

Tribunal fédéral – 4A_77/2023

I^e Cour de droit civil

Arrêt du 27 septembre 2023

Bundesgericht – 4A_77/2023

I. zivilrechtliche Abteilung

Urteil vom 27. September 2023

Contrat d'entreprise

Werkvertrag

Prise des métrés ; norme

SIA 118 ; fardeau de

l'allégation

Ausmassbestimmung ;

Norm SIA 118 ;

Behauptungslast

Art. 18 CO ; 55 CPC ;

142, 154 Norme SIA 118

Art. 18 OR ; 55 ZPO ;

142, 154 SIA-Norm 118



Prise des métrés – Le contrat prévoit que les métrés devront être effectués en commun avec le maître ou par une entreprise tierce, à l'aide d'un programme informatique et devront être contrôlables et compréhensibles. Dans ce contexte, les métrés effectués par l'entrepreneur seul ne sont pas conformes au contrat et le fait qu'il les envoie au maître pour vérification ne leur confère aucune valeur. Le maître pouvait légitimement comprendre ces envois comme un simple moyen de vérifier l'avancement du chantier afin de respecter l'échelonnement des paiements et il n'était pas tenu de vérifier les métrés. Son silence ne vaut ni acceptation des métrés ni reconnaissance de dette, qui plus est alors que toute modification contractuelle était soumise à la forme écrite (consid. 3.2.3 et 3.4.1).

Norme SIA 118 – Bien qu'elle ait été intégrée au contrat, l'entrepreneur ne peut rien tirer des règles de la norme SIA 118 concernant les métrés et leur vérification, puisque le contrat prévoyait des règles spécifiques différentes (consid. 3.4.1 et 3.4.2).

Ausmassbestimmung – Der Vertrag sieht vor, dass das Ausmass gemeinsam mit dem Bauherrn oder von einem Drittunternehmen mithilfe eines Computerprogramms gemacht werden muss und dass es überprüfbar und nachvollziehbar sein muss. In diesem Zusammenhang sind die vom Bauunternehmer allein durchgeführten Ausmasse nicht vertragskonform und die Tatsache, dass er sie zur Überprüfung an den Meister schickt, verleiht ihnen keinen Wert. Der Bauherr konnte diese Sendungen rechtmässig als einfaches Mittel zur Überprüfung des Baufortschritts verstehen, um die Ratenzahlung einzuhalten, und er war nicht verpflichtet, die Ausmasse zu überprüfen. Sein Schweigen gilt weder als Annahme des Ausmasses noch als Anerkennung einer Schuld, noch dazu, wo jede Vertragsänderung der Schriftform unterlag (E. 3.2.3 und 3.4.1).

SIA-Norm 118 – Obwohl die Norm in den Vertrag aufgenommen wurde, kann der Bauunternehmer aus den Regeln der SIA-Norm 118 über das Ausmass und dessen Überprüfung nichts ableiten, da der Vertrag andere spezifische Regeln vorsah (E. 3.4.1 und 3.4.2).

Besetzung

Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,

Bundesrichterin Hohl,

Bundesrichter Rüedi,

Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

A AG,

vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thilo Pachmann und Dr. Rafael Brägger,

Beschwerdeführerin,

gegen

B AG,
vertreten durch Rechtsanwälte David Schwaninger und Roger Büchi,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Forderung, Werkvertrag,

Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil
des Handelsgerichts des Kantons Zürich
vom 15. Dezember 2022 (HG200047-O).

Sachverhalt:

A.

Im Rahmen eines Bauprojekts, womit die B AG (Beschwerdegegnerin) als Totalunternehmerin befasst war, beauftragte diese die A AG (Beschwerdeführerin) als Subunternehmerin mit Baumeisterarbeiten. Vereinbart war eine Abrechnung nach Menge und Einheitspreisen mit tatsächlichem Ausmass. Aus diesem Subunternehmer-Werkvertrag machte die Beschwerdeführerin am 13. März 2020 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich ausstehende Leistungen geltend. Mit im Rahmen der Replik geändertem Rechtsbegehren beantragte sie:

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 3'418'958.20 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf Fr. 843'134.90 seit 10. Januar 2019, auf Fr. 682'940.95 seit 12. März 2019, auf 130'310.75 seit 12. April 2019, auf Fr. 45'791.30 seit 10. Juni 2019, auf Fr. 1'370'344.-- seit 10. August 2019 (ev. seit 12. September 2019), auf Fr. 103'016.90 seit 10. Juni 2019 (ev. 12. Juni 2019), auf Fr. 53'152.20 seit 10. Juni 2019 (ev. seit 12. Juni 2019), auf 32'298.75 seit 10. August 2019, auf Fr. 4'494.75 seit 9. September 2019, auf Fr. 63'498.95 seit 9. September 2019, auf Fr. 4'040.85 seit 9. September 2019, auf Fr. 45'319.85 seit 9. September 2019 und auf Fr. 40'190.95 seit 10. Oktober 2019.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 12'616.46 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf Fr. 1'652.80 seit 15. November 2018, auf Fr. 3'555.55 seit 15. Dezember 2018, auf Fr. 282.50, Fr. 311.35, Fr. 1'308.50, Fr. 103.20, Fr. 632.90, Fr. 456.90, Fr. 310.15, Fr. 118.40, Fr. 80.05, Fr. 2'037.20, Fr. 43.25, Fr. 72.15, Fr. 125.30, jeweils seit 4. April 2019 und auf Fr. 46.65, Fr. 75.30, Fr. 1'011.56, Fr. 8.75, Fr. 37.80, Fr. 280.--, Fr. 11.35, Fr. 9.55, Fr. 45.30, je seit 17. April 2019.

eventuell zu Ziff. 2: Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 8'175.80 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf Fr. 243.05 seit 15. November 2018, auf Fr. 1'944.45 seit 15. Dezember 2018, auf Fr. 252.40, Fr. 147.--, Fr. 705.60, Fr. 65.65, Fr. 616.60, Fr. 444.80, Fr. 301.90, Fr. 115.25, Fr. 77.90, Fr. 1'983.10, Fr. 25.65, Fr. 42.75, Fr. 74.25, jeweils seit 4. April 2019 sowie auf Fr. 36.80, Fr. 59.35, Fr. 797.65, Fr. 6.90, Fr. 37.80, Fr. 131.25, Fr. 11.35, Fr. 9.55, Fr. 45.30, jeweils seit 17. April 2019.

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

B.

Mit Beschluss und Urteil vom 15. Dezember 2022 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin Fr. 202'805.35 zuzüglich Zins zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab, wobei es sie im Umfang von Fr. 765.26 zufolge Rückzugs als erledigt abschrieb. Die Kosten des Verfahrens auferlegte es zur Hauptsache der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts seien aufzuheben und die Sache sei zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (RB 1). Eventualiter seien der Beschluss und das Urteil abzuändern und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihre Zahlungen gemäss Ziffer 1 der Klage zu leisten; die vorinstanzlichen Kosten seien voll der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und für den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 55'000.-- sei der Beschwerdeführerin ein Rückgriffsrecht auf die Beschwerdegegnerin zu gewähren; die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 86'000.-- zu bezahlen (alles RB 2); unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (RB 3).

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Diese hält in ihrer Stellungnahme an ihren Rechtsbegehren fest. Die Vorinstanz verzichtet auf eine Vernehmlassung. Ein zweiter Schriftenwechsel fand nicht statt.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Entscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht in handelsrechtlichen Streitigkeiten entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG). Es besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG). Die Beschwerdefrist ist gewahrt (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt der genügenden Begründung - einzutreten.

2.

2.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (**BGE 134 II 244 E. 2.1**). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2**).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen**). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5**). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1).

3.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Sachverhaltsfeststellung. Sie rügt eine Verletzung der Dispositionsmaxime, indem die Vorinstanz zu Unrecht von der Unwirksamkeit der teilweisen Klageanerkennung durch die Beschwerdegegnerin ausgehe. Ausserdem überspanne sie die Anforderungen an die Behauptungs- und Substanziierungslast. Schliesslich verletze sie die Grundsätze über die Vertragsauslegung.

3.1.

3.1.1. Für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang (**BGE 138 III 659** E. 4.2.1; **137 III 145** E. 3.2.1; **130 III 554** E. 3.1).

Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (**BGE 138 III 659** E. 4.2.1; **123 III 165** E. 3a). Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen (**BGE 144 III 93** E. 5.2.3; **143 III 157** E. 1.2.2). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierete Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich (vgl. E. 2.2 hievore) gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; **BGE 144 III 93** E. 5.2.3; Urteil 4A_350/2020 vom 12. März 2021 E. 3.2 mit Hinweisen).

3.1.2. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (**BGE 136 III 322** E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (**BGE 127 III 365** E. 2b).

Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert, so umfassend und klar darzulegen, dass darüber

Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (**BGE 144 III 519** E. 5.2.1.1; **127 III 365** E. 2b mit Hinweisen). Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (**BGE 141 III 433** E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substanziiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (**BGE 144 III 519** E. 5.2.2.2; **117 II 113** E. 2; Urteil 4A_542/2020 vom 3. März 2021 E. 4.3 mit Hinweisen).

3.2.

3.2.1. Die Vorinstanz erachtete unter dem Titel "Bestelländerungen, Nachträge und Regie" einen Forderungsbetrag von Fr. 202'805.35 (Fr. 71'555.05 + Fr. 130'770.80 + Fr. 479.50) infolge Anerkennung durch die Beschwerdegegnerin als erstellt. Weitere Ansprüche habe die Beschwerdegegnerin hingegen nicht anerkannt. Sie habe die Verrechnung mit eigenen Forderungen erklärt, falls der Beschwerdeführerin aus Ausmass über die diesbezüglich geleisteten Akontozahlungen (von Fr. 11'612'638.75 inkl. MwSt.) hinaus etwas zugesprochen werden sollte.

3.2.2. In der Folge prüfte die Vorinstanz weitere Ansprüche der Beschwerdeführerin aus Ausmass. Unbestritten war, dass die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen hatten, aus welchen Dokumenten sich dieser zusammensetzt und in welcher Reihenfolge die Dokumente das Vertragsverhältnis bestimmen sollten. Nachrangig zum konkreten, projektspezifischen Vertragsrecht wurde die SIA-Norm 118 (2013) für anwendbar erklärt. Mit Bezug auf die Feststellung des Ausmasses gelte zufolge der der SIA-Norm 118 vorgehenden Ziffer 5.6 der Projektspezifischen Bedingungen (PSB) Folgendes:

"Ausmass

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

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

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

Es war unbestritten, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin zwischen dem 7. Juli 2017 und dem 27. Februar 2019 elf, von ihr allein erstellte, Zwischenausmasse und am 30. April 2019, ebenfalls ohne Mitwirkung der Beschwerdegegnerin, das Schlussausmass per E-Mail zustellte.

Da feststehe, dass die Beschwerdegegnerin an der Erstellung der Ausmasse nicht mitgewirkt habe, hätten diese zufolge Ziff. 5.6 Abs. 2 der PSB durch eine Drittfirma aufgenommen werden müssen, was unbestrittenermassen nicht geschehen sei. Die von der Beschwerdeführerin allein aufgenommenen Ausmasse seien somit nicht vertragskonform, zumal hierfür auch die Erstellung mittels EDV-Programm und die Kontrollierbar- und Nachvollziehbarkeit verlangt gewesen wären.

3.2.3. Indem die Beschwerdeführerin behauptete, die Beschwerdegegnerin habe auf die Ausmassaufnahme durch eine Drittfirma verzichtet, und sie habe die Ausmasse jeweils auf Vorschlag der Beschwerdegegnerin selbstständig aufgenommen, mache sie eine Vertragsänderung geltend. Eine solche lasse sich jedoch aus dem nachvertraglichen Verhalten der Beschwerdegegnerin nicht ableiten. Diese habe am 11. März 2019 im Gegenteil darauf hingewiesen, dass ihre Pflicht zur Überprüfung des Ausmasses nur entstehe, wenn dieses vertragskonform erstellt werde. Aus dem Angebot, die Ausmasse trotzdem zu prüfen, sobald diese kontrollierbar und nachvollziehbar seien, könne weder auf ein entsprechendes Vertragsverständnis der Beschwerdegegnerin noch auf eine Zustimmung zur Vertragsänderung geschlossen werden. Auch das von der Beschwerdeführerin angeführte E-Mail vom 7. Juli 2017 belege keine Vertragsänderung. Diesem sei nicht zu entnehmen, inwiefern die Beschwerdegegnerin einen Änderungswillen ausgedrückt hätte. Gleiches gelte, wenn die Beschwerdegegnerin in zahlreichen E-Mails die Zustellung von Ausmassen durch die Beschwerdeführerin verdankt und teilweise deren Prüfung in Aussicht gestellt habe, ohne dieses Vorgehen zu beanstanden oder eine Ausmassaufnahme durch Dritte zu verlangen. Die Beschwerdegegnerin lege überzeugend dar, dass sie die beschwerdeführerischen Ausmasse lediglich als Rechtfertigung für deren Akontoforderungen betrachte, diese entgegengenommen und geprüft habe. Es sei tatsächlich ein Zahlungsplan vereinbart worden, wonach die Beschwerdeführerin entsprechend dem Baufortschritt Akontorechnungen stellen sollte, wobei sie vorleistungspflichtig wäre. Die Parteien hätten somit Akonto- resp. Abschlagszahlungen vereinbart. Diese würden bedingen, dass die Beschwerdegegnerin vor Bezahlung den Baufortschritt bzw. die Vorleistung der Beschwerdeführerin überprüfen könne. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach der Zahlungsplan dazu gedient habe, die Vertragsparteien von der aufwändigen Prüfung von Akontorechnungen, "nicht jedoch [der Prüfung] der Zwischenmasse" zu entbinden, treffe angesichts der vertraglichen bzw. der tatsächlich praktizierten Vereinbarung hingegen nicht zu.

Unter den gegebenen Umständen deute einzig der von der Beschwerdeführerin bei Zustellung der Ausmasse teilweise enthaltene Hinweis, wonach sie die Ausmasse ohne Gegenbericht innert zwei Wochen als vorbehaltlos akzeptiert betrachte, auf das von ihr vertretene Vertragsverständnis resp. auf einen Abänderungswillen hin. Jedoch bleibe mangels Ausführungen der Beschwerdeführerin unklar, weshalb ein bedeutender Teil ihrer E-Mails, womit sie der Beschwerdegegnerin die Zwischenausmasse zustellte, diesen Hinweis gerade nicht enthalten habe. Das Verhalten der Beschwerdeführerin sei mithin un schlüssig. Aus dem nachvertraglichen Verhalten der Beschwerdegegnerin könne weder auf ein Vertragsverständnis im Sinne der Beschwerdeführerin, noch auf eine Zustimmung zur Vertragsänderung hinsichtlich der Ausmassaufnahme geschlossen werden. Dies gelte umso weniger, als die Parteien Vertragsänderungen einem doppelten Schriftlichkeitsvorbehalt unterworfen hätten. Das Verhalten bzw. Schweigen der Beschwerdegegnerin könne nach Treu und Glauben auch nicht als Anerkennung der beschwerdeführerischen Ausmasse oder gar als Schuldbekentnis mit Bezug auf die Vergütung betrachtet werden. Eine Säumnis der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118 scheide bereits deshalb aus, weil die Beschwerdeführerin auch nach ihren eigenen Angaben die Beschwerdegegnerin nicht zur gemeinsamen Ausmassaufnahme gemäss Ziff. 5.6 Abs. 1 PSB eingeladen habe. Gleiches gelte für eine stillschweigende Anerkennung nach Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 6 OR. Der von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angeführte Entscheid

des Obergerichts Luzern (Urteil 1B 11 9 vom 11. Oktober 2011) und die zitierte Lehrmeinung seien nicht einschlägig, da jenen Fällen eine gemeinsame Ausmassaufnahme zugrunde gelegen habe. Mangels vertragsgemässer, gemeinsamer oder durch einen Dritten erfolgter Ausmassaufnahme fehle es vorliegend hingegen an der Grundlage, um auf eine Anerkennung der Beschwerdegegnerin zu schliessen. Die hierfür erforderlichen Umstände könnten auch nicht in der Bezahlung der Abschlagsrechnungen erblickt werden.

Der Beschwerdegegnerin sei ebenso wenig vorzuwerfen, dass sie die Beschwerdeführerin nicht ihrerseits zur zweiwöchentlichen Ausmassaufnahme eingeladen oder sie zur fortlaufenden Ausmassaufnahme durch einen Dritten angehalten habe. Trotz einer gewissen Mitwirkungspflicht der Beschwerdegegnerin bei der Beweissicherung hätten die Parteien die entsprechende Initiative der Beschwerdeführerin überbunden. Die fortlaufende Ausmassaufnahme und Anerkennung der Ausmasse sei denn auch primär im Interesse der Beschwerdeführerin - zum Nachweis ihrer Leistungen - gewesen. Entsprechend hätte sie die Beschwerdegegnerin zur vertragsgemässen Ausmassaufnahme anhalten oder ihren Änderungswillen unmissverständlich zum Ausdruck bringen und auf einer eindeutigen, angesichts des Schriftlichkeitsvorbehalts sinnvollerweise schriftlichen Zustimmung zur Vertragsänderung bestehen müssen.

Entgegen der pauschalen Behauptung der Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin ihre Mitwirkung nicht rechtsmissbräuchlich verweigert, um sich auf die nicht mehr mögliche Ausmassaufnahme zu berufen. Diese wäre jedenfalls noch möglich gewesen, als die Beschwerdegegnerin im Februar 2019 das beschwerdeführerische Ausmass explizit zurückgewiesen und eine neue Ausmassaufnahme angeregt habe, was die Beschwerdeführerin abgelehnt habe. Eine vorprozessuale Beweisvereitelung durch die Beschwerdegegnerin liege nicht vor. Spätestens nach deren expliziten Zurückweisung der Ausmasse hätte die Beschwerdeführerin das Angebot zur Neuaufnahme der Ausmasse annehmen oder andere Beweissicherungsmassnahmen ergreifen müssen. Allenfalls hätte sie das plangemässe theoretische Ausmass begründen und beweisen können.

3.2.4. Nicht gefolgt werden könne der Beschwerdeführerin schliesslich im Eventualstandpunkt, wonach die Beschwerdegegnerin ihre Ausmasse im Rahmen vorprozessualer Vergleichsgespräche geprüft und zumindest im Nettobetrag von Fr. 12'731'969.45 als richtig anerkannt habe. Die Beschwerdegegnerin habe sich seit Februar 2019 konsequent auf den Standpunkt gestellt, die Ausmasse seien vertragswidrig aufgenommen worden und nicht überprüf- und nachvollziehbar. Zwar habe sie den vorerwähnten Betrag unter dem Titel "Ausmass" wiederholt genannt. Dies aber explizit stets zwecks vergleichsweiser Einigung über die Gesamtvergütung und im Rahmen vorläufiger Berechnungen. Aus den von der Beschwerdeführerin zitierten E-Mails der Beschwerdegegnerin sei hingegen kein Wille ersichtlich, konkrete Leistungen anzuerkennen oder sich für einen Betrag bedingungslos zu verpflichten. Auch habe die Beschwerdegegnerin keinen konkreten Vergleichsvorschlag geäussert. Die nachfolgende Korrespondenz im Rahmen der Vergleichsverhandlungen zeige klar, dass die Beschwerdegegnerin keinen Verpflichtungs- bzw. Rechtsfolgewillen gehabt habe. Unter den gegebenen Umständen habe die Beschwerdeführerin auch nicht nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen können, dass die Beschwerdegegnerin den vergleichsweise genannten Nettobetrag von Fr. 12'731'969.45 anerkannt hätte, zumal Äusserungen in Vergleichsgesprächen grundsätzlich unpräjudizieller Natur seien.

3.2.5. Zusammengefasst könnten die von der Beschwerdeführerin ermittelten Ausmasse nicht als anerkannt gelten und liege kein Schuldbekennnis der Beschwerdegegnerin mit Bezug auf die Vergütung vor. Auch im Prozess habe die Beschwerdegegnerin das Ausmass rechtzeitig und hinreichend bestritten, sodass die Beschwerdeführerin die unter dem Titel Ausmass erbrachten Leistungen insgesamt zu behaupten und zu beweisen habe.

Aufgrund der von ihr vertretenen Auffassung einer (Schuld) anerkennung durch die Beschwerdegegnerin habe die Beschwerdeführerin jedoch nur zu einem Teil ihres Ausmasses (6.9%)

Tatsachenbehauptungen aufgestellt. Nach ihrer Darstellung handle es sich dabei um jene Positionen, welche den vorprozessual strittig gebliebenen Teil der Vergütung ausmachten bzw. welche die Beschwerdegegnerin im Subeventualstandpunkt konkret bestritten habe. Die Positionen würden einen behaupteten Vergütungsanspruch von rund Fr. 4,7 Mio. betreffen, während sich die Beschwerdeführerin zum Rest - rund Fr. 10 Mio. - trotz Bestreitung durch die Beschwerdegegnerin auch replicando nicht geäußert habe. Die Beschwerdeführerin habe sich insoweit auf die Einreichung des Ausmasses als Beweismittel sowie die Nennung der Vergütungstotale pro NPK-Position und des sich daraus ergebenden Totals der Schlussrechnung beschränkt. Damit habe sie ihrer Behauptungslast nicht genügt, zumal dieser grundsätzlich in den Rechtsschriften selbst nachzukommen sei. Soweit auf Beilagen verwiesen werde, sei zumindest zu erklären, dass und welche Ausmasse als Bestandteil der Rechtsschriften bzw. als (mit-) behauptet zu gelten hätten. An einer derartigen Verweisung fehle es vorliegend, sodass von vornherein kein Behauptungsfundament bestehe. Selbst unter der Annahme, dass der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Leistungen im Betrag von rund Fr. 4,7 Mio. der volle Beweis gelungen wäre, würde dieser Betrag die erhaltenen Akontozahlungen von Fr. 11'612'638.75 nicht übersteigen. Die Beschwerdeführerin vermöge daher keine darüber hinausgehende Forderung aus Ausmass nachzuweisen, weshalb die Klage insoweit abzuweisen sei.

Daran würde auch nichts ändern, wenn die Beschwerdeführerin zur Behauptung ihrer Leistungen in den Rechtsschriften auf das Schlussergebn verwiesen hätte. Entgegen den praxisgemäss verlangten Anforderungen sei dieses nicht selbsterklärend. Das behauptete Schlussergebn sei weder für die Beschwerdegegnerin noch für das Gericht nachvollziehbar bzw. schlüssig zu beurteilen. Zudem umfasse die Beilage mehrere Ordner. Soweit die Beschwerdeführerin in der Klagebegründung verschiedentlich ein Gutachten ("Expertise über das Schlussergebn") offeriert habe, sei unklar, was dessen Gegenstand hätte sein sollen. Gleiches gelte für den offerierten Augenschein. Die entsprechenden Beweise wären somit ohnehin nicht abgenommen worden, sodass die Klage mit Bezug auf Forderungen aus Ausmass auch aus diesem Grund abzuweisen wäre.

3.3. Die Beschwerdeführerin machte ferner Fr. 103'016.90 netto für "Zuschläge für Samstagsarbeit" geltend. Die Beschwerdegegnerin bestritt sowohl die Anordnung von Samstagsarbeit als auch die geleisteten Stunden (6'004.5 Stunden), die Berechnungsansätze und die Behauptung, dass die Beschwerdeführerin den von ihr geforderten Zuschlag überhaupt bezahlen müsse.

Die Vorinstanz erwog, wie die Beschwerdegegnerin zutreffend einwende und die Beschwerdeführerin nicht bestreite, schliesse der Werkvertrag in verschiedenen Bestandteilen die Vergütung von Samstagsarbeit und von Zuschlägen explizit oder implizit aus. Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, es sei eine besondere Abrede getroffen worden, wonach der Samstagszuschlag trotzdem zu entschädigen sei, sei ihre Argumentation widersprüchlich. Hätte der Werkvertrag eine Entschädigung des Zuschlags nicht ausgeschlossen, wäre eine Vertragsänderung, wie sie die Beschwerdeführerin behauptete, nicht nötig gewesen. Wenn sie sodann vorbringe, die Parteien hätten jedenfalls im August/September 2018 eine Entschädigung für Zuschläge von bereits geleisteter Samstagsarbeit vereinbart, so behauptete sie gerade nicht, dass anlässlich dieser Besprechungen konkrete Leistungen, Stundenansätze oder Entschädigungen, wie sie dann in ihrem Rechnungsanhang Niederschlag gefunden hätten, erörtert oder gar vereinbart worden wären. Auch ein daraus abgeleitetes Schuldbekenntnis über den eingeklagten Betrag von Fr. 103'016.90 behauptete sie nicht. Da zumindest der geltend gemachte Durchschnittslohn jedenfalls nicht Gegenstand der behaupteten Besprechung gewesen sei, hätte die Beschwerdeführerin diesen vor Gericht substantzieren müssen, was sie nicht getan habe. Auch insoweit fehle es daher an einem Behauptungsfundament, weshalb die offerierte Zeugenbefragung nicht durchzuführen und die Forderung nicht nachgewiesen sei. Entsprechend sei die Klage insoweit abzuweisen.

3.4. Die vorstehenden Erwägungen der Vorinstanz sind überzeugend. Es ist nicht ersichtlich, dass sie in tatsächlicher Hinsicht in Willkür verfallen wäre oder sonst Bundesrecht verletzt hätte.

3.4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe sie die Beschwerdegegnerin zur gemeinsamen Ausmassaufnahme eingeladen. Sie erblickt solches darin, dass sie die jeweils alleine aufgenommenen Ausmasse der Beschwerdegegnerin per E-Mail zur Kontrolle zugestellt hat. Damit belegt sie freilich weder eine Einladung zu gemeinsamen Ausmassaufnahmen, zumal diese bei Versand der E-Mails offensichtlich bereits stattgefunden hatten, noch begründet sie, dass die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Beschwerdegegnerin an der Erstellung der Ausmasse nicht mitgewirkt habe, offensichtlich falsch wäre. Die Beschwerdeführerin weist selbst darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin nie ein geprüftes und unterzeichnetes Zwischenausmass retourniert und sich auch sonst auf die Ausmasszustellungen inhaltlich nicht zurückgemeldet habe. Entgegen ihrer Auffassung ist es daher nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz annahm, die Beschwerdegegnerin habe sich an der Ausmassaufnahme nicht beteiligt. Auch vermag die Beschwerdeführerin mit dem Verweis auf die E-Mails die Auffassung der Vorinstanz, wonach sie die Beschwerdegegnerin nach eigener Darstellung nicht zur gemeinsamen Ausmassaufnahme habe einladen wollen und eingeladen habe, nicht als willkürlich erscheinen zu lassen.

Wenn die Beschwerdeführerin argumentiert, die Beschwerdegegnerin habe die Ausmassaufnahme grundlos und systematisch verweigert, scheint sie zudem zu verkennen, dass diese gemäss zutreffender Vertragsauslegung durch die Vorinstanz hierzu nicht verpflichtet war (oben E. 3.2.2). **Der Verweis der Beschwerdeführerin auf Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 geht an der Sache vorbei. Die von der Vorinstanz herangezogene Ziff. 56 PSB geht der entsprechenden Bestimmung gemäss SIA-Norm vor, wovon die Vorinstanz zutreffend ausgeht. Die Beschwerdeführerin kann daher daraus nichts für sich ableiten, namentlich nicht, dass die Beschwerdegegnerin ihre Mitwirkung bei der Ausmassaufnahme rechtsmissbräuchlich verweigert hätte. Ebenso wenig liegt in ihrem Stillschweigen eine Anerkennung der Ausmasse oder ein Schuldbekenntnis, was die Vorinstanz überzeugend begründet (oben E. 3.2.3). Gleiches gilt für ihre Erwägung, wonach die Beschwerdeführerin das Angebot der Beschwerdegegnerin zu einer neuen Ausmassaufnahme im Februar 2019 abgelehnt habe, was Erstere als aktenwidrig rügt. Damit vermag die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid im Ergebnis aber nicht als willkürlich auszuweisen. Der Vorinstanz ist gleichwohl zuzustimmen, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht rechtsmissbräuchlich verhielte, wenn sie ihre Mitwirkung an der Ausmassaufnahme verweigert hätte. Es kann offen bleiben, ob diese im Februar 2019 noch vollständig möglich war und ob die Beschwerdegegnerin dies mit Blick auf die Dispositionsmaxime vorgebracht hat.**

Die Beschwerdeführerin behauptet sodann nicht, die Ausmasse wären mangels Mitwirkung der Beschwerdegegnerin durch eine Drittfirma aufgenommen und mittels eines EDV-Programms erstellt worden, wie dies Ziff. 5.6 Abs. 2 der PSB für den Fall vorsieht, dass der Bauherr auf ein gemeinsames Erstellen des Ausmasses verzichtet bzw. daran nicht teilnimmt. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin war die Beschwerdegegnerin nach dem Gesagten insoweit nicht "vorleistungspflichtig" und daher auch nicht säumig, sondern oblag die Ausmassaufnahme der Beschwerdeführerin, zumal primär sie davon profitierte, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (oben E. 3.2.3). Auch, soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang von Rechtsmissbrauch spricht, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Dies gilt ebenso hinsichtlich des Einwands, wonach der tatsächlich gelebte Vertrag massgebend sei, womit die Beschwerdeführerin implizit eine Vertragsänderung geltend macht. Die Vorinstanz nahm zu Recht an, dass die von der Beschwerdeführerin alleine aufgenommenen Ausmasse nicht vertragskonform erfolgten.

3.4.2. Die Beschwerdeführerin bringt auch im Eventualstandpunkt nichts vor, was die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Parteienkorrespondenz ab Oktober 2019 klar zeige, dass die Beschwerdegegnerin weder die Ausmasse noch diesbezügliche Leistungen der Beschwerdeführerin oder Verpflichtungen ihrerseits anerkannt habe, als willkürlich ausweisen würde. Es kann auf das in Erwägung 3.2.4 vorstehend Gesagte verwiesen werden. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich

darauf, der Würdigung der einschlägigen E-Mails durch die Vorinstanz, worin diese keinen Verpflichtungswillen der Beschwerdegegnerin erkannte, ihre eigene Sicht entgegen zu halten. Dies genügt zum Nachweis von Willkür nicht (oben E. 2.2).

Soweit die Beschwerdeführerin eine bundesrechtswidrige Auslegung des Begriffs "Prüfung" im Sinne von Art. 154 SIA-Norm 118 durch die Vorinstanz rügt, können ihre Vorbringen nicht nachvollzogen werden. Darauf ist nicht einzugehen. Auch leuchtet nicht ein, weshalb die Vorinstanz bei richtiger Anwendung des Begriffs "Bereinigung der Differenzen" nach Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 unter den gegebenen Umständen hätte zum Schluss kommen müssen, dass die Beschwerdegegnerin das Schlussermass geprüft und anerkannt hätte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz auch willkürfrei auf die Abnahme weiterer Beweise, insbesondere die Befragung angebotener Zeugen, verzichtet (zur antizipierten Beweismündigkeit vgl. **BGE 136 I 229** E. 5.3; **134 I 140** E. 5.3; **130 II 425** E. 2.1; Urteil 4A_581/2022 vom 2. Juni 2023 E. 2.4, zur Publ. bestimmt).

3.4.3. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass die Beschwerdeführerin mangels Anerkennung der Ausmasse durch die Beschwerdegegnerin sowie eines Schuldbekennnisses mit Bezug auf die Vergütung ihre unter dem Titel Ausmass erbrachten Leistungen insgesamt hätte behaupten und beweisen müssen.

Die Vorinstanz verletzte auch kein Bundesrecht, wenn sie erwog, die Beschwerdeführerin sei ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast nicht hinreichend nachgekommen, indem sie bloss zu einem Teil ihres Ausmasses, welcher einen geltend gemachten Vergütungsanspruch von rund Fr. 4,7 Mio. ausmache, Tatsachenbehauptungen aufgestellt habe. Hingegen habe sie die restlichen Positionen, ausmachend eine behauptete Vergütung von rund Fr. 10 Mio., zumal angesichts der Bestreitung durch die Beschwerdegegnerin, nicht in einer Art. 55 ZPO genügenden Weise behauptet und begründet, indem sie bloss auf eine umfangreiche Beilage zur Klage verwies, ohne zu erklären, dass und welche Ausmasse als Bestandteil der Rechtsschriften bzw. als (mit-) behauptet zu gelten haben. Es kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz damit die Anforderungen an die Behauptungs- und Substanziierungslast in bundesrechtswidriger Weise überspannt hätte. Wenn die Beschwerdeführerin Gegenteiliges rügt, kann ihr nicht gefolgt werden. Auch eine falsche Beweislastverteilung kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerin basiert auf der irrigen Annahme, dass die Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin allein ermittelten Ausmasse als korrekt anerkannt und mit Bezug auf den Forderungsbetrag ein Schuldbekennnis abgegeben hätte, was die Vorinstanz überzeugend verwirft (oben E. 3.2.5). Auch soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe einen übertriebenen Substanziierungsmassstab angelegt, weicht sie im Übrigen vom für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt ab, ohne Willkür darzutun. Sie geht davon aus, aufgrund der Schuldanerkennung der Beschwerdegegnerin seien lediglich noch 6,9% der Forderungen strittig. Darauf ist nach dem Gesagten nicht mehr einzugehen.

Da somit feststeht, dass die Beschwerdeführerin lediglich im Leistungsumfang von rund Fr. 4,7 Mio. hinreichende Behauptungen aufgestellt hat und unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin Akontozahlungen von Fr. 11'612'632.75 geleistet hat, wies die Vorinstanz die Klage zu Recht ab. Dies zutreffend ohne weitere Prüfung der angebotenen Beweise. Im Übrigen überzeugt auch die diesbezügliche Begründung der Vorinstanz, weshalb ohnehin auf die beantragte Beweisabnahme zu verzichten gewesen wäre. Auch darauf kann verwiesen werden (oben E. 3.2.5).

3.5. Die vorinstanzlichen Ausführungen zur Forderung für "Zuschläge für Samstagsarbeit" von Fr. 103'016.90 netto (oben E. 3.3) bestreitet die Beschwerdeführerin einzig unter dem Aspekt der ungenügenden Substanziierung. Sie begründet ihr Vorbringen ebenfalls mit der von der Vorinstanz schlüssig widerlegten Auffassung, dass eine Anerkennung durch die Beschwerdegegnerin vorliege. Darauf ist nicht einzugehen. Zu den Zinsansprüchen äussert sie sich nicht, wobei diese bei Verneinung der Hauptforderungen ohnehin unbegründet sind.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten von Fr. 20'000.--.

3.

Die Beschwerdeführerin bezahlt der Beschwerdegegnerin Fr. 22'000.-- Parteientschädigung.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. September 2023

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Matt