ein und die Geschäftstätigkeit der Gemeinschuldnern wurde nicht weitergeführt. Die Klägerin geht davon aus, dass der TU-Werkvertrag immer noch besteht und nie aufgehoben wurde (act. 1 Rz. 49; act. 56 Rz. 94 f., Rz. 100, Rz. 102, Rz. 109, Rz. 145 f., Rz. 173, Rz. 192, Rz. 204, Rz. 208, Rz. 219). Gestützt auf den Vertrag habe sie – unter Berücksichtigung des in Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrags vereinbarten Teilzahlungsplanes – Anspruch auf die zweite Teilzahlung. Die Beklagte nimmt als Hauptstandpunkt ebenfalls an, der TU-Werkvertrag bestehe weiterhin. Der Klägerin stünden aber aus diesem Vertrag keine Ansprüche zu. *Eventualiter* beruft sie sich auf mehrere Gestaltungserklärungen aus den Jahren 2007 beziehungsweise 2013, die eine Liquidation des TU-Werkvertrages zur Folge hätten. Die Klägerin bestreitet eine wirksame Ausübung von Gestaltungsrechten seitens der Beklagten. Im Zusammenhang mit dem behaupteten

Rücktritt der Beklagten im Jahr 2013 bringt sie zudem vor, die Bauwerke seien damals – vor Erklärung des Rücktritts durch die Beklagte – bereits vollendet gewesen. Letzteres wirft die Frage auf, welche Auswirkungen eine Vollendung des Bauprojekts ohne Mitwirkung der Gemeinschuldnerin auf den TU-Werkvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten hat (siehe diesbezüglich Erw. 4.5).

1.2. Festzuhalten ist zunächst, dass ein (Werk-)Vertrag grundsätzlich nicht *ipso iure* aufgrund einer Konkureröffnung über eine Vertragspartei aufgelöst wird (BGE 110 III 84, S. 85 f.; Urteil NE130011-O des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2013, E. 3d; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Aufl. 5, Zürich/Basel/Genf 2011, N 758; PLENIO, Martin, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen 2002, S. 207; KREN, Jolanta, Konkureröffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, S. 9 und S. 87; WEYDMANN, Philipp, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1957, S. 41). Dies gilt auch in Bezug auf den TU-Werkvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten, welcher somit trotz Eröffnung des Konkurses über die Gemeinschuldnerin weiter bestand.

1.3. Es stellt sich die Frage, ob die Eventualbegründung der Beklagten prozessrechtlich überhaupt zulässig ist. Die Antwort auf diese Frage hat Auswirkungen auf die Prüfungsreihenfolge der Parteibehauptungen. Die Beklagte bringt in der Duplik neu als Hauptbegründung vor, die zweite Teilzahlung sei *vertraglich* nicht geschuldet, weil die Gemeinschuldnerin ihren vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen und somit die zweite Teilzahlung nie als Forderung entstanden sei (act. 62 Rz. 44 ff. i.V.m. Rz. 227). Sie stützt ihr Begehren auf Klageabweisung somit neu auf einen geltenden Vertrag und nicht mehr wie in der Klageantwort auf rechtsaufhebende Einwendungen. Ob dieses Vorgehen zulässig ist, wenn es erstmalig in der Duplik erfolgt, ist nachfolgend zu prüfen (siehe zur sich stellenden Frage auch das Urteil HG100150 vom 19. September 2013 des Handelsgerichts des Kantons Zürich, E. 3.5).

1.4. Mit der Erklärung, einen Vertrag wegen Grundlagenirrtums oder Täuschung nicht halten zu wollen (resp. von diesem zurückzutreten), wird ein rechts-

aufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt und ein Rechtsverhältnis inhaltlich aufgehoben, ohne dass es dazu der Zustimmung der Gegenpartei bedarf. Durch diese einseitige Gestaltungsmacht wird direkt in die Rechtssphäre der Gegenpartei eingegriffen, weshalb zum Schutze der Gegenpartei gilt, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten grundsätzlich unwiderruflich ist (BGE 128 III 70, S. 75 E. 2). Ein Widerruf der Anfechtungserklärung ist zulässig, wenn der Erklärungsgegner – wie hier die Klägerin – das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, weil dann nur der von diesem für richtig gehaltene Zustand hergestellt wird (BGE 128 III 70, S. 75 f. E. 2).

1.5. Das Vorgehen der Beklagten, ihre Einwendungen nicht mehr als Hauptbegründung vorzutragen, muss als Eventualanfechtung des Vertrages (resp. Eventualrücktritt vom Vertrag) interpretiert werden. Eine Eventualanfechtung aktualisiert sich erst dann, wenn feststeht, dass die erklärende Person mit ihrer auf Vertrag abstellenden Argumentation nicht durchdringt. Eine eventuell erklärte Anfechtung verstösst grundsätzlich nicht gegen die Regel der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten (SCHALLER, Jean-Marc, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Zürich/St. Gallen 2010, N 914). Vorliegend macht die Beklagte mehrere Gestaltungsrechte gestützt auf eine Forderungseingabe vom 11. Juli 2007 sowie auf eine Rücktrittserklärung vom 27. Juni 2013 geltend. Die Klägerin hat diese Gestaltungsrechte beziehungsweise Gestaltungserklärungen stets bestritten. Insofern bestand für die Beklagte im Zeitpunkt des erstmaligen klägerischen Bestreitens der Gestaltungserklärungen die Möglichkeit, auf ihre Gestaltungserklärungen zurückzukommen. Sie hat indes in der Klageantwort auch nach der (vorprozessualen) Bestreitung durch die Klägerin an den Erklärungen festgehalten und ihre behaupteten Gestaltungsrechte und Gestaltungserklärungen somit nicht widerrufen, sondern bestätigt. Dieses Vorgehen schadet der Beklagten nicht. Die Beklagte durfte, nach erfolgter Bekräftigung ihrer Erklärungen in der Klageantwort, die Gestaltungserklärungen in der Duplik widerrufen und neu eventualiter vortragen. Denn solange die Gegenseite die Gestaltungserklärungen bestreitet, besteht ein Schwebezustand, in welchem die Erklärungen widerrufen und wieder vorgetragen werden können. Auch prozessrechtlich spricht nichts gegen das Vorgehen der Beklagten. Einer Partei ist es unbenom-

men, bis zum Aktenschluss ihren Tatsachenvortrag zu gestalten. Die Beklagte musste darum nicht bei erstmaliger Zulässigkeit eines Widerrufs entscheiden, ob sie ihre Erklärungen nur eventuell geltend machen möchte.

1.6. Ob die nunmehr eventualiter vorgebrachten Gestaltungserklärungen noch die ursprünglichen Gestaltungserklärungen darstellen oder, ob es sich hierbei um neue Gestaltungserklärungen handelt, die erstmals mit der Duplik abgegeben werden, kann vorerst offen bleiben. Soweit entscheiderelevant, wird diese Frage an gegebener Stelle behandelt.

1.7. Die Zulässigkeit der von der Beklagten gewählten prozessualen Gliederung ihrer Behauptungen zieht folgende Prüfungsreihenfolge nach sich: Vorab ist zu prüfen, ob die Klägerin einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte hat. Ist ein vertraglicher Anspruch der Klägerin zu bejahen, aktualisiert sich die Eventualbegründung der Beklagten. Es ist dann zu prüfen, ob die Beklagte im Jahr 2007 Gestaltungsrechte wirksam ausübte. Ist die wirksame Ausübung von Gestaltungsrechten für das Jahr 2007 zu verneinen, ist schliesslich der Rücktritt vom 27. Juni 2013 – sowie allenfalls dessen Folgen – zu prüfen.

2. Anspruch der Klägerin aus dem TU-Werkvertrag

2.1. Die Klägerin bringt vor, hinsichtlich der vorliegend eingeklagten zweiten Teilzahlung sei zwischen der Beklagten und der Gemeinschuldnerin vertraglich vereinbart worden, dass die zweite Teilzahlung bei Erhalt der Baubewilligung fällig werde. Die Klägerin betont, dass es sich bei den vertraglich vereinbarten Zahlungsterminen um Fälligkeitstermine handle und nicht etwa um Bedingungen (act. 1 Rz. 41, Rz. 43, Rz. 51, Rz. 66 f., Rz. 70; vgl. auch act. 56 Rz. 148 f., Rz. 185, Rz. 205, Rz. 573). Bei der zweiten Teilzahlung liege ein *dies certus an, sed dies incertus quando* vor. Die Forderung sei mit anderen Worten bereits im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung entstanden; die Fälligkeit später eingetreten (act. 1 Rz. 66 f.).

2.2. Die Beklagte hält den klägerischen Vorbringen in der Duplik neu entgegen, die zweite Teilzahlung sei als Forderung gar nie entstanden (act. 62 Rz. 43 ff.,

insbesondere Rz. 54, Rz. 56; ferner auch Rz. 248). Insofern geht sie damit von einer bedingten Forderung aus (vgl. auch act. 15 Rz. 46 a.E., Rz. 88; act. 62 Rz. 53). Sie hält weiter dafür, dass die einzelnen vertraglichen Teilzahlungen nicht abstrakt und losgelöst vom tatsächlichen Baufortschritt geschuldet seien. Der Teilzahlungsplan decke sich zwar nicht mit dem Baufortschritt, sei aber nicht aus der Luft gegriffen. Um die einzelnen Ratenzahlungen in der vereinbarten Höhe zu rechtfertigen, müsse daher auch der jeweilige Gegenwert in Form von Leistungen vollständig erbracht worden sein (act. 62 Rz. 44). Die Beklagte spricht davon, dass die einzelnen Raten erst dann geschuldet seien, wenn der jeweilige Zeitpunkt im Teilzahlungsplan unter fortlaufender Vertragserfüllung erreicht werde (act. 62 Rz. 52); damit knüpft sie zur Abwehr des klägerischen Anspruchs an die korrekte Erfüllung des Vertrages an. Die Beklagte beruft sich nicht auf ein vorübergehendes Rückbehaltungsrecht gestützt auf Art. 83 Abs. 1 OR. Deshalb ist die Einrede im Sinne von Art. 83 Abs. 1 OR vorliegend nicht zu prüfen (siehe aber zum Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR die Erw. 4).

2.3. Die Parteien sind sich uneinig, wie der in Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages vereinbarte Teilzahlungsplan, insbesondere die Wendung "bei Erhalten der Baubewilligung" betreffend die zweite Teilzahlung, rechtlich zu verstehen ist. Zum einen besteht Uneinigkeit darüber, ob die zweite Teilzahlung bedingt ist oder ein blosser Fälligkeitstermin vorliegt. Zum anderen ist zwischen den Parteien strittig, ob die Teilzahlungen rein abstrakt (d.h. losgelöst von konkreten Einzelleistungen und vom Baufortschritt; so im Ergebnis die Klägerin) oder an konkrete Einzelleistungen und am Baufortschritt (so die Beklagte) gekoppelt sind. Die Klägerin führt zwar in Randziffer 444 ihrer Replik aus, die Teilzahlungen seien an den Baufortschritt gebunden worden. Im Kontext ist diese Behauptung jedoch so zu verstehen, dass die Höhe der einzelnen Teilzahlungen im Rahmen der internen Kalkulation an den Baufortschritt ausgerichtet wurden. Es geht einerseits um die Entstehung der zweiten Teilzahlung als Forderung (und damit zusammenhängend auch, ob sie ein Aktivum der Konkursmasse darstellt) und andererseits um die Frage, wie und was die Gemeinschuldnerin leisten musste, damit die zweite Teilzahlung geschuldet war. Nachfolgend ist Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages auszulegen.

2.4. Der Inhalt jedes Vertrags bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (sog. subjektive Auslegung). Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, ist auf den durch objektivierete Auslegung ermittelten mutmasslichen Parteiwillen abzustellen. Als Vertragswille ist hierbei anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Die Parteierklärungen sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg / EMMEGGER, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Aufl. 10, Zürich 2014, N 1200 f.). Behauptet eine Partei das Vorliegen eines vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens, trägt sie hierfür die Beweislast (BGE 121 III 118, S. 123 E. 4.b.aa.).

2.5. Die Frage, ob ein Fälligkeitstermin (so die Klägerin) oder eine Bedingung (so die Beklagte) vorliegt, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben:

2.5.1. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt ist und die Schuldnerin leisten muss (SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Aufl. 7, Bern 2016, N 7.17). Die Fälligkeit betrifft die Klagbarkeit der Forderung. Eine einzelne Forderung aus einem Vertragsverhältnis kann sodann bedingt sein (SCHWENZER, Ingeborg, a.a.O., N 11.03). Eine Forderung ist im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR bedingt, wenn ihre Wirksamkeit oder einzelne ihrer Wirkungen von einer nach den Vorstellungen der Parteien ungewissen Tatsache abhängen, wenn die Verpflichtung des Schuldners im Grundsatz und nicht bloss hinsichtlich des Erfüllungszeitpunktes noch ungewiss ist (BGE 135 III 433, S. 436E. 3.1). Steht dagegen die Wirkung fest und ist bloss noch der Zeitpunkt ungewiss, in welchem die Leistung zu bewirken ist, liegt keine Bedingung vor (BGE 122 III 10, S. 16 f. E. 4b, mit zahlreichen Hinweisen; Urteil 2C_195/2016 vom 26. September 2016, E. 2.2.3). Gestützt auf Art. 197 Abs. 1 SchKG gehören freilich sowohl fällige als auch (aufschiebend) bedingte Forde-

rungen zur Konkursmasse. Damit spielt die Unterscheidung zwischen Fälligkeitstermin und Bedingung hinsichtlich der Zugehörigkeit der zweiten Teilzahlung als Forderung zur Konkursmasse keine Rolle. Voraussetzung für die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ist einzig, dass der *Grund ihrer Entstehung* zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits bestand (KREN KOSTIEWICZ, Jolanta, in: Kurzkommentar-SchKG, Aufl. 2, Basel 2014, Art. 197 N 6; HANDSCHIN, Lukas/HUNKELER, Daniel, in: Basler Kommentar zum SchKG, Band II, Aufl. 2, Basel 2010, Art. 197 N 13; BLUMENSTEIN, Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, Bern 1911, S. 623). Diese letzte zeitliche Schranke richtet sich nach denselben Regeln, wie sie für die Konkursforderungen, d.h. die Schulden zulasten der Konkursmasse entwickelt worden sind (ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Corinne, in: Berner Kommentar zum OR, Bern 2012, Art. 123 N 72; siehe zu den aufschiebend bedingten *Konkursforderungen* auch Art. 210 Abs. 1 SchKG). Wichtigster Grund für die *Entstehung* einer Forderung ist ein Vertrag (vgl. GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, a.a.O., N 33). Die zweite Teilzahlung als Teil des Werklohnes entstand im Zeitpunkt der Unterzeichnung des TU-Werkvertrages am 3. Mai 2007, mithin vor der Konkursöffnung über die Gemeinschuldnerin am 12. Juni 2007.

2.5.2. Sodann kommt der Unterscheidung Fälligkeitstermin/Bedingung vorliegend keine Bedeutung zu, weil entweder der Fälligkeitstermin oder die Bedingung eingetreten ist. Keine der Parteien bestreitet nämlich, dass die Baubewilligung erteilt wurde. Gestützt auf den Wortlaut von Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages war aber die Erteilung der Bewilligung einzige Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit oder der Bedingung. Soweit die Beklagte den Eintritt der Bedingung von bestimmten Leistungen der Unternehmerin abhängig macht, legt sie nicht dar, welche Leistungen entscheidend für den (Nicht-)Eintritt der Bedingung waren. Da sie aber eine spezifisch ausgestaltete Bedingung annimmt und deren Nichteintritt geltend macht, trifft sie die Beweislast für das Vorliegen einer Bedingung und deren Voraussetzungen. Sie hätte darlegen müssen, gestützt auf welche Tatsachen sie eine Bedingung annimmt und von welchen vertraglich vereinbarten Voraussetzungen die Bedingung abhängig war und welche dieser Voraussetzungen noch nicht

erfüllt waren. Dies tut sie jedoch nicht, weshalb ihr Vorbringen diesbezüglich unsubstanziert ist.

2.6. Somit ist die Frage zu klären, ob die Vertragsparteien die Teilzahlungen unabhängig vom (abstrakt) oder an den Baufortschritt koppeln wollten:

2.6.1. In Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages finden sich keine Hinweise dafür, dass die Parteien die einzelnen Teilzahlungen an den konkreten Baufortschritt binden wollten. Einzig für die ersten beiden Teilzahlungen lässt sich eine inhaltliche Komponente erkennen, indem an den Vertragsabschluss und an die Baubewilligung angeknüpft wurde. Die restlichen Zahlungstermine der Teilzahlungen (mit Ausnahme der Schlusszahlung) sind alle (und einzig) mit einem Datum versehen (vgl. act. 2/4, Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages). Hätten die Parteien die Zahlungspflicht der Beklagten tatsächlich an den Baufortschritt koppeln wollen, hätten sie bestimmte Meilensteile betreffend den Baufortschritt vereinbaren müssen. Das gänzliche Fehlen derartiger Meilensteine spricht darum gegen eine solche Annahme. Die Beklagte bringt nichts vor, was dieses Ergebnis umstossen würde.

2.6.2. Unklar bleibt, was die Beklagte meint, wenn sie ausführt, mit der Umschreibung "bei Erhalt der Baubewilligung" sei nicht eine sachliche Voraussetzung, sondern einzig ein abstrakter Zeitpunkt umschrieben worden (act. 62 Rz. 51). Dieser Einwand bestätigt die klägerische Ansicht. Mit dem Zusatz "sofern der Vertrag bis dahin tatsächlich beiderseitig erfüllt worden wäre" (act. 62 Rz. 51) spricht die Beklagte die Richtigerfüllung des Vertrages an. Dass die Vertragsparteien jedoch die einzelnen Teilzahlungen an bestimmte Bauetappen oder an konkrete Einzelleistungen koppelten, sagt sie damit nicht. Die Beklagte führt im Rahmen ihrer Stellungnahme zur offenen Abrechnung seitens der Klägerin sodann aus, dass die Teilzahlungen lediglich vom Eintritt definierter Zeitpunkte abhingen (act. 62 Rz. 455), was zutreffend ist.

2.6.3. Weiter führt die Beklagte zwar nachvollziehbar aus, dass hinter den Teilzahlungen bestimmte Kalkulationen stünden (vgl. act. 62 Rz. 54). Daraus lässt sich aber für die Frage, ob die einzelnen Raten abstrakt oder konkret (am Baufortschritt) bestimmt waren, nichts ableiten. Wenn die Beklagte sodann ausführt,

es müssten sämtliche in der jeweiligen Rate enthaltenen Leistungen erbracht werden, damit eine Rate in der vorgesehenen Höhe als Schuld anfalle (act. 62 Rz. 54), nimmt sie ein ihr genehmes Auslegungsergebnis vorweg, ohne eine nachvollziehbare Begründung zu liefern. Diese Argumentation wäre nur dann stringent, wenn feststünde, dass die einzelnen Raten tatsächlich an den konkreten Baufortschritt gekoppelt waren. Grundsätzlich sind Teilzahlungen nur zeitabhängig, nicht leistungsabhängig (SPIESS, Hans Rudolf/HUSER, Marie-Theres, Stämpfli Handkommentar zur Norm-SIA 118, Bern 2014, Art. 147 N 6 f.). Gegen die Auffassung der Beklagten spricht auch, dass sie selbst konzediert, es sei unbekannt, welche Leistungen konkret hinter der zweiten Rate gestanden hätten (act. 62 Rz. 46). Es mutet seltsam an, wenn eine Vertragspartei behauptet, es seien konkrete, einer bestimmten Teilzahlung zuordenbare Leistungspflichten vereinbart worden (und aus der Nichtleistung zu ihren Gunsten Schlüsse zieht), um dann gleichzeitig festzuhalten, es sei unbekannt, welche konkreten Leistungen zu welcher Teilzahlung vereinbart worden seien. Dies deutet vielmehr darauf hin, dass eben gerade keine konkreten Leistungen den einzelnen Teilzahlungen zugeordnet waren.

2.6.4. Auch der Einwand der Beklagten, es könne nicht angehen, dass sie die zweite Rate in der vollen Höhe bezahlen müsse, obschon der Gegenwert noch nicht erbracht worden sei (act. 62 Rz. 54), beschlägt letztlich nicht die Existenz (bzw. Entstehung) der Forderung, sondern deren gehörige Erfüllung. Die Beklagte legt aber nicht substantiiert dar, worin eine allfällige Schlechterfüllung in Bezug auf die zweite Teilzahlung liege. Es ist nicht Aufgabe des hiesigen Gerichts, die Argumentation der Beklagten zu erweitern, zu präzisieren oder neu auszurichten, um so der Rechtsauffassung der Beklagten zum Durchbruch zu verhelfen.

2.7. Steht fest, dass die Werklohnforderung zur Konkursmasse der Gemeinschuldnerin gehört und die zweite Teilzahlung fällig wurde, ist die zweite Teilzahlung grundsätzlich geschuldet. Als Bestellerin und somit als Gläubigerin der TU-Werkvertragsleistungen verfügt die Beklagte über weitere rechtliche Abwehrdispositive gegen den vertraglichen Anspruch der Klägerin. Insbesondere ging ihr eigener Erfüllungsanspruch aus dem TU-Werkvertrag mit der Konkurseröffnung

nicht unter. Diesen eigenen Erfüllungsanspruch hätte die Beklagte gegen denjenigen der Klägerin stellen können. Die Behauptung der Klägerin, wonach mit der Konkurseröffnung der IST-Zustand der Vertragserfüllung, welcher der Konkursitin zugerechnet werden könne, gleichzeitig dem TU-werkvertraglichen SOLL-Zustand der Werkausführung entspreche (act. 56 Rz. 568), trifft so nicht zu. Hält der solvente Vertragspartner des Konkursiten – trotz Nichteintritts durch die Konkursverwaltung – aber am Vertrag fest, so muss er den Rest der eigenen Leistung erbringen, während er seinen Anspruch gegenüber dem Gemeinschuldner nur als Konkursforderung geltend machen kann (KREN, Jolanta, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, a.a.O., S. 107).

2.8. Die Beklagte hat es unterlassen, Tatsachen und Argumente vorzutragen, die dem vertraglich begründeten klägerischen Anspruch entgegenstehen. Wiederrum ist im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime auf die Behauptungen der Parteien abzustellen; diese sind nicht durch das Gericht zu ergänzen oder zu erweitern. Da die Beklagte gegen den *vertraglichen* Anspruch der Klägerin nichts Substantielles vorträgt, ist dieser zu bejahen. Mit anderen Worten dringt die Beklagte mit ihrer Hauptargumentation (Klageabweisung bei noch geltendem Vertrag) nicht durch, weshalb nachfolgend ihre Eventualbegründung zu prüfen ist.

3. Forderungseingabe vom 11. Juli 2007 durch die Beklagte

3.1. Unbestrittenermassen hat die Beklagte am 11. Juli 2007 die von ihr an die Gemeinschuldnerin geleistete erste Teilzahlung des TU-Werkvertrages in Höhe von CHF 700'000.00 als Konkursforderung angemeldet (vgl. act. 1 Rz. 19; act. 15 Rz. 23).

3.2. Die Beklagte leitet aus dieser Forderungseingabe mehrere Rechtsfolgen ab, die sich teilweise gegenseitig ausschliessen. Sie möchte in der Forderungseingabe die konkludente Geltendmachung einer absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR, die konkludente Geltendmachung eines Grundlagenirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, sodann einen konkludenten Rücktritt vom TU-Werkvertrag im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR und weiter einen konkludenten Rücktritt vom Vertrag gestützt auf Art. 184 SIA-Norm 118 bzw. Art. 377 OR sowie ei-

nen konkludenten Vertragsrücktritt gestützt auf Art. 183 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 366 Abs. 1 OR sehen (act. 15 Rz. 98, Rz. 105). Die Klägerin bestreitet, dass die Forderungseingabe eine konkludente Gestaltungserklärung der Beklagten darstelle (act. 56 Rz. 74, Rz. 76, Rz. 221, Rz. 234 ff., Rz. 252, Rz. 317). Die Klägerin bringt weiter vor, die Forderungsanmeldung durch die Beklagte sei vom Abteilungsleiter des Inkassos bei der Beklagten unterzeichnet worden. Dieser sei jedoch nicht berechtigt gewesen, für die Beklagte zu handeln, weshalb eine allfällige auf die Forderungsanmeldung gestützte Gestaltungserklärung nicht wirksam sein könne (act. 56 Rz. 77, Rz. 221, Rz. 236). Es kann gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen offen bleiben, wie es sich damit verhält. Immerhin ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht darlegt, über welche Art der Bevollmächtigung der Abteilungsleiter Inkasso verfügte. Sie spricht lediglich von Inkassovollmacht, was nichts darüber aussagt, ob auch (konkludente) vertragsaufhebende Gestaltungserklärungen von der Vollmacht erfasst waren. Auch eine nachträgliche Genehmigung durch die Beklagte wurde von dieser nicht behauptet (vgl. act. 62 Rz. 175).

3.3. Vorliegend hat die Beklagte im Juli 2007 nicht ausdrücklich erklärt, dass sie den TU-Werkvertrag aufgrund eines bestimmten Anfechtungstatbestandes als unverbindlich betrachte beziehungsweise, dass sie von diesem zurücktrete. Sie möchte diesen Schluss aus der Forderungseingabe, mithin aus ihrem Verhalten ableiten. Eine konkludente oder stillschweigende Willenserklärung liegt vor, wenn der Geschäftswille (bzw. der Erklärungswille) objektiv allein aus dem Verhalten einer Person abgeleitet wird, dies im Gegensatz zu einer ausdrücklichen Erklärung (SCHWENZER, Ingeborg, a.a.O., N 27.10). Die Beklagte nimmt somit zu Recht an, dass ausschliesslich eine *konkludente* Gestaltungserklärung in Frage kommt. Um aus einem Verhalten einen bestimmten Erklärungsinhalt zu schliessen, müssen hinreichend schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sein, die nach Treu und Glauben keinen anderen Schluss zulassen (BGE 52 II 284, S. 292 E. 4). Es genügt, wenn aus dem Verhalten des Anfechtenden unmissverständlich hervorgeht, dass er den Vertrag, so wie er geschlossen wurde, nicht geltend lassen will (SCHMIDLIN, Bruno, in: Berner Kommentar zum OR, Bern 2013, Art. 31 N 71; GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, a.a.O., N 905).

Welche Bedeutung einem konkludenten Verhalten zukommt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

3.4. Massgebend für die Frage, welche Bedeutung einer Erklärung zukommt, ist in erster Linie das übereinstimmende Verständnis der Parteien. Da betreffend die Bedeutung der Forderungseingabe im Hinblick auf das Schicksal des TU-Werkvertrages kein natürlicher Konsens vorliegt (und ein solcher auch nicht behauptet wird), hat sich die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu richten (zur Anwendung des Vertrauensprinzips auf einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen: KRAMER, Ernst A., in: Berner Kommentar zum OR, Bern 1986, Art. 1 N 120; SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter, in: Zürcher Kommentar zum OR, Aufl. 3, Zürich 1973, Art. 1 N 191).

3.5. Zunächst ist festzuhalten, dass es der Beklagten nicht schadet, wenn sie bei der Forderungseingabe keinen spezifischen Anfechtungsgrund nannte. Ein konkludentes Verhalten kann zum vornherein keinen Anfechtungsgrund spezifizieren, taugt indes unter Umständen gleichwohl als ausreichende Vertragsanfechtung (BGE 106 II 346, S. 349 E. 3a; SCHMIDLIN, Bruno, in: Berner Kommentar zum OR, Bern 2013, Art. 31 N 71; SCHALLER, Jean-Marc, Einwendungen und Einreden, a.a.O., N 782).

3.6. Nach dem Vertrauensprinzip ist der objektive Erklärungssinn der Willenserklärung zu ermitteln. Die Willenserklärung gilt so, wie sie eine vernünftige Person nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (SCHWENZER, Ingeborg, a.a.O., N 27.41). Es wird nicht auf das von der erklärenden Person innerlich Gewollte, sondern auf den Verständnishorizont des Empfängers ("Empfängerhorizont") abgestellt (KRAMER, Ernst A., in: Berner Kommentar zum OR, Bern 1986, Art. 1 N 37 und N 102; HUGUENIN, Claire, Das Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 193). Bei der Auslegung sind auch die jeweiligen Umstände zu berücksichtigen (BGE 131 III 606, S. 611 ff.; SCHWENZER, Ingeborg, a.a.O., N 27.35; KRAMER, Ernst A., in: Berner Kommentar zum OR, Bern 1986, Art. 1 N 37).

3.7. Mit der Forderungsanmeldung machte die Beklagte eine Forderung gegen die Konkursmasse geltend. Organ der Konkursmasse ist die Konkursverwaltung (Urteil 5P.376/2002 vom 21. November 2002, E. 2.2). Damit ist die Konkursverwaltung als massgebende Adressatin einer (konkludenten) Erklärung der Beklagten anzusehen.

3.8. Bei der Forderungseingabe durch die Beklagte handelt es sich um ein an das Grundbuch- und Konkursamt F._____ gerichtetes Schreiben. Im Schreiben sind folgende Angaben enthalten: die A._____ AG als Schuldnerin, die Beklagte als Gläubigerin, eine Forderung von CHF 700'000.00, als Forderungsgrund das Neubauprojekt D._____ in E._____, 1. Werkpreis-Teilzahlung gemäss Werkvertrag vom 3. Mai 2007, mit dem Hinweis, dass hiermit die Forderung für das laufende Verfahren angemeldet werde. Beigelegt sind namentlich ein Auszug aus dem TU-Werkvertrag (Ziffer 9) sowie die Belastungsanzeige betreffend die Zahlung an die Gemeinschuldnerin vom 15. Mai 2007 über CHF 700'000.00 (act. 2/6). Meldet eine Vertragspartei eine von ihr geleistete Teilleistung im Konkurs der Gegenpartei an, können diesem Verhalten zahlreiche Bedeutungen zukommen. Nur eine Variante kann aber jeweils zutreffend sein. So kann ein Vertrag nicht wegen Grundlagenirrtums unverbindlich sein, und gleichzeitig ein Rücktritt im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR vorliegen. Die Beklagte liefert selbst verschiedene Interpretationsvarianten, wie ihre Forderungseingabe zu verstehen sei. Wenn aber schon die Beklagte Mühe bekundet, die Bedeutung ihres eigenen Verhaltens zu bestimmen, muss dies umso mehr für die Adressatin des konkludenten Verhaltens gelten. Diese Unschärfe, was das Verhalten der Beklagten anbelangt, verunmöglicht eine rechtliche Einordnung des Verhaltens, wie sie die Beklagte anstrebt. Der Beklagten gelingt es nicht, aufzuzeigen, wie dieser Unklarheit in der Kommunikation begegnet werden soll. Zu berücksichtigen ist auch, dass kurz nach der Konkursöffnung über die Gemeinschuldnerin zwei Schreiben der Konkursverwaltung an die Beklagte zugestellt wurden: Im Schreiben vom 15. Juni 2007 ging es hauptsächlich um die Verabredung einer Baustellenabrechnung vor Ort (act. 57/24). Mit Schreiben vom 21. Juni 2016 teilte die Konkursverwaltung mit, dass der Betrieb der Gemeinschuldnerin nicht weitergeführt werde und auch nicht in den TU-Werkvertrag eingetreten werde (act. 57/25). Gestützt auf die Schreiben vom

15. Juni 2007 und vom 21. Juni 2007 durfte die Konkursverwaltung erwarten, dass eine allfällige Anfechtung des Vertrages oder ein Rücktritt von diesem nicht nur durch eine blosser Forderungseingabe in den Konkurs erklärt würde. Aus der Forderungseingabe allein musste sie jedenfalls nicht schliessen, dass die Beklagte damit eine Gestaltungserklärung ausüben wollte. Bei bereits erfolgter Kontaktaufnahme durch die Konkursverwaltung, die zudem im Hinblick auf das weitere Vorgehen betreffend das Vertragsverhältnis geschah, hätte die Beklagte ihr Verhalten entsprechend darauf ausrichten und deutlicher ausdrücken müssen, wie sie auf die Erklärung der Konkursverwaltung zu reagieren beabsichtigte. Gerade die Tatsache, dass die Forderungseingabe im Rahmen eines Konkursverfahrens erfolgte, würdigt die Beklagte nur unzureichend. Es mag zutreffen, dass in einem Zwei-Parteien-Vertragsverhältnis die Rückforderung des bereits Geleisteten genügt, um eine konkludente Gestaltungserklärung anzunehmen, wenn dies ausserhalb eines Konkursverfahrens geschieht. In einem umfangreichen Konkursverfahren, in welchem sich die Konkursverwaltung auf der Aktiv- und der Passivseite mit zahlreichen Forderungen konfrontiert sieht, muss hingegen der Wissensstand der Konkursverwaltung berücksichtigt werden. Die Konkursverwaltung verfügt, was die Vertragsbeziehungen des Konkursiten anbelangt, nicht über das gleiche Wissen wie die Gemeinschuldnerin. Es ist ihr kaum möglich, hinsichtlich jeder Forderungseingabe zu erkennen, ob damit nur ein Teil oder die gesamte Leistung zurückgefordert wird. Die Erklärende muss gewärtigen, dass sie letztlich zwei Subjekten gegenübersteht: der Gemeinschuldnerin und der Konkursverwaltung. Aus diesem Grund trifft sie in Bezug auf allfällige Gestaltungserklärungen eine erhöhte Pflicht zur Klarheit. Sie darf sich nicht damit begnügen, lediglich ihre Forderung anzumelden – eine Handlung, die in einem Konkursverfahren ohnehin nur ausnahmsweise zur Individualisierung einer Gestaltungserklärung taugen dürfte. Daran ändert auch die Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 244 SchKG des Konkursiten im Hinblick auf die Erhaltung der angemeldeten Forderungen nichts.

3.9. Ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung objektiv missverständlich, mehrdeutig und wird sie vom Empfänger in einem anderen Sinn verstanden als in dem vom Erklärenden gemeinten, so ist die Erklärung unwirksam (KRAMER, Ernst A., in: Berner Kommentar zum OR, Bern 1986, Art. 1 N 120). Vor-

liegend wirkt sich die Mehrdeutigkeit des beklagischen Verhaltens zu Ungunsten der Beklagten aus. Die Forderungseingabe hat somit nicht die von der Beklagten behauptete Bedeutung. Aus der Forderungseingabe folgt letztlich einzig, dass die Beklagte ihre erste Teilzahlung zurückforderte. Mehr musste die Konkursverwaltung nach Treu und Glauben darin nicht lesen. In welchem rechtlichen Rahmen (Anfechtung, Rücktritt, Baustellenabrechnung etc.) die Anmeldung eingebettet war, geht aus ihr nicht hervor. Demnach entfällt auch eine materielle Prüfung der behaupteten Gestaltungserklärungen.

3.10. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Beklagte ausführt, sie sei im Zeitpunkt der Forderungseingabe davon ausgegangen, der TU-Werkvertrag sei hinfällig, weil die Klägerin ihrer Ansicht nach seit der Vertragsunterzeichnung keinerlei Leistungen erbracht habe. Die Frage einer Rückabwicklung im Sinne einer beiderseitigen Rückgabe von Leistungen oder von einem wertmässigen Ersatz bzw. der Bezahlung des bereits Geleisteten habe sich aus der damaligen Sicht der Beklagten gar nicht gestellt (act. 62 Rz. 102 und Rz. 105). Dass sich die Beklagte damals absichtlich getäuscht gefühlt oder in einem Irrtum über die Zahlungsfähigkeit der Gemeinschuldnerin befunden habe, widerlegt sie damit selbst.

3.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Forderungseingabe am 11. Juli 2007 keine konkludente (Gestaltungs-)Erklärung der Beklagten darstellte.

4. Rücktritt vom TU-Werkvertrag durch die Beklagte

4.1. Unbestrittenermassen hat die Beklagte mit Schreiben vom 27. Juni 2013 gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR den Rücktritt vom TU-Werkvertrag erklärt (act. 2/15). Die Klägerin macht geltend, es liege kein wirksamer Rücktritt der Beklagten gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR vor (act. 56 Rz. 112, Rz. 114, Rz. 119, Rz. 150, Rz. 204, Rz. 239, Rz. 248). Strittig ist somit die Wirksamkeit des von der Beklagten erklärten Rücktritts.

4.2. Gemäss Art. 83 OR kann diejenige Vertragspartei, deren Anspruch durch die Verschlechterung der Vermögenslage des andern gefährdet wird, Sicherstellung verlangen und – wenn diese nicht binnen angemessener Frist geleistet wird

– vom Verträge zurücktreten. Art. 83 OR bleibt auch nach der Konkureröffnung anwendbar (SOGO, Miguel, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Habil. Zürich 2015, S. 217).

4.3. Voraussetzung von Art. 83 OR ist die Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei. Eine solche ist mit der Konkureröffnung nachgewiesen (LEU, Urs, in: Basler Kommentar zum OR, Aufl. 6, Basel 2015, Art. 83 N 2; WULLSCHLEGER, Paola, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Aufl. 3, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 83 N 2). Die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin bestand auch noch am 27. Juni 2013 und sie trat nach Vertragsschluss ein (siehe zur Voraussetzung der nach Vertragsschluss eintretenden Zahlungsunfähigkeit auch BGE 105 II 28, S. 31 f. E. 2b; WEBER, Rolf H., in: Berner Kommentar zum OR, Aufl. 2, Bern 2005, Art. 83 N 41; WULLSCHLEGER, Paola, Handkommentar, a.a.O., Art. 83 N 3). Sodann hat die Konkursverwaltung auf einen Vertragseintritt verzichtet.

4.4. Die Klägerin moniert, dass die Beklagte weder Sicherstellung verlangt noch eine angemessene Frist hierfür angesetzt habe (act. 56 Rz. 114, Rz. 118, Rz. 240, Rz. 255 ff.). Auch die Gefährdungslage gemäss Art. 83 Abs. 1 OR habe seit Jahren nicht mehr bestanden (act. 56 Rz. 118, Rz. 120, Rz. 248, Rz. 256).

4.4.1. Es ist unbestritten, dass die Beklagte weder Sicherheit verlangte noch hierfür eine Frist ansetzte, als sie mit Schreiben vom 27. Juni 2013 ihren Rücktritt gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR erklärte. Dies schadet der Beklagten jedoch nicht. Gemäss Bundesgericht beurteilt sich die Angemessenheit der vom Gläubiger zur Leistung einer Sicherstellung anzusetzenden Frist nach denselben Grundsätzen wie die Frage, ob eine Frist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angemessen ist (BGE 105 II 28, S. 33 E. 3a). Die Ansetzung einer Frist nach Art. 107 Abs. 1 OR kann gestützt auf Art. 108 OR indes unter gewissen Umständen unterbleiben. Art. 108 OR erfasst Fälle, bei denen es sinnlos erscheint, eine Frist zur Erfüllung anzusetzen. Diese in Art. 108 OR enthaltene Wertung des Gesetzgebers ist auf die Frist von Art. 83 OR zu übertragen. Mit der Konkureröffnung verliert der Gemeinschuldner das Recht, über sein Vermögen zu verfügen (Art. 204 Abs. 1 SchKG; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2.

Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1186 und N 1204). Das Dispositionsverbot bewirkt, dass der Gemeinschuldner den Vertrag nicht mehr mit einem zur Masse gehörenden Vermögenswert erfüllen kann (WEYDMANN, Philipp, a.a.O., S. 14). Vorliegend hat die Konkursverwaltung bereits am 21. Juni 2007 erklärt, dass sie in den TU-Werkvertrag nicht eintreten und die Gemeinschuldnerin ihre Geschäftstätigkeit nicht weiterführen werde (act. 57/25; vgl. auch act. 56 Rz. 63). In den rund sechs Jahren bis zur Erklärung des Rücktritts durch die Beklagte erfolgten in Bezug auf das Bauprojekt keinerlei Angebote, die geschuldete Leistung zu erbringen. Die Beklagte konnte somit zu Recht annehmen, dass keine Sicherstellung geleistet würde, als sie den Rücktritt erklärte. Und zwar unabhängig davon, wie lange sie die Frist zur Sicherstellung bemessen hätte. Demnach konnte auch eine Fristansetzung – analog Art. 108 OR – unterbleiben, da sie sich als völlig sinnlos erwiesen hätte. Wichtig ist dabei, dass auf die Voraussetzung der Fristansetzung zur Sicherstellung nicht etwa deswegen verzichtet werden kann, weil die Gemeinschuldnerin als Konkursitin finanziell nicht leistungsfähig erscheint. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass ein Rücktritt nach Art. 83 OR selbst bei völliger Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei nur nach erfolglosem Sicherstellungsbegehren möglich ist (BGE 111 II 156, S. 160 E. 3a). Vielmehr ist vorliegend der lange Zeitraum zwischen der Einstellung jeglicher Leistungserbringung durch die Gemeinschuldnerin und der Rücktrittserklärung der Beklagten massgebend. Diese Zeitspanne von mehreren Jahren lässt eine Fristansetzung obsolet erscheinen. Die Klägerin ist zudem noch vor der Rücktrittserklärung auf die Beklagte zugegangen und hat die zweite Teilzahlung eingefordert, ohne die Sicherstellung der immer noch bestehenden Gegenforderung der Beklagten zu thematisieren. Es wäre verfehlt, in einer derartigen Konstellation eine Fristansetzung gleichwohl vorauszusetzen, um einen wirksamen Rücktritt anzunehmen.

4.4.2. Was die fehlende Gefährdungslage betreffend den Anspruch der Beklagten anbelangt, überzeugt die Argumentation der Klägerin nicht. Die Gefährdungslage gemäss Art. 83 Abs. 2 OR muss hinsichtlich der Forderung des Gläubigers bestehen und ihren Grund in der finanziellen Situation des Schuldners haben. Gefährdet ist der Anspruch, wenn es wegen der erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Schuldnerin unwahrscheinlich ist, dass diese

die Leistung erbringen wird (WEBER, Rolf H., in: Berner Kommentar zum OR, Bern 2005, Art. 83 N 44). Vorliegend ist unbestritten, dass die Gemeinschuldnerin auch im Juni 2013 zu keinerlei Leistungen in der Lage war (unabhängig davon, ob eine solche überhaupt noch möglich gewesen wäre). Die Gefährdungslage entfällt nur dann, wenn Sicherheit geleistet wird oder sich die finanzielle Situation des Schuldners verbessert hat (WULLSCHLEGER, Paola, Handkommentar, a.a.O., Art. 83 N 9). Findet keine Veränderung der Sachlage statt, so bleibt die Gefährdungslage bestehen. Sie kann sich auch über einen längeren Zeitraum erstrecken. Die Gefährdungslage im Sinne von Art. 83 OR ist, was ihre mögliche zeitliche Ausdehnung anbelangt, nicht derart einschränkend zu verstehen, dass sie nur für einen kurzen Zeitraum besteht, um hernach – quasi *ipso iure* – wieder zu enden. Die Klägerin stellt jedenfalls keine Tatsachenbehauptungen auf, die eine Änderung der finanziellen Situation der Gemeinschuldnerin untermauern würden. Ein Wegfall der Gefährdungslage ist darum zu verneinen.

4.5. Die Klägerin wendet weiter ein, ein Rücktritt nach Art. 83 Abs. 2 OR sei am 27. Juni 2013 nicht mehr möglich gewesen, weil das streitgegenständliche Bauprojekt in jenem Zeitpunkt bereits vollendet gewesen sei (act. 56 Rz. 112 f., Rz. 155, Rz. 249). Die Beklagte bestreitet die vor der Rücktrittserklärung eingetretene Vollendung der Bauwerke nicht (act. 62 Rz. 201, in Rz. 228 nicht substantiiert bestritten). Beide Parteien bringen übereinstimmend vor, dass die Gemeinschuldnerin nach der Konkurseröffnung das Bauprojekt nicht fertigstellte. Dieses wurde somit durch Dritte fertiggestellt, die nicht Vertragsparteien des TU-Werkvertrages waren.

4.5.1. Die Klägerin begründet ihren Einwand nicht. Es ist anzunehmen, dass sie sich gedanklich an Art. 377 OR anlehnen möchte. Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller, *solange das Werk unvollendet ist*, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. *E contrario* ist ein Rücktritt des Bestellers nach Vollendung des Werks gestützt auf Art. 377 OR nicht mehr möglich. Letzteres gilt auch, wenn die Vollendung der Werke unmöglich geworden ist (GAUCH, Peter, a.a.O., N 524; siehe zur Frage der Unmöglichkeit nachfolgende Erw. 4.5.2 f.). Eine Anlehnung

an Art. 377 OR geht fehl. Mit dem Wegfall eines Rücktrittsrechts bei Vollendung des Werkes wollte der Gesetzgeber den Fall des Unternehmers regeln, der seine werkvertraglichen Pflichten erfüllt und das Werk vollendet hat. Vorliegend hat die Gemeinschuldnerin den TU-Werkvertrag nur teilweise erfüllt. Die zeitliche Schranke von Art. 377 OR gilt nur zugunsten des Unternehmers, der alle geschuldeten Arbeiten ausgeführt hat (vgl. auch GAUCH, Peter, a.a.O., N 524). Ein Unternehmer darf sich aber nicht die Leistungen eines Drittunternehmers anrechnen lassen, der – vertraglich unabhängig von ihm – an seiner Stelle das geschuldete Werk vollendet. Es ist nicht ersichtlich, warum betreffend die geschilderte zeitliche Schranke des Rücktritts im Sinne von Art. 377 OR im Hinblick auf den Rücktritt nach Art. 83 Abs. 2 OR etwas anderes gelten soll. Auch die Klägerin führt hierzu nichts weiterführendes aus.

4.5.2. Weiter stellt sich die Frage, ob die Fertigstellung der Bauwerke durch Dritte – da der TU-Werkvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten in jenem Zeitpunkt noch bestand – eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit im TU-Werkvertragsverhältnis zur Folge hatte. Die objektive Unmöglichkeit tritt grundsätzlich *ipso iure* ein, also ohne ausdrückliche Erklärung durch die Vertragsparteien (AEPLI, Viktor, in: Zürcher Kommentar zum OR, Aufl. 3, Zürich 1991, Art. 119 N 62) und ist vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen.

4.5.3. Eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit liegt nicht vor: Gestützt auf Art. 211 Abs. 1 SchKG wandelt sich der Anspruch des Bestellers auf Vollendung des bestellten Werks – unter Vorbehalt von Art. 211 Abs. 2 SchKG – in eine Geldforderung gegenüber der Konkursmasse um. Die umgewandelte Forderung stellt einen vertraglichen, zum Zweck der Konkursabwicklung modifizierten Erfüllungsanspruch dar (SOGO, Miguel, a.a.O., S. 78 f.; JEANDIN, Nicolas, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, in: Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Genf/Bern 2004, S. 71-99, S. 73 Fn. 11; KREN, JOLANTA, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, a.a.O., S. 104 ff.; PLENIO, Martin, a.a.O., S. 62 ff.). Diese Umwandlung schliesst vorliegend die Unmöglichkeit aus. Es ist zudem widersprüchlich, wenn die Klägerin ihren Anspruch einerseits

auf einen noch bestehenden, teilweise erfüllten Vertrag stützt, und andererseits kategorisch jede Rücktrittsmöglichkeit verneint. Solange ein Vertrag Bestand hat und aus diesem Verpflichtungen erwachsen, besteht ein Rücktrittsrecht, sofern vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen und die übrigen Voraussetzungen für einen Rücktritt (neben derjenigen eines bestehenden Vertrages) erfüllt sind. Nebenbei sei bemerkt, dass es kaum überzeugt, wenn die Klägerin erklärt, der Weiter- resp. Fertigbau ab der dritten TU-Teilzahlung habe der Beklagten sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich obliegen (act. 56 Rz. 591), um der Beklagten im Gegenzug genau diesen Weiterbau im Zusammenhang mit dem behaupteten Vertragsrücktritt vorzuwerfen.

4.5.4. Die Vollendung der geschuldeten Werke war letztlich auf eine Ersatzmassnahme seitens der Beklagten zurückzuführen. Zwar erscheint es vorliegend fraglich, ob die Beklagte die rechtlichen Voraussetzungen für die Ersatzmassnahme erfüllt hat. Falls nicht, könnte die Beklagte aufgrund einer allenfalls unerlaubten Ersatzvornahme Forderungen verlieren oder könnten Forderungen gegen sie entstehen. Dies kann jedoch vorliegend offengelassen werden, da, selbst wenn die Ersatzmassnahme unzulässig gewesen wäre, ein Rücktritt gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR möglich bliebe.

4.6. Weiter bringt die Klägerin vor, die Beklagte bezwecke mit dem Rücktritt einzig die Vereitelung des Aktivanspruches der Konkursmasse, weshalb der Rücktritt nicht rechtswirksam sei (act. 56 Rz. 112, Rz. 123, Rz. 173, Rz. 249). Es ist vorliegend nicht ersichtlich, warum sich die Beklagte nicht auf Art. 83 OR berufen darf, um einen gegen sie gerichteten Anspruch abzuwehren. Art. 83 OR ist vielmehr als Abwehrrecht gedacht (SOGO, Miguel, a.a.O., S. 147). Es liegt in der Natur von Abwehrrechten, dass sie Gegenansprüche vereiteln sollen. Daran ist nichts Verwerfliches auszumachen. Sollte die Klägerin meinen, die Beklagte berufe sich rechtsmissbräuchlich auf Art. 83 OR, wenn sie dies als Antwort auf eine klägerseits als zulässig angesehene Rechtsausübung resp. Anspruchsdurchsetzung tue (act. 56 Rz. 251), ist dem nicht zu folgen. Wer sich zur Abwehr eines Anspruchs auf Art. 83 Abs. 2 OR berufen möchte, ist nicht verpflichtet, diesen geltend zu machen, bevor er mit dem abzuwehrenden Anspruch konfrontiert wird.

Rechtsmissbrauch liegt erst vor, wenn der Rückgriff auf ein Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen gar *ad absurdum* führt (HONSELL, Heinrich, in: Basler Kommentar zum ZGB, Aufl. 5, Basel 2014, Art. 2 N 51). Vorliegend beruft sich die Beklagte auf ein Abwehrrecht – und setzt dieses zur Abwehr eines Anspruchs ein, also dem gesetzgeberischen Zweck entsprechend. Die Klägerin hat jedenfalls nicht substantiiert dargelegt, aufgrund welcher Tatsachen das Verhalten der Beklagten rechtsmissbräuchlich sein soll.

4.7. Schliesslich bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe übersehen, dass sich Art. 83 OR auf die noch nicht erfolgten, zukünftigen Leistungen beziehe, nicht jedoch auf die bereits erfolgten Leistungen – und gerade nicht auf den TU-werkvertraglichen Leistungsstand per Konkurseröffnung (act. 56 Rz. 115, Rz. 241). Art. 83 Abs. 2 OR räumt ein Rücktrittsrecht ein, welches grundsätzlich zu einer Rückabwicklung des Vertrages führt (siehe auch Erw. 4.8). Von der Rückabwicklung sind – was allein schon aus dem Wortsinn folgt – auch bereits erfolgte Leistungen erfasst (vgl. SCHWENZER, Ingeborg, a.a.O., N 66.32 f.).

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte wirksam im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR vom TU-Werkvertrag mit der Gemeinschuldnerin zurückgetreten ist. Ein Vertragsrücktritt gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR führt zu einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis (PLENIO, Martin, a.a.O., S. 61; WULLSCHLEGER, Paola, Handkommentar, a.a.O., Art. 83 N 6; SCHALLER, Jean-Marc, Einwendungen und Einreden, a.a.O., N 501; SOGO, Miguel, a.a.O., S. 276; HUNKELER, Daniel, Wirkungen der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), in: BR 2002, S. 55 ff., S. 57). Keine Rolle spielt es hierbei, ob es sich beim eventualiter erklärten Rücktritt der Beklagten um den ursprünglichen Rücktritt im Jahr 2013 oder um einen mit der Duplik erstmalig erklärten Rücktritt handelt (siehe auch Erw. 1.6).

5. Rückabwicklung des TU-Werkvertrages: Grundsätze

Die unter Ziffer 5 und 6 erfolgenden Erwägungen zur Rückabwicklung stützen sich auf die Klageschrift, die Klageantwort, die Replik, die Stellungnahme der Ne-

benintervenientin zur Replik sowie der Duplik. Die nach der Duplik eingegangenen schriftlichen Eingaben der Parteien erweisen sich, soweit zulässig, als nicht entscheidrelevant.

5.1. Modus der Rückabwicklung

5.1.1. Die Klägerin bringt vor, die Liquidation des TU-Werkvertrages sei "TU-vertragsgemäss" vorzunehmen (act. 56 Rz. 115, Rz. 119, Rz. 121 f.). Sie versteht darunter, dass nicht die einzelnen, individualisierten und im Rahmen des Vertragsverhältnisses tatsächlich erbrachten Leistungen abzurechnen seien, sondern, dass einzig die in Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages festgehaltenen Teilzahlungen massgebend sind. Die Teilzahlungen seien vereinbarungsgemäss geschuldet und würden sich unter anderem nicht nach dem Leistungsstand richten. Wenn eine Teilzahlung fällig sei, so sei diese geschuldet (act. 56 Rz. 148). Die Beklagte bestreitet, dass die Rückabwicklung abstrakt zu erfolgen und sich am Teilzahlungsplan zu richten habe. Sie hält dafür, dass die erbrachten Leistungen einzeln abzurechnen sind (act. 62 Rz. 60 ff.).

5.1.2. Die Klägerin verweist jeweils auf den TU-Werkvertrag, um eine TU-vertragsgemässe Rückabwicklung nachzuweisen. Der TU-Werkvertrag hält zur Rückabwicklung und der damit einhergehenden Berechnung des Liquidationsergebnisses nichts fest. Es ist unklar, ob die Klägerin eine TU-vertragsgemässe Rückabwicklung annimmt, weil sie von einem entsprechenden gemeinsamen Willen der damaligen Vertragsparteien ausgeht (vgl. act. 56 Rz. 442 f.) oder, weil sie davon ausgeht, fixe Teilzahlungspläne seien – mangels abweichender Vereinbarung – stets abstrakt abzurechnen (vgl. act. 56 Rz. 12, Rz. 82). Ein natürlicher Konsens der Parteien, wie der Vertrag abzuwickeln ist, wurde nicht behauptet und ist nicht ersichtlich. Die Frage, ob zwischen den Parteien ein normativer Konsens betreffend die Liquidation des Vertragsverhältnisses besteht, hängt eng mit der Frage zusammen, wie Werkverträge mit fixen Teilzahlungsplänen grundsätzlich rückabzuwickeln sind. Wenn Werkverträge mit fixen Teilzahlungsplänen aufgrund ihrer Wesensart stets so abzurechnen sind, wie das die Klägerin behauptet, wiese dies stark auf einen entsprechenden normativen Konsens hin – denn dann hätte die Beklagte den Teilzahlungsplan entsprechend verstehen müssen. Zu fragen ist

demnach, ob die Abstraktheit als Wesensmerkmal von fixen Teilzahlungsplänen (in Bezug auf individualisierte Einzelleistungen) sich auch auf die Rückabwicklung des Vertrages auswirkt.

5.1.3. Die Klägerin verweist für ihre Rechtsansicht, fixe Teilzahlungspläne seien abstrakt abzurechnen, auf Art. 147 SIA-Norm 118 und auf eine Lehrmeinung zu diesem Gesetzesartikel (act. 56 Rz. 148, Rz. 370). Art. 147 SIA-Norm 118 hält fest, dass in Gesamtpreisverträgen die Abschlagszahlungen durch einen Teilzahlungsplan im Werkvertrag besonders zu regeln sind. Die von der Klägerin angegebene Lehrmeinung hält fest, dass ein Teilzahlungsplan eine zeitliche Abfolge von Teilzahlungen sei. Bei Teilzahlungen handle es sich um endgültige Zahlungen und diese würden grundsätzlich nicht auf Anrechnung an den umfangmässig erst später zu ermittelnden, gesamten Vergütungsanspruch des Unternehmers angerechnet. Grundsätzlich seien Teilzahlungen nur zeitabhängig, nicht leistungsabhängig (SPIESS, Hans Rudolf/HUSER, Marie-Theres, Stämpflis Handkommentar, a.a.O., Art. 147 N 6 f.). Der angerufene Art. 147 SIA-Norm 118 sowie die Lehrmeinung zu diesem helfen der Klägerin vorliegend nicht weiter. Dort wird nichts dazu gesagt, wie ein Werkvertrag, der fixe Teilzahlungen enthält, *rückabzuwickeln* ist: Auch wenn es sich bei Teilzahlungen um endgültige Zahlungen handelt, ist damit noch nicht entschieden, welche rechtliche Folgen die Vereinbarung fixer Teilzahlungen hat, wenn es zu einer Störung im Vertragsverhältnis kommt und der Vertrag rückabzuwickeln ist. Der klägerische Vortrag erweist sich zudem als nicht schlüssig: Die Klägerin argumentiert zum einen mit der Abstraktheit von Teilzahlungsplänen, und zum anderen bringt sie vor, eine Leistungsstandabrechnung habe für Teilzahlungen zu erfolgen, die nur "angeschnitten" seien. Gemeint sei gemäss Klägerin der Fall, dass gewisse in einer noch nicht fälligen Teilzahlung enthaltene Leistungen erbracht worden seien. Im vorliegenden Fall erübrige sich hingegen eine "komplexe Detailabrechnung" (act. 56 Rz. 229). Damit setzt sich die Klägerin zu ihrer eigenen Argumentation in Widerspruch. Ein Werkvertrag mit fixen Teilzahlungen ist entweder abstrakt oder konkret abzurechnen. Eine Mischform der Abrechnungsarten scheidet bereits daran, dass unbekannt ist, welche konkreten Leistungen hinter einer Teilzahlung stehen.

5.1.4. Teilzahlungen, wie sie die Parteien im TU-Werkvertrag vereinbart haben, sind zwar grundsätzlich endgültig. Die Endgültigkeit wirkt und hat nur dann Bestand, wenn das Vertragsverhältnis, in welches die Teilzahlungen eingebettet sind, noch intakt und nicht in ein Liquidationsverhältnis übergegangen ist. Zusammenfassend kann dem Vorbringen der Klägerin nicht gefolgt werden, wonach die vertraglich festgesetzten Teilzahlungen auch bei einer Rückabwicklung des TU-Werkvertrages *in toto* geschuldet seien, sofern gemäss Teilzahlungsplan fällig.

5.1.5. Haben die Parteien keinen spezifischen Prozess vereinbart, wie das Vertragsverhältnis im Falle einer Leistungsstörung rückabzuwickeln ist, gelten die allgemeinen Grundsätze der vertraglichen Liquidation. Jede Partei hat aufgrund einer obligatorischen Rückleistungspflicht eine bereits erhaltene Leistung entweder *in natura* oder, falls die Restitution *in natura* nicht mehr möglich ist, wertmässig zurückzuerstatten (SCHRANER, Marius, in: Zürcher Kommentar zum OR, Aufl. 3, Zürich 2000, Art. 83 N 51). Vorliegend ist eine wertmässige Rückerstattung vorzunehmen, wobei die Rückabwicklung letztlich eine Entschädigung für den beanspruchten Werkteil darstellt.

5.1.6. Unbestrittenermassen hat die Beklagte bereits vor Konkureröffnung eine Zahlung in Höhe von CHF 700'000.00 an die Gemeinschuldnerin geleistet. Der Beklagten steht angesichts dieser geleisteten Teilzahlung ein Anrechnungsrecht bezüglich allfälliger Rückabwicklungsansprüche der Klägerin zu, was auch die Klägerin anerkennt (vgl. act. 56 Rz. 485). Weil eine wertmässige Rückerstattung erfolgt, kann sie ihren Rückabwicklungsanspruch (sc. die geleistete Teilzahlung) dabei voll anrechnen und muss diese nicht als Konkursforderung eingeben (vgl. HUNKELER, Daniel, a.a.O., S. 60). Erst wenn die nachgewiesenen klägerischen Ansprüche den Betrag von CHF 700'000.00 übersteigen, kann der Klägerin vorliegend etwas zugesprochen werden.

5.2. Beweislast, Beweismass sowie Substanziierungslast

5.2.1. Der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB folgend trägt der Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast für die von ihm erbrachten Aufwendungen sowie

deren Erforderlichkeit. Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche aus dem TU-Werkvertrag geltend. Entsprechend muss sie die einzelnen Leistungen nachweisen und sie trägt die Beweislast hierfür (Art. 8 ZGB).

5.2.2. Das Beweismass regelt den Grad der Sicherheit, mit welchem die tatbestandsmässigen Tatsachen nachgewiesen werden müssen, um die Rechtsfolge auszulösen (WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 126). Nach dem grundsätzlich im Bundesprivatrecht geltenden Regelbeweismass gilt der Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Eine solche Beweiserleichterung setzt eine sogenannte "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne Weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können daher nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 130 III 321, S. 324 E. 3.2). Das erforderliche Beweismass ist vielmehr generell-abstrakt zu bestimmen. Es steht mithin nicht im billigen Ermessen des Gerichts, einer singulären Sach- und Verfahrenslage durch Herabsetzung des Beweismasses Rechnung zu tragen. Ein in diesem Sinne variables Beweismass genüge den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht (WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 129, N 143).

5.2.3. In Bezug auf die Substanziierungslast ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Bundesgericht tragen die Parteien in Verfahren, die wie hier vom Verhandlungs-

grundsatz beherrscht sind, die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angebehrten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast (Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.6). 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 127 III 365, S. 368 E. 2b). Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesrechtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind (Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2) und genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substanziierung nicht (Urteil 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3 mit Hinweisen). Hinsichtlich der Tatsachen, die sich aus Beilagen zu den Rechtsschriften ergeben, genügt ein Hinweis auf die Beilagen allein nicht. Durch Hinweis auf die eingelegten Akten können Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Hinweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Hinweis in der Rechtsschrift klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten soll (ZR 95 Nr. 12; ZR 97 Nr. 87; ZR 102 Nr. 15).

5.3. Bemessung des Werts der rückabzuwickelnden Vertragsleistungen

5.3.1. Der Rückerstattungsanspruch wird in seiner Höhe durch den Vertragspreis bestimmt und begrenzt (HARTMANN, Stephan, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern (=LBR 9), Luzern 2005, N 327; GAUCH, Peter, a.a.O.,

N 537). Zu berücksichtigen ist vorliegend, dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbarten (act. 2/4, Ziffer 4). Demnach muss der jeweilige Wert der geltend gemachten Leistungen im Verhältnis zum Pauschalpreis stehen respektive ist aufzuzeigen, weshalb eine bestimmte Leistung nicht von der Pauschalpreisabrede erfasst ist. Hat der Unternehmer bei der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, nur zum Teil erbracht, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung (Urteil 4C.259/2006 vom 23. Oktober 2006, E. 2; Urteil 4A_152/2009 vom 29. Juni 2009, E. 2.5; GAUCH, Peter, a.a.O., N 538). Vereinfacht gesagt, hat die Klägerin anhand der Pauschalberechnung (mit den einzelnen Leistungsposten, die zum Pauschalpreis addiert wurden) aufzuzeigen, welche einzelnen Leistungen erbracht wurden und den entsprechenden "Pauschalpreiswert" einzusetzen. Dies rechtfertigt sich auch darum, weil die Beklagte die entsprechenden Leistungen zu einem bestimmten Preis eingekauft hat und nur diesbezüglich ein Konsens zwischen den Vertragsparteien besteht (HARTMANN, Stephan, a.a.O., N 329; GAUCH, Peter, a.a.O., N 537). Unzulässig ist es hingegen, für die Berechnung des Teilbetrages, den der Besteller schuldet, nur auf den erreichten Leistungsstand abzustellen (z.B. 10 % Leistungsstand = 10 % Pauschalpreis; GAUCH, Peter, a.a.O., FN 299 zu N 538).

5.3.2. Die Klägerin setzt sich mit diesen rechtlichen Voraussetzungen der Berechnung nicht auseinander. Ungenügend ist es jedenfalls, wie die Klägerin eine vom Pauschalpreis losgelöste konkrete Berechnung vorzunehmen, um anschliessend bloss die vertraglich vereinbarte Teilzahlung einzufordern. Damit ist der Pauschalpreisabrede nicht Genüge getan, denn es bleibt gerade unbekannt, welche konkreten Einzelleistungen hinter den Teilzahlungen standen. Von den Teilzahlungen kann nicht auf die tatsächlich erbrachten Einzelleistungen geschlossen werden; nur um den (vertraglichen, pauschalisierten) Wert der erbrachten Einzelleistungen geht es bei der Rückabwicklung (mit Ausnahme der Leistungen, die nicht von der Pauschalpreisabrede erfasst sind, was die Klägerin jedoch substantiiert darzulegen hat). Die Klägerin stützt sich für ihre Berechnung vor allem auf die Leistungsermittlung des Fachexperten der Masse vom 18. Januar 2016

(act. 57/23). Sie legt dabei nicht dar, aufgrund welcher Tatsachen ihr Fachexperte die Leistungsermittlung erstellt. Sie bringt unter anderem vor, der Aufwand der Klägerin lasse sich fachgerecht schätzen (act. 56 Rz. 123, Rz. 446). Vorliegend geht es freilich nicht um eine Schätzung der erbrachten Leistungen. Vielmehr hat die Klägerin konkret aufzuzeigen, welche ihr zurechenbaren Leistungen in welchem Umfang erbracht wurden, allenfalls durch wen und wann diese erbracht wurden, sowie entsprechende Beweismittel zu offerieren. Sie hat mit anderen Worten die behaupteten Leistungen genügend zu substantizieren. Wenn die Klägerin ausführt, die Zeitaufwendungen der Gemeinschuldnerin bezüglich der Projektentwicklungsleistungen lägen nicht präzise erfasst vor (act. 56 Rz. 445), so ist nicht klar, was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Eine Reduktion der Anforderungen an das Beweismass kann ihr deswegen jedenfalls nicht gewährt werden. Eine Substanziierung nicht zu ersetzen vermag – was die Klägerin jedoch über weite Strecken tut (siehe beispielhaft act. 56, Rz. 436, Rz. 437, Rz. 438, Rz. 442, Rz. 491 f.) –, allgemeine Grundsätze und theoretische Abhandlungen zu TU-Werkverträgen darzulegen, ohne konkreten Bezug zum vorliegend zu beurteilenden Vertragsverhältnis. Es geht um *tatsächlich* erbrachte vertragliche Leistungen und nicht um *denkbare sowie möglicherweise* erbrachte Leistungen. Die Klägerin hatte betreffend die angefangenen Arbeiten im Übrigen selbst erkannt, dass grundsätzlich Bestandesaufnahmen wünschbar gewesen wären, indem sie eine solche auch der Beklagten anbot (act. 56 Rz. 62; act. 57/24). Ist eine Bestandesaufnahme in der Folge unterblieben, so kann die Klägerin daraus keinen prozessualen Vorteil für sich ziehen.

5.4. Die Parteien äussern sich auch dazu, bis zu welchem Stichtag allfällige Leistungen abzurechnen seien (act. 56 Rz. 14, Rz. 569; act. 62 Rz. 119, Rz. 298). Massgeblich sind grundsätzlich die tatsächlich erbrachten Leistungen, die der Klägerin unter dem TU-Werkvertragsdach zurechenbar sind.

5.5. Ebenso vernachlässigbar ist die Frage, welche Leistungen den ersten beiden TU-Teilzahlungen zuzuordnen waren. Die Klägerin scheint nämlich im Rahmen ihrer offenen Abrechnung anzunehmen (vgl. act. 56 Rz. 551 ff.; vgl. auch Rz. 14 und Rz. 441), sie sei verpflichtet aufzuzeigen, dass die ersten beiden Teil-

zahlungen durch wertmässig ausreichende Leistungen gedeckt waren, damit die Teilzahlungen geschuldet seien (sie spricht denn auch von einer "vertraglichen Pflicht zur offenen Abrechnung", die sie bestreitet, act. 56 Rz. 11; die Abrechnung der tatsächlichen Leistungen folgt hier freilich aus der Rückabwicklung, nicht aus einer vorgängigen Vereinbarung der Vertragsparteien). Vorliegend geht es aber um die Rückabwicklung von konkreten Leistungen, nicht von Teilzahlungen. Es ist irrelevant, in welcher Teilzahlung die Vertragsparteien eine konkrete Leistung einrechneten. Massgebend ist einzig, ob die individualisierte vertragliche Leistung tatsächlich erbracht wurde und der Klägerin zurechenbar ist. Auch Leistungen, die in späteren (als den ersten zwei) Teilzahlungen einkalkuliert waren, wären rückabzuwickeln, sofern nachweislich erbracht.

5.6. Zusammengefasst entspricht die klägerische Vorgehensweise betreffend die Berechnung ihres Anspruchs nicht den rechtlichen Anforderungen und ist unzulässig. Die Berechnungen der Klägerin erfolgen ohne jede Beziehung zum vertraglich vereinbarten Pauschalpreis. Daher scheitert die Klage bereits an der unzulässigen Berechnungsweise, mithin an der Substanziierung des Quantitativen, weshalb sie abzuweisen ist. Gleichwohl wird nachfolgend aufgezeigt, dass die Klage auch aus weiteren Gründen abzuweisen ist.

6. Rückabwicklung des TU-Werkvertrages

6.1. Die Klägerin unterscheidet folgende Leistungsgruppen, die sie erbracht habe und ihr zurechenbar seien (act. 56 Rz. 447): "Architekt" (siehe Erw. 6.5), "Bauingenieur" (siehe Erw. 6.4), "Fachingenieure" (siehe Erw. 6.5), "Spezialisten" (siehe Erw. 6.5), "Baunebenkosten" (siehe Erw. 6.6), "TU-Risiko" (siehe Erw. 6.7), "Abgeltungspauschale" (siehe Erw. 6.11), "Strategische Planung" (siehe Erw. 6.8), "Vorkosten: Vorstudie" (siehe Erw. 6.9 und Erw. 6.11) und "Zusätzliche Leistungen" (siehe Erw. 6.10). Sie bemisst die von ihr behaupteten Leistungen auf insgesamt CHF 1'983'160.01 (exkl. MWST) bzw. CHF 2'133'880.17 (inkl. MWST; act. 56 Rz. 482, Rz. 541). Abzüglich der ersten Teilzahlung von CHF 700'000.00 (inkl. MWST; act. 2/4, Ziffer 9.1 des TU-Werkvertrages) ist somit aus Sicht der Klägerin ein Betrag in Höhe von CHF 1'433'880.17 (inkl. MWST)

beziehungsweise von CHF 1'332'602.39 (exkl. MWST) offen. Sie verlangt gleichwohl ausschliesslich die zweite Teilzahlung in Höhe von CHF 900'000.00.

6.2. Wie nachfolgend ersichtlich, gelingt es der Klägerin nicht, Leistungen in Höhe von CHF 1'332'602.39 (exkl. MWST) nachzuweisen. Dies, weil es die Klägerin unterlässt, die einzelnen Leistungen konkret und substantiiert darzustellen, und sie sich stattdessen weitgehend damit begnügt, mehrere Einzelleistungen in Leistungsobergruppen zusammenzufassen und lediglich zu schätzen. Die mangelnde Substanziierung der Leistungen ist neben der unzulässigen Berechnungsweise der Forderungshöhe ein weiterer Grund, der zur Klageabweisung führt. Unzureichend ist auch der Versuch der Klägerin, mithilfe von allgemeinen Editionsanträgen ihre ungenügende Substanziierung zu kompensieren (vgl. act. 56 Rz. 433). So stellt die Klägerin in Randziffer 433 ihrer Replik zahlreiche Editionsanträge, ohne auszuführen, auf welche konkreten Leistungen sich diese beziehen sollen sowie ohne darzulegen, inwiefern die dort erwähnten Unternehmungen Leistungen erbrachten, welche die Beklagte zu bezahlen hätte, womit ihr jeweiliger Editionsantrag keiner substantiierten Behauptung zugerechnet werden kann.

6.3. Nachstehend werden Leistungsposten im Totalbetrag von CHF 1'436'593.96 (exkl. MWST) behandelt, womit der noch offene Betrag in Höhe von CHF 1'332'602.39 (exkl. MWST) gedeckt ist.

6.4. Leistungen Bauingenieure

6.4.1. Die Klägerin bringt vor, dass die Leistungen des Bauingenieurs nach der SIA-Ordnung 103 zu berechnen seien. Per Konkurseröffnung seien 40 % (Projektiertung/ Ausschreibung) der Bauingenieurleistungen im Wert von CHF 200'810.88 exkl. MWST (act. 58 Rz. 452) erbracht worden. Auf das Vorprojekt entfielen 6 % (Studium und GS), 24 % auf das Bauprojekt und 10 % auf die Ausschreibung/ Offertvergleich/ Vergabeantrag. Der Stundenaufwand belaufe sich auf 1'487.49 Stunden und der Stundenansatz auf CHF 135.00 (act. 56 Rz. 453).

6.4.2. Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 103. Auch lege die Klägerin nicht dar, wer als Bauingenieur tätig geworden sei; weiter würden Subunternehmerverträge fehlen. Eine Bestreitung sei auf dieser Grundlage nur sehr schwer möglich. Die Beklagte äusserst sich gleichwohl eventualiter zu einer Berechnung gestützt auf die SIA-Ordnung 103 (act. 62 Rz. 465 ff.).

6.4.3. Die Klägerin legt nicht dar, weshalb in Bezug auf die Honorierung der Ingenieurleistungen nach TU-Werkvertrag die SIA-Ordnung 103 anwendbar sein soll und offeriert diesbezüglich auch keine Beweise. Da die Anwendbarkeit der SIA-Norm 103 nicht ersichtlich ist, kann keine Berechnung der Leistung gestützt auf die SIA-Ordnung 103 erfolgen. Die Frage, ob die SIA-Ordnung 103 anwendbar ist, hat ohnehin nur untergeordnete Bedeutung. Der klägerische Vortrag weist nämlich mehrere Unzulänglichkeiten auf, selbst wenn die SIA-Ordnung 103 zur Anwendung gelangen würde:

6.4.3.1. Die Klägerin versäumt es, wie bereits festgehalten (siehe Erw. 5.3.2), die von ihr behauptete Teilleistung in Relation zur Gesamtleistung und zum vereinbarten Pauschalpreis zu setzen (zur Berechnung im Zusammenhang mit dem vereinbarten Pauschalpreis siehe Erw. 5.3.1). Vielmehr scheint sie davon auszugehen, sie dürfe nach (Stunden-)Aufwand abrechnen. Der von ihr geltend gemachte Betrag entspricht denn auch in etwa der Anzahl Stunden multipliziert mit dem Stundenansatz. Sie legt aber nicht dar, dass gerade die Leistungen des Bauingenieurs nach Aufwand abzurechnen sind.

6.4.3.2. Sodann genügt auch die Aufschlüsselung der behaupteten Leistungen nicht den Anforderungen an die Substanziierung. Die Klägerin begnügt sich damit, die in der SIA-Ordnung aufgezählten Leistungsphasen und Teilphasen (vgl. Art. 3 SIA-Ordnung 103) zu übernehmen. Dies stellt jedoch auf dem Weg zum Nachweis einer erbrachten Leistung nur den ersten Schritt dar. Erst wenn die Leistungen detailliert dargestellt werden, ist eine Gegenpartei in der Lage, substantiiert zu bestreiten, ob mehrere Leistungen (die addiert einen Leistungsposten bzw. eine Leistungsphase gemäss SIA 103 in Prozent darstellen) tatsächlich erbracht worden sind. Darzulegen sind deshalb auch die hinter den einzelnen Phasen und Leistungsgruppen stehenden konkreten Leistungen des Bauingenieurs. Dies folgt

auch aus Art. 3.3.1 SIA-Ordnung 103, wonach die Leistungen, die normalerweise in den einzelnen Phasen erbracht werden müssen, in Art. 4 SIA-Ordnung 103 *detailliert* dargestellt sind. Art. 4 SIA-Ordnung 103 hält zudem fest, dass der Umfang und die Art der zu erbringenden Leistungen immer im Einzelfall festzulegen sind. Es reicht somit beispielsweise nicht, wenn die Klägerin vorbringt, es seien 24 % der Bauingenieurleistungen für das Bauprojekt geleistet worden (vgl. act. 56 Rz. 453). Sie muss auch darlegen, welche konkreten Leistungen hinter diesen 24 % stehen, damit entsprechende Behauptungen einem Beweisverfahren zugänglich sind. Auch wird mit einer Prozentzahl ein Verhältnis zwischen einem Teil und einem Ganzen (100 %) ausgedrückt, weshalb auch dieses Verhältnis darzulegen ist. Erst so kann überhaupt festgestellt werden, welche Prozentzahl mehrere Einzelleistungen addiert ergeben. Letztlich bleibt unklar, wie die Klägerin auf den prozentualen Wert der behaupteten Leistungsposition kommt. Erst mit dem substantiierten Vortragen von Leistungen ist es jedoch für das Gericht möglich, ein Beweisverfahren durchzuführen. Das Beweisverfahren darf jedenfalls nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen (BGE 108 II 337, S. 341 E. 3). Ebenso wenig ersetzen Beweisanträge eine rechtsgenügeliche Substanziierung.

6.4.3.3. Schliesslich legt die Klägerin auch nicht dar, wie sie die von ihr als massgebend betrachteten Berechnungsfaktoren im Sinne von Art. 7 der SIA-Ordnung 103 bemisst. Einen entsprechenden Vertragswillen der Parteien behauptet sie nicht.

6.4.4. Neben der ungenügelenden Substanziierung, welche die entscheidende Grundlage für die Prüfung von Beweisanträgen ist, erweisen sich auch die von der Klägerin für den Nachweis der Bauingenieurleistungen offerierten Beweismittel als unbehelflich:

6.4.4.1. Bei der offerierten Leistungsermittlung des Fachexperten der Masse vom 18. Januar 2016 handelt es sich um eine *ex post* vorgenommene Schätzung und diese Beilage ist letztlich nichts anderes als eine tabellarische Darstellung der klägerischen Behauptungen (act. 57/27). Sie taugt nicht, um nachzuweisen, wel-

che Leistungen tatsächlich erbracht worden sind und welchen Wert ihr die Parteien vertraglich beimessen.

6.4.4.2. Was die Klägerin sodann aus dem Prospekt "Traumhaft Wohnen mit Blick auf die Alpen" zu ihren Gunsten ableiten möchte, bleibt unklar; gleiches gilt in Bezug auf die Kurzdokumentation für Investoren vom 8. August 2006 und den Auszug Pläne aus der Baueingabe sowie den vollständigen Plansatz bezüglich Mehrfamilienhäuser A, B und C (siehe act. 57/37, act. 57/77, act. 57/78), zumal Pauschalverweise auf Beilagen unzulässig sind (Urteil 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3 mit Hinweisen; siehe auch Erw. 5.2.3).

6.4.4.3. Weiter möchte die Klägerin die "Schlussabrechnung Bauingenieur" bei der Beklagten und der Nebenintervenientin edieren lassen. Sie nennt aber nicht einmal den Namen des Bauingenieurs, dessen Rechnung sie beiziehen möchte. Ohnehin erstaunt es, dass die Klägerin sich zwar eine Leistung eines Bauingenieurs anrechnen lassen möchte, jedoch über keinerlei Unterlagen (z.B. Verträge, Bestellungen, Rechnungen) zu verfügen scheint, die eine entsprechende Rechtsbeziehung nachzuweisen vermöchten. Als Auftraggeberin der entsprechenden Leistung erscheint es weiter zumindest fragwürdig, dass es ihr anscheinend nicht möglich ist, die entsprechende Abrechnung erhältlich zu machen. Eine "Schlussabrechnung Bauingenieur" ersetzt im Übrigen nicht die Substanziierung der in Rechnung gestellten Leistungen.

6.4.4.4. Auch vermöchte das beantragte Gutachten zur Berechnung von Bauingenieurleistungen fehlende Behauptungen der Klägerin nicht zu ersetzen. Vorliegend geht es um den Nachweis einer tatsächlich erbrachten vertraglichen Leistung. Bevor ein allfälliges Gutachten zur Berechnung erstellt werden könnte, müsste eine Leistung substantiiert (d.h. *detailliert*) und unter Berücksichtigung des Pauschalpreises vorgetragen werden, was die Klägerin nicht tut.

6.4.4.5. Schliesslich möchte die Klägerin amtshilfweise die "Schlussabrechnung Bauingenieur" aus den Geschäftsakten im Archiv des Konkursamtes March betreffend die ... Generalunternehmung AG in Liquidation (gelöscht) beiziehen. Sie beschränkt sich dabei darauf, eine entsprechende Beweisofferte anzubringen. Mit

keinem Wort führt sie aus, welche Bedeutung dem beantragten Beweismittel zukommt oder, welche Rolle die ... Generalunternehmung AG in Liquidation in der vorliegend zu beurteilenden Vertragsbeziehung spielte. Nicht ersichtlich ist, welche Erkenntnisse sie aus dieser Abrechnung ziehen möchte.

6.4.5. Zusammenfassend gelingt es der Klägerin nicht, die Bauingenieurleistungen substantiiert vorzutragen und nachzuweisen. Für die Leistungsposition Bauingenieur kann kein Betrag eingesetzt bzw. angerechnet werden.

6.5. Leistungen Architekten, Fachingenieure sowie Spezialisten

6.5.1. Die Klägerin macht für die Leistungen der Architekten (inkl. Leistungen des GU/TU) CHF 622'432.674, für die Leistungen der Fachingenieure CHF 86'978.65 und für die Leistungen der Spezialisten CHF 8'438.00 geltend. Ihre Begründung entspricht dabei weitgehend derjenigen betreffend die Leistungen der Bauingenieure (act. 56 Rz. 456 ff. und Rz. 461 ff.; siehe zu den Bauingenieurleistungen Erw. 6.4). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Vorbringen (act. 62 Rz. 459 ff., Rz. 470 und Rz. 474 ff.). In Bezug auf die Architektenleistungen scheint die Beklagte zunächst einen Betrag von CHF 200'000.00 anzuerkennen (act. 62 Rz. 463). Dies jedoch nur eventualiter für den Fall, dass die SIA-Ordnung 102 anwendbar sei, was sie – zu Recht – bestreitet.

6.5.2. Die Klägerin scheitert mit der von ihr gewählten Vorgehensweise aus denselben Gründen, wie sie für die Bauingenieurleistungen dargelegt wurden. Ihr gelingt es nicht, die Leistungen der Architekten, der Fachingenieure sowie der Spezialisten zu substantiieren und nachzuweisen. Immerhin ist in Bezug auf den Leistungsposten "Spezialisten" festzuhalten, dass die Klägerin nach Aufwand abrechnet, ohne die Pauschalpreisabrede zu berücksichtigen, wobei sie wiederum mit Schätzungen argumentiert (act. 56 Rz. 461). Die Beklagte anerkennt, dass sich die Abrechnung nach Aufwand zu richten habe (act. 62 Rz. 474). Diese Anerkennung erfolgt, obwohl gemäss Ziffer 4.4 des TU-Werkvertrages die Leistungen der Bauphysiker und der Akustiker im Pauschalpreis enthalten sind (act. 2/4, Ziffer 4.4). Es kann – mangels Substanziierung der klägerischen Forderungen – offen bleiben, welche Folgen diese Anerkennung seitens der Beklagten hat.

6.5.3. Es kann *mutatis mutandis* auf die Erwägungen betreffend die Leistungen der Bauingenieure verwiesen werden. Demnach sind die behaupteten Leistungen in Höhe von CHF 622'432.674, CHF 86'978.65 und von CHF 8'438.00 nicht zu berücksichtigen.

6.6. Leistungen Baunebenkosten

6.6.1. Die Klägerin verlangt Baunebenkosten von total CHF 111'500.00. CHF 16'000.00 seien für die Errichtung des Baugespannes, CHF 30'000.00 für Vervielfältigungen / Plankopien, CHF 3'300.00 für die Bauzeitversicherung, CHF 16'700.00 für die Spezialversicherung sowie CHF 45'500.00 für die Kosten der Erfüllungsgarantie aufgewendet worden (act. 56 Rz. 463). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen, wobei sie festhält, dass sie für die Baunebenkosten von einem – *de facto* bereits abgegoltenen – Höchstbetrag von CHF 13'000.00 ausgehe (vgl. act. 62 Rz. 478 ff.). Sie führt insbesondere aus, dass die Klägerin es unterlasse, substantiierte Angaben zum Baugespann zu machen. So sei unklar, wer das Baugespann in wessen Auftrag wann erstellt habe (act. 62 Rz. 479) und bestreitet die Erstellung des Baugespann (act. 15 Rz. 117). Weiter würden die Policen für Bauzeitversicherung sowie die Bauherr- und Bauwesenversicherung nicht vorliegen. Es sei darum nicht nachgewiesen, dass diese Versicherungen tatsächlich abgeschlossen worden seien (act. 62 Rz. 480).

6.6.2. Die Vorbringen der Klägerin erschöpfen sich in einer pauschalen Behauptung angeblich erbrachter Leistungen, die angesichts der Bestreitung durch die Beklagte ungenügend ist. Die Klägerin bestreitet mit Nichtwissen die Behauptung der Beklagten, wonach das Baugespann nicht erstellt worden sei (act. 56 Rz. 281). Macht sie aber gestützt auf diese Leistung eine Forderung geltend, genügt ein Bestreiten mit Nichtwissen nicht. Sie müsste vielmehr aufzeigen, dass das Baugespann tatsächlich erstellt wurde. Hinsichtlich der Vervielfältigungen / Plankopien erläutert die Klägerin nicht, wie sich der geltende gemachte Betrag berechnet respektive welche Vervielfältigungen in welcher Anzahl etc. der Beklagten übergeben wurden. Sodann ist betreffend die Versicherungskosten nicht einzusehen, weshalb die Klägerin nicht darlegt, wann und bei welcher Versicherung

sie die behaupteten Versicherung abschloss sowie entsprechende Beweismittel offeriert. So kann weder festgestellt werden, ob die Versicherung tatsächlich abgeschlossen wurde noch darüber Beweis abgenommen werden. Die Klägerin substantiiert die von ihr geltend gemachten Leistungen somit nicht genügend.

6.6.3. Die klägerische Forderung unter der Leistungsposition "Baunebenkosten" kann demnach nicht berücksichtigt werden.

6.7. TU-Risiko

6.7.1. Die Klägerin macht einen anteiligen Wert des TU-Risikos per Konkursöffnung von CHF 30'904.81 geltend. Die honorarberechtigte Bausumme belaufe sich auf CHF 7'906'000.00, wovon 3 % oder CHF 237'180.00 das gesamte TU-Risiko ausmachen würden. Die Wertbasis für das Risiko per Konkursöffnung betrage CHF 1'030'160.20 resp. 3 % davon CHF 30'904.81 (act. 56 Rz. 466). Die Beklagte anerkennt grundsätzlich, dass der Klägerin ein Risikoanteil zustehe (act. 62 Rz. 483 i.V.m. Rz. 417), wobei sie die Berechnungsfaktoren der Klägerin bestreitet. Diesen Anteil bewertet sie mit CHF 21'000.00 (act. 62 Rz. 417). Bis zur Einreichung des Baugesuchs sei jedoch ein Risiko zulasten der Klägerin nicht erkennbar, weshalb hierfür auch kein Betrag geschuldet sei (act. 62 Rz. 417).

6.7.2. Der Risikozuschlag bildet das Entgelt für die normalen und besonderen Wagnisse, die der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes eingeht (GAUCH, Peter, a.a.O., N 949). Die Beweislast für die Höhe und für die Berechnungsfaktoren trägt die Klägerin. Ebenfalls muss sie darlegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, die eine anteilmässige Anrechnung des TU-Risikos ermöglichen und das Risiko somit eine abzuwickelnde Leistung ist. Die Klägerin legt nicht dar, wie sie auf die von ihr behaupteten Zahlen kommt, weshalb ihr Vorbringen bereits unsubstantiiert ist. Ihre Ausführungen erweisen sich zudem teilweise als nicht schlüssig: So führt die Klägerin in der Replik aus, in der Kostenkontrolle per 31. Mai 2007 (act. 57/70) sei unter "BKP 569" das TU-Risiko angegeben (act. 56 Rz. 539). Die Klägerin gibt das gesamte TU-Risiko der Gemeinschuldnerin mit CHF 237'180.00 an (act. 56 Rz. 465). In der Kostenkontrolle per 31. Mai 2007 ist unter "BKP 569" das TU-Risiko indes mit CHF 210'500.00 angegeben, wobei die

Klägerin zudem nicht erläutert, inwiefern die nach Abschluss des TU-Werkvertrages erstellte Kostenkontrolle für die Rückabwicklung relevant ist.

6.7.3. Obwohl sich aufgrund der ungenügenden Substanziierung eine Prüfung der klägerischen Beweisanträge erübrigt, wird nachfolgend aufgezeigt, dass auch die Beweisanträge der Klägerin ihr nicht weiterhelfen. Die Klägerin offeriert insgesamt drei Beweismittel, um das TU-Risiko nachzuweisen (act. 56 Rz. 465):

6.7.3.1. Sie stützt sich auf die Leistungsermittlung des Fachexperten der Masse vom 18. Januar 2016, die jedoch nicht geeignet ist, den Beweis für die klägerischen Behauptungen zu erbringen. Die Leistungsermittlung stellt selbst nur eine Parteibehauptung dar.

6.7.3.2. Weiter möchte die Klägerin mit dem Kostenvoranschlag vom 25. Mai 2007 die honorarberechtigten Baukosten nachweisen. Selbst wenn ihr damit der Nachweis der honorarberechtigten Baukosten gelingen würde, wäre noch nichts zu den weiteren Berechnungsfaktoren des Postens "TU-Risiko" erwiesen.

6.7.3.3. Schliesslich möchte die Klägerin ein Gutachten zur Berechnung des TU-Risikos erstellen lassen. Damit überlässt sie die sie treffende Pflicht zur Substanziierung dem Gutachter, was unzulässig ist. Es obliegt aber der Klägerin, das TU-Risiko zu berechnen, zu substantizieren und nachzuweisen. Eine Stellungnahme eines Fachexperten zur Berechnung des TU-Risikos kann diese Pflicht der Klägerin nicht ersetzen.

6.7.4. Zusammengefasst gelingt es der Klägerin nicht, den Leistungsposten "TU-Risiko" zu substantizieren.

6.8. Vorkosten "Strategische Planung"

6.8.1. Die Klägerin verlangt unter dem Kostenposten "Strategische Planung" insgesamt CHF 96'395.00, aufgeteilt in Kosten für Bestandesaufnahmen (CHF 32'225.00), Kosten für die Definition der Ausnützung des Grundstücks (CHF 25'770.00) sowie Kosten für eine Machbarkeitsstudie (CHF 38'400.00). Bei

diesen Beträgen handle es sich um Schätzungen, da entsprechende Dokumente nicht vorliegen würden (act. 56 Rz. 469). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ansprüche (act. 62 Rz. 488 und Rz. 491). Sie bringt insbesondere vor, dass die Klägerin lediglich mit Schätzungen argumentiere, dass der Inhalt der verschiedenen Tätigkeiten nicht dargetan werde, und dass lediglich eine geschätzte Anzahl Stunden mit einem angenommenen Stundenansatz multipliziert werde. Stets bleibe offen, wer die behaupteten Tätigkeiten ausgeführt habe und in welchem Verhältnis sie zu den Verfahrensbeteiligten gestanden hätten. Zudem sei der Zeitpunkt der Leistungserbringungen nicht behauptet. Auch die Höhe der Stundenansätze begründe die Klägerin nicht (act. 62 Rz. 488). Schliesslich bleibe ebenso unklar, weshalb und inwiefern die behaupteten Leistungen der Klägerin zuzurechnen seien (act. 62 Rz. 489).

6.8.2. Die Klägerin setzt sich auch hinsichtlich der Kosten für die strategische Planung nicht mit der unbestrittenen Tatsache auseinander, dass die Vertragsparteien des TU-Werkvertrages einen Pauschalpreis vereinbarten. Zum wiederholten Mal entsteht der Eindruck, die Klägerin wolle die von ihr behaupteten Leistungen nach Aufwand abrechnen, ohne darzutun, dass dies trotz Pauschalpreisabrede so vereinbart war.

6.8.3. Die Klägerin legt sodann nicht dar, wer die Leistungen erbracht hat und wie der Leistungsinhalt aussah. Auch ist nicht klar, wann diese Leistungen für die Beklagte erbracht wurden und dass sie Leistungen der Gemeinschuldnerin an die Beklagte darstellen sollen. In diesem Zusammenhang unterlässt es die Klägerin auch darzulegen, inwiefern ihre behaupteten Leistungen zum Vertragsinhalt wurden. Die Klägerin beschränkt sich letztlich darauf, jeweils ein Stundenaufwand mit einem Stundenansatz zu multiplizieren, wobei es sich hierbei um eine Schätzung handelt, was ungenügend ist (siehe auch Erw. 5.3.2). Es ist nicht ersichtlich, wie angesichts der Vortragsweise der Klägerin eine substantiierte Bestreitung möglich und ein Beweisverfahren durchführbar wäre.

6.8.4. Weiter bringt die Klägerin vor, bei ihren Zahlen handle es sich um plausible Schätzungen, da entsprechende Dokumente fehlen würden. Solche könnten jedoch bei der Nebenintervenientin, der Beklagten oder der Erbgemeinschaft

Hausheer erhältlich gemacht werden (act. 56 Rz. 469). Mit diesem Vorgehen lässt die Klägerin unberücksichtigt, dass sie zunächst eine Leistung substantiiert vortragen muss: Erst danach kann zur Leistung Beweis abgenommen und können entsprechende Editionsanträge berücksichtigt werden. Die Klägerin legt jedenfalls nicht dar, dass vorliegend eine eigentliche Beweisnot vorliegen würde, die sich allenfalls zu ihren Gunsten auswirken könnte.

6.8.5. Die unter dem Leistungsposten "Strategische Planung" geltend gemachte klägerische Forderung in Höhe von CHF 96'395.00 ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen nicht ausgewiesen.

6.9. Vorkosten "Vorstudie" ohne Teilerschliessungskosten

6.9.1. Die Klägerin verlangt unter dieser Leistungsposition den Gesamtbetrag von CHF 206'915.00 (mit Teilerschliessungskosten: CHF 504'595.00, siehe zu diesen Erw. 6.11). Dieser setze sich aus folgenden Kosten zusammen: Kosten für die Abparzellierung der Grundstücke und für den privaten Gestaltungsplan in Höhe von CHF 64'900.00, CHF 42'250.00 für die Kosten der Leistungen der Spezialisten, CHF 29'715.00 Kosten der Planung der Vorstudie sowie CHF 70'050.00 Kostenanalyse und Vermarktung (act. 56 Rz. 473). Die Beklagte beanstandet, dass die Klägerin wiederum nur mit Schätzungen argumentiere (act. 62 Rz. 498). Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Leistungen der Klägerin zurechenbar seien (act. 62 Rz. 499). Sie bringt sodann vor, dass die Klägerin teilweise Leistungen doppelt berücksichtige. Eventualiter bestreitet die Beklagte sodann die klägerischen Ausführungen (act. 62 Rz. 502 ff.).

6.9.2. Die Klägerin macht wiederum einen Stundenaufwand geltend. So führt sie aus, der Zeitaufwand für die Abparzellierung und der Erstellung des privaten Gestaltungsplanes betrage insgesamt 405 Stunden und es resultiere ein Gesamtbetrag von CHF 64'900.00 (act. 56 Rz. 474). Auch im Zusammenhang mit der Auswahl, Ausschreibung, Angebotsprüfung sowie Beauftragung von Bauingenieur und weiteren Spezialisten rechnet die Klägerin nach Stundenaufwand (act. 56 Rz. 475). Die Klägerin legt nirgends dar, dass sie gerade diese Leistungen losgelöst von der Pauschalpreisabrede in Rechnung stellen dürfe. Die Klägerin ver-

säumt es abermals, sich mit dem den Auswirkungen der Pauschalpreisabrede auf die Rückabwicklung des TU-Werkvertrages auseinanderzusetzen. Auf die Unzulässigkeit dieses Vorgehens wurde bereits mehrfach hingewiesen.

6.9.3. Die Klägerin verlangt die Edition der "effektiven Kosten der Leistung von Spezialisten für Vorstudien anhand von Rechnungen der Dienstleister inklusive Zahlungsnachweise" (siehe Beweisofferte zu act. 56 Rz. 475). Die Klägerin führt in ihren Ausführungen nirgends aus, dass die Nebenintervenientin oder die Beklagte die entsprechenden Spezialisten beauftragt hätten. Mithin stellt sie bereits eine für die beantragte Edition entscheidende Tatsachenbehauptung nicht auf. In Bezug auf die Beklagte wirft der Editionsantrag zudem auch Fragen nach der Zurechenbarkeit auf: Wenn die Klägerin annimmt, besagte Spezialisten seien von der Beklagten beauftragt worden, hätte sie in ihren Ausführungen darlegen müssen, warum die Leistungen ihr und nicht der Beklagten als Auftraggeberin zurechenbar sein sollen. Unklar ist auch, weshalb die Klägerin die effektiven Kosten in Erfahrung bringen möchte, ohne auf die Pauschalpreisabrede einzugehen.

6.9.4. Die Klägerin führt an anderer Stelle im Zusammenhang mit vorwerkvertraglich angefallenen Projektentwicklungskosten aus, dass die Beklagte auch solche Vorkosten zu tragen habe (act. 56 Rz. 436 und Rz. 438). Zu diesen Kosten würden gemäss der Klägerin auch die Kosten der Vorstudien gehören (act. 56 Rz. 439). Zur Begründung verweist sie dabei auf drei Bundesgerichtsurteile (es sind dies: BGE 119 II 40; Urteil 4C.285/2006 vom 2. Februar 2007, E. 2.2 sowie Urteil 4C.374/2004 vom 13. April 2005, E. 2.1.2). Das Bundesgericht hat in den drei Urteilen – soweit diese überhaupt einschlägig sind – festgehalten, dass wer in Vertragsverhandlungen um den Abschluss eines Totalunternehmervertrags den Unternehmer ersuche, zur Kostenermittlung Projektstudien zu erstellen, die über herkömmliche Offertgrundlagen hinausgingen, dafür eine Entschädigung zu leisten habe. Er könne sich dieser Pflicht nicht mit der Begründung entziehen, die Globalofferte letztlich abgelehnt zu haben. Das klägerische Vorbringen geht aus zwei Gründen fehl:

6.9.4.1. Erstens muss sie die Leistungen (und die Kosten) gleichwohl substantiieren. In der angerufenen Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich nirgends

ein Hinweis darauf, dass die geltend gemachten Leistungen nicht substantiiert vorzutragen sind.

6.9.4.2. Zweitens übergeht die Klägerin bei ihrer Argumentation, dass die vorliegend allenfalls relevanten vorvertraglichen Leistungen in einen Vertragsabschluss mündeten, wohingegen in den vom Bundesgericht zu beurteilenden Fällen es gerade nicht zu einem Vertragsabschluss kam. Darum musste das Bundesgericht die Frage klären, ob Leistungen, die im Hinblick auf einen Vertragsabschluss erbracht werden, geschuldet sind, auch wenn es nicht zu einem Vertragsabschluss kommt. Die Klägerin bringt selbst vor, dass im Rahmen der Verhandlungen betreffend den Abschluss des TU-Werkvertrages auch über die Abgeltung der vor Vertragsschluss erfolgten Projektentwicklungsleistungen, welche über acht Monate vor TU-Werkvertragsabschluss begonnen hätten, verhandelt worden sei (act. 56 Rz. 436). Die vorvertraglichen Leistungen wurden demnach rechnerisch in den vereinbarten Pauschalpreis eingerechnet (vgl. act. 56 Rz. 443, Rz. 489). Diese vorvertraglichen Verhandlungen führten zur TU-Abschlussreife. Mithin wurden die entsprechenden Leistungen in den TU-Werkvertrag miteinkalkuliert, sofern es sich nicht um Eigenvorleistungen des Investors handelte (vgl. auch act. 56 Rz. 436). Dass die Parteien gerade diese Kosten vom TU-Werkvertrag ausschliessen und gesondert einer Vergütung zuführen wollten, behauptet die Klägerin nicht. Die Leistungen wurden mit anderen Worten von vorvertraglichen zu vertraglichen Leistungen. Insofern hätte es für die Klägerin möglich sein müssen, den vertraglich vereinbarten Preis für die vorvertraglichen Leistungen zu beziffern und darzulegen. Die Klägerin führt in ihrer Replik denn auch aus, dass die Bemühungen der Gemeinschuldnerin auf "sukzessiven, gesonderten Bestellung der Beklagten beruhten und gesondert zu vergüten gewesen wären, falls am 3. Mai 2007 kein TU-Werkvertrag abgeschlossen worden wäre" (act. 56 Rz. 489). Damit bestätigt sie das soeben Ausgeführte.

6.9.5. Zusammengefasst steht der Klägerin auch unter dem Leistungsposten Vorkosten "Vorstudie" nichts zu.

6.10. Zusätzliche Leistungen

6.10.1. Die Klägerin verlangt unter dem Titel "Zusätzliche Leistungen" insgesamt CHF 71'105.00, wobei sie CHF 56'805.00 für die Vorbereitung des Grundstückskaufvertrages sowie des TU-Werkvertrages und CHF 14'300.00 für die juristische und technische Betreuung der gemeinsamen Heizzentrale geltend macht. Bei den genannten Beträgen würde es sich um plausible Schätzungen handeln, da entsprechende Dokumente nicht vorliegen würden (act. 56 Rz. 479).

6.10.2. Die Klägerin legt nicht dar, weshalb die Schätzungen plausibel sein sollen. Hinsichtlich der von der Klägerin unter dem Posten "Zusätzliche Leistungen" verlangten Entschädigung kann – *mutatis mutandis* – auf die vorhergehenden Erwägungen zum Leistungsposten Vorkosten "Vorstudie" verwiesen werden. Die Forderung ist nicht ausgewiesen.

6.11. Abgeltungspauschale und Teilerschliessungskosten

6.11.1. Die Klägerin verlangt unter dem Leistungsposten "Abgeltungspauschale" CHF 250'000.00 sowie unter dem Leistungsposten "Teilerschliessungskosten" CHF 297'680.00 (act. 56 Rz. 467 f. und Rz. 478). Die Höhe der Abgeltungspauschale sowie der Teilerschliessungskosten ergebe sich aus Ziffer 3 der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 zwischen der Gemeinschuldnerin und der Nebenintervenientin (act. 56 Rz. 467 und Rz. 478; vgl auch act. 2/11, Ziffer 3). Die Beklagte hält dem zusammengefasst entgegen, dass Ziffer 3 der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 letztlich ein Rechtsverhältnis betreffe, welches direkt zwischen ihr und der Nebenintervenientin entstanden sei. Die Klägerin sei lediglich als Zahlstelle aufgetreten oder es habe alternativ ein Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der Nebenintervenientin vorgelegen (act. 62 Rz. 33 f., Rz. 122, Rz. 486 und Rz. 509 sowie Rz. 357 ff. und Rz. 359 ff.). Zwischen den Parteien ist somit strittig, wie Ziffer 3 der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 auszulegen ist und welche Rechtsfolgen aus der genannten Vertragsziffer folgen.

6.11.2. Die Frage, ob die in Ziffer 3 der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 erwähnte Forderung in Höhe von CHF 547'680.00 (CHF 250'000.00 + CHF 297'680.00; act. 2/11, Ziffer 3) zum Vermögen der Klägerin gehört und Ziffer 3 der Klägerin ein Forderungsrecht gegen die Beklagte einräumt, kann offen bleiben. Mit der ersten

Teilzahlung in Höhe von CHF 700'000.00 wäre diese Forderung selbst bejahendenfalls abgegolten.

6.12. Leistungen Geologe

6.12.1. Die Klägerin macht einen Aufwand des Geologen in Höhe von CHF 1'113.95 geltend, welcher im TU-Teilzahlungsplan gemäss TU-Werkvertrag einkalkuliert sei (act. 56 Rz. 524). Die Beklagte anerkennt diesen Posten (act. 62 Rz. 558). Demnach ist diese Leistung ausgewiesen und die Beklagte schuldet der Klägerin den entsprechenden Betrag. Dies ändert jedoch nichts am Ausgang des Verfahrens.

6.13. Fazit

Wie aufgezeigt, erweist sich der klägerische Vortrag als ungenügend. Damit steht fest, dass die Klägerin allfällige aus dem TU-Werkvertrag resultierende Forderungen nicht substantiiert behauptet hat. Es erübrigen sich Ausführungen zur Zinslaufzeit und zur Zinshöhe. Die Klage ist abzuweisen.

7. Zusammenfassung

7.1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte mit der Gemeinschuldnerin einen TU-Werkvertrag abschloss und die Beklagte vor der Konkureröffnung über die Gemeinschuldnerin die erste TU-Teilzahlung in Höhe von CHF 700'000.00 leistete. In der Folge kam es aufgrund der Konkureröffnung über die Gemeinschuldnerin zu einer Leistungsstörung im Vertragsverhältnis, wobei die Konkursverwaltung nicht im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eintrat. Die Beklagte trat – nachdem sie das Bauprojekt ohne Zutun der Gemeinschuldnerin beendete – im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR wirksam vom TU-Werkvertrag zurück. Zur Begründung ihrer Ansprüche aus der anschliessenden Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses führte die Klägerin eine rechtlich unzulässige Berechnungsweise an, um die von ihr behaupteten Leistungen zu bewerten. Auch die Darlegung der vorvertraglichen Bemühungen seitens der Gemeinschuldnerin im Zusammenhang mit dem Bauprojekt helfen der Klägerin nicht weiter. Die vorvertraglichen Bemühungen mündeten in einen TU-Werkvertrag. Die

Klägerin behauptet nicht, dass die Parteien annahmen, gewisse vorvertraglichen Bemühungen der Gemeinschuldnerin seien unabhängig von der vereinbarten Pauschalpreisabrede abzugelten. Sie kann eine solche Separatabrede nicht nachträglich im Rahmen der Rückabwicklung des TU-Werkvertrages herbeiführen. Ohnehin wären die Einzelleistungen gleichwohl zu substantzieren. Die unzulässige Berechnungsweise führt bereits zur Abweisung der Klage, da die Forderungshöhe unklar bleibt.

7.2. Im Zuge der Rückabwicklung des TU-Werkvertrages gelingt es der Klägerin zudem nicht, die von ihr behaupteten erbrachten Leistungen zu substantzieren bzw. nachzuweisen. Demnach liegt ein weiterer Grund – neben der klägerseits gewählten Berechnungsweise für die Höhe der Forderungen – vor, der zur Abweisung der Klage führt.

7.3. Da die Eingaben der Beklagten und der Nebenintervenientin vom 24. August 2016 je samt Beilagen (act. 68–71) nicht relevant waren für das vorliegende Urteil, erübrigt es sich zu prüfen, ob sie – wie von der Klägerin beantragt (act. 73) – aus dem Recht zu weisen wären.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

8.1.1. Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 900'000.00 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Kosten und Parteientschädigungen im Zusammenhang mit dem Entscheid betreffend die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts sowie im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Streitverkündungsklage der Beklagten gegen die Nebenintervenientin wurden bereits mit Beschluss vom 15. Dezember 2014 (act. 24) bzw. mit Beschluss vom 27. Mai 2015 (act. 43) geregelt; auf sie ist nicht mehr einzugehen.

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

lit. a GebV OG). Bei einem Streitwert in Höhe von CHF 900'000.00 beläuft sich die ordentliche Gerichtsgebühr auf CHF 28'750.00 (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG). Die Grundgebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Der vorliegende Prozess muss aufgrund des Umfangs sowie der zahlreichen Rechtsfragen als komplex betrachtet werden. Allein die schriftlichen Eingaben der Parteien sowie der Nebenintervenientin weisen insgesamt mehr als 500 Seiten auf. Der zeitliche Aufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falles waren dementsprechend hoch, weshalb sich – unter Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG – eine Erhöhung der Grundgebühr um ca. 50 % auf CHF 45'000.00 rechtfertigt. Die Kosten sind der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und teilweise vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Fehlbetrag in Höhe von CHF 19'000.00 ist ebenfalls von der Klägerin zu beziehen.

8.2. Parteientschädigungen

8.2.1. Die Klägerin ist bei diesem Ausgang des Prozesses antragsgemäss zu verpflichten, der obsiegenden Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Nebenintervenientin verlangt ebenfalls die Zusprechung einer Parteientschädigung. Wenn am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt sind, so bestimmt das Gericht nach Art. 106 Abs. 3 Satz 1 ZPO ihren Anteil an den Prozesskosten. Vorliegend obsiegt die Nebenintervenientin, die ebenfalls die Abweisung der Klage beantragt hat, mit der Beklagten. Der Nebenintervention liegt jedoch ein Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei (Beklagte) und der Nebenpartei (Nebenintervenientin) zu Grunde, an welchem die Klägerin als Prozessgegnerin nicht beteiligt ist. Mit ihrer Teilnahme am Prozess nimmt die Nebenintervenientin – die dem Prozess aus eigenem Entscheid beigetreten ist (act. 45) – Interessen wahr, die in diesem Rechtsverhältnis und nicht in einem Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin begründet sind. Es rechtfertigt sich grundsätzlich nicht, der Nebenpartei einen Anspruch gegenüber der Prozessgegnerin auf Ersatz ihrer Parteikosten einzuräumen. Das Bundesgericht spricht einer Nebenpartei im Allgemeinen keine Parteientschädigung zu, es sei

denn, es bestünden Gründe der Billigkeit. Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Nebenintervenientin auch nicht geltend gemacht (siehe auch act. 60 Rz. 69). Ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen (siehe zum Ganzen BGE 130 III 571, S. 578 E. 6; Urteil 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014, E. 5; Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 4; siehe auch Urteil HG120001 vom 13. Januar 2014 des Handelsgerichts des Kantons Zürich, E. 5.1; Urteil HE150339 vom 6. Oktober 2015 des Handelsgerichts des Kantons Zürich, E. 5; Urteil ZKBES.2014.173 vom 24. Februar 2015 des Obergerichts des Kantons Solothurn, E. 3.1; RÜEGG, Viktor, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Aufl. 2, Basel 2013, Art. 106 N 9; JENNY, David, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, Aufl. 3, Zürich Basel Genf 2016, Art. 106 N 19; URWYLER, Adrian/GRÜTTER, Myriam, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, Aufl. 2, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 106 N 10; SCHMID, Hans, in: Kurzkomentar zur ZPO, Aufl. 2, Basel 2014, Art. 106 N 10; STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, Zivilprozessrecht, Aufl. 2, Zürich/Basel/Genf 2013, § 13 N 61).

8.2.2. Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Vorliegend ist für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung sowie die weiteren Rechtsschriften, soweit sie nicht im Zusammenhang mit der Unzuständigkeitseinrede und der Zulässigkeit der Streitverkündungsklage stehen, ein Zuschlag von rund 50 % zu gewähren. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV ist ausgehend von einer Grundgebühr in Höhe von CHF 29'900.00 die Parteientschädigung auf CHF 45'000.00 festzusetzen.

8.2.3. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädi-

gung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Die Beklagte beantragt, ihr eine Parteientschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 15 S. 2), ohne das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Der mehrwertsteuerpflichtigen Beklagten ist die Parteientschädigung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 45'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und teilweise aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Fehlbetrag (CHF 19'000.00) wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 45'000.00 (exkl. MWST) zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird der Beklagten aus der von der Klägerin hierfür geleisteten Sicherheit bezahlt.
5. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
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 900'000.00.

Zürich, 12. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Giulio Donati