



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK2 09 48

Chur, 11. Februar 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

II. Zivilkammer

Vorsitz	Vizepräsident Schlenker
Richter	Bochsler und Michael Dürst
Redaktion	Aktuar ad hoc Pers

In der zivilrechtlichen Berufung

der A., Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Felix Huber, Bellerivestrasse 10, 8008 Zürich,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Albula vom 3. Juni 2009, mitgeteilt am 7. Juli 2009, in Sachen der Gemeinde Z., Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Druey Just, Masanserstrasse 40, Villa Zambail, 7000 Chur, gegen die Klägerin und Berufungsklägerin

betreffend Forderung

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Im Rahmen eines Submissionsverfahrens suchte die Gemeinde Z. ein Generalunternehmen, welches mit der Erweiterung und Erneuerung des Sportzentrums B. in Y. beauftragt werden sollte. Nach dessen Durchführung schloss sie am 18./29. Januar 2007 mit der A. (nachfolgend A.), einen GU-Werkvertrag ab. Darin beauftragte die Gemeinde Z. (Bestellerin) die A. (Generalunternehmerin) mit der schlüsselfertigen Ausführung aller nötigen Arbeiten zur Erweiterung und Erneuerung des Sportzentrums. Die Parteien vereinbarten dabei ein Kostendach in der Höhe von Fr. 10'099'540.-- inklusive Mehrwertsteuern (vgl. Ziff. 4.2.1 des GU-Werkvertrags). Mit dem Bau sollte am 16. April 2007 begonnen werden und die Schlussabnahme war für den 21. August 2008 vorgesehen. Hinsichtlich der Arbeitsvergaben einigten sich die Parteien gemäss Ziffer 9.1 des GU-Werkvertrags auf folgendes Verfahren: Gemäss Ziffer 9.1.1 sollte die Bestellerin bei den Arbeitsvergaben entscheiden, diese sollten aber durch die Generalunternehmerin vollzogen werden. Die Bestellerin durfte mit den Submittenten keine Verhandlungen führen. Ziffer 9.1.2 besagte, dass die Generalunternehmerin der Bestellerin nach Unterzeichnung des Generalunternehmervertrags eine Unternehmerliste zu unterbreiten hat. Gemäss Ziffer 9.1.3 verpflichtete sich die Generalunternehmerin sodann, nur Subunternehmer und Lieferanten vorzuschlagen, die sich über ein einwandfreies Geschäftsgebaren (z.B. Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge und der arbeitsrechtlichen Vorschriften, korrekte Zahlungsmoral gegenüber der öffentlichen Hand sowie Lieferanten, Verbänden etc.) ausweisen können. Gestützt auf Ziffer 9.1.5 des GU-Werkvertrags konnte die Bestellerin die Unternehmerliste ergänzen oder Vorschläge aus triftigen Gründen streichen. Die Generalunternehmerin hatte das Recht, solche Vorschläge abzulehnen, wenn Zweifel bezüglich fachlicher Eignung, Bonität, Kapazität oder Qualität bestanden. Weiter hatte die Generalunternehmerin neutrale Ausschreibungsunterlagen zu erstellen oder die vom Generalplaner erstellten Unterlagen zu verwenden. Sie verpflichtete sich, die Submission korrekt und mit gleichen Chancen für alle Offerierenden durchzuführen. Die Ausschreibungsunterlagen waren vor dem Versand dem Projektleiter Bauherr, C., zur Prüfung vorzulegen, der den Versand freigab (Ziff. 9.1.6). Laut Ziffer 9.1.7 hatte die Generalunternehmerin nach durchgeführter Submission der Bestellerin das Schluss-verhandelte Gesamtergebnis (Offertvergleich) zusammen mit ihrem Vergabeantrag zu unterbreiten. Anschliessend hatte die Bestellerin gemäss Ziffer 9.1.8 innert 10 Arbeitstagen über die Vergabe zu entscheiden. Sollte sie eine Vergabe an einen

anderen als den von der Generalunternehmerin vorgeschlagenen Submittenten bestimmen, würde eine allfällige Differenz zum Antrag des GU dem Kostendach zugeschlagen. Derartige Mehrkosten wären nicht honorarberechtigt.

Mit Mail vom 22. Februar 2007 liess die Generalunternehmerin der Bestellerin die Unternehmerlisten BKP 213 Montagebau in Stahl bis und mit BKP 281 fugenlose Bodenbeläge zukommen. Darin war auch die Unternehmerliste BKP 23 Elektroanlagen, welche die Namen von 14 Unternehmern enthielt, aufgeführt. Mit Mail vom 23. Februar 2007 setzte die Gemeinde Z. die Generalunternehmerin darüber in Kenntnis, dass vier der Listen mit je einem zusätzlichen Unternehmen zu ergänzen seien und in der Liste BKP 222/224 Dachdecker und Spengler die Firma D., Y., entfalle. Diese Anpassungen wurden von der Generalunternehmerin in der Folge anstandslos vorgenommen.

Mit Mail vom 13. März 2007 beanstandete der Projektleiter der Bauherrschaft, C., die Vergabepraktiken im Zusammenhang mit dem Projekt Y.. So hätte festgestellt werden müssen, dass nach Genehmigung der Submittentenlisten durch die Bauherrschaft offenbar weitere, auf den Listen nicht aufgeführte Unternehmer eingeladen worden seien und Offerten eingeben würden, und dies sehr viel später als die zuerst eingeladenen Unternehmer. Diese monierten nun, dass damit keine Chancengleichheit mehr gewährleistet sei. Er hielt darin auch fest, dass die genehmigten Submittentenlisten abschliessend seien. Die Generalunternehmerin erklärte mit Mail vom 14. März 2007, dass die Submittentenlisten wie verlangt an die Bauherrschaft abgegeben worden seien, woraufhin diese durch den Bauherrn mit diversen Unternehmen ergänzt worden seien. Alle Unternehmer der überarbeiteten Listen hätten anschliessend die Submissionsunterlagen erhalten. Merkwürdigerweise habe die Generalunternehmerin aber 90 % der versendeten Unterlagen leer retour erhalten. Anscheinend habe im ganzen Kanton Graubünden kein Baumeister Interesse am vorliegenden Auftrag. Daher sei sie aufgrund des Budgets des Bauherrn sowie der eigenen finanziellen Vorgaben gezwungen gewesen, weitere Unternehmer anzugehen. Zudem seien die genehmigten Unternehmerlisten nie abschliessend, sondern dienten dem Zweck, dass alle vom Bauherrn gewünschten Unternehmer zur Offertstellung eingeladen würden. An der Projektleitungssitzung Nr. 22 vom 16. März 2007 wiesen die Vertreter der Bestellerin darauf hin, dass die Submittentenliste nicht ohne Erlaubnis der Bauherrschaft ergänzt werden dürfe. Nur so könne gewährleistet werden, dass für die Gemeinde unerwünschte Unternehmer nicht eingeladen würden. Der Vertreter des Gemeindevorstands, E., merkte an, dass er generell nichts gegen zusätzliche Einladungen einzuwenden

habe, dann aber vollständig informiert sein möchte, wer ein Angebot abgegeben habe und wer nicht. Am 22. März 2007 informierte die Generalunternehmerin die Bestellerin erneut über den Umstand, dass der Markt bei den Baumeisterarbeiten nicht gespielt habe, weshalb die Preise gegenüber dem KV zu hoch seien. Aus diesem Grund sei sie daran, neue Preise einzuholen. Anlässlich der Projektleitungssitzung Nr. 23 vom 30. März 2007 kam nochmals die Diskussion betreffend die Ergänzungen der Submittentenliste auf. Auslöser für die intensiven Auseinandersetzungen zwischen der Bauherrschaft und der Generalunternehmerin waren die zusätzlich eingeladenen, von der Bauherrschaft nicht genehmigten Baumeisterunternehmungen. Die Bauherrschaft verlangte zukünftig einen Antrag für weitere Offerteinladungen und wollte über den Sachverhalt - auch leere Devis - vollständig informiert sein. Gleichentags legte die Generalunternehmerin die Vergabeanträge für die Sparten Baumeisterarbeiten sowie Elektroanlagen vor, wobei sie betreffend Elektroanlagen die Vergabe an die F., X., beantragte.

Anschliessend beauftragte die Gemeinde Z. den Betriebsleiter des Sportzentrums B. damit, Erkundigungen über die Firma F. einzuholen. Dieser riet mit Schreiben vom 23. April 2007 von einer Vergabe an die F. ab. Ausschlaggebend hierfür seien zum einen die Entfernung zwischen Firmensitz und Baustelle, zum anderen das tiefe Angebot, welches eine kostendeckende Ausführung der Arbeiten ohne Zusatzausmass verunmögliche. Zudem sei die F. auch beim Verband der Schweizerischen Elektroinstallateure sehr negativ bekannt, werde dieser doch im Zusammenhang mit dieser Firma sehr oft als Hilfe oder als Schlichtungsstelle angerufen. Am 25. April 2007 teilte die Gemeinde Z. der Generalunternehmerin mit, dass der Auftrag Elektroanlagen an die zweitplatzierte G. vergeben werde. Auf dem Vergabeantrag führte sie aus, dass die F. nicht auf der genehmigten Unternehmerliste aufgeführt gewesen sei. Per Fax vom 25. April 2007 begrüsst die Generalunternehmerin zwar die Berücksichtigung einer einheimischen Unternehmung, machte die Bestellerin aber gleichzeitig darauf aufmerksam, dass sie aufgrund ihrer Wahl die Differenz zum günstigsten Angebot tragen müsse.

Auch an der Besprechung vom 24. August 2007 vertrat die Generalunternehmerin die Auffassung, die Bestellerin habe ihr die Differenz von Fr. 213'227.-- zu entschädigen, welche dadurch entstanden sei, dass diese bei den Vergaben der Baumeisterarbeiten und der Elektroanlagen nicht die von der Generalunternehmerin vorgeschlagenen Submittenten gewählt habe. Mit Schreiben vom 4. September 2007 teilte die Bestellerin mit, sie sei nicht bereit,

diese Differenz zu entschädigen, da die von der Generalunternehmerin beantragten Firmen nicht auf der bewilligten Submittenteliste aufgeführt gewesen seien. Am 17. Oktober 2007 stellte die Generalunternehmerin der Gemeinde Z. für die Differenzen aus obgenannten Vergaben eine Rechnung in Höhe von Fr. 213'227.-- zu. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2007 wurde die Generalunternehmerin von der Bestellerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Gemeindevorstand Z. deren Wiedererwägungsgesuch vom 22. Oktober 2007 geprüft und beschlossen habe, darauf nicht einzutreten. Der Entscheid des Gemeindevorstands vom 30. August 2007 gelte somit nach wie vor.

B. Am 28./29. Januar 2008 machte die A. beim Kreispräsidenten W. als Vermittler gegen die Gemeinde Z. eine entsprechende Forderungsklage anhängig. Da anlässlich der Sühneverhandlung vom 27. Februar 2008 zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, wurde vereinbart, das Protokoll bis am 15. April 2008 und nach einem Sistierungsgesuch der Klägerin bis am 30. April 2008 offen zu lassen. Mit Nachtrag Nr. 25, Vergabedifferenzen, vom 4. April 2008 willigte die Bestellerin ein, die Differenz aus der Vergabe Baumeisterarbeiten in Höhe von Fr. 58'227.-- zu bezahlen. Mit Schreiben vom 30. April/5. Mai 2008 teilte der Rechtsvertreter der Generalunternehmerin sodann mit, dass die Forderung im Umfang von Fr. 155'000.-- nach wie vor bestritten werde. Dieser Betrag entspreche den Mehrkosten bei der Vergabe der Elektroanlagen und ergebe sich aus der Differenz zwischen dem günstigsten Angebot der Firma F. (Fr. 1'285'000.--) und dem Angebot der G. (Fr. 1'440'000.--), welche von der Bestellerin den Zuschlag erhalten habe. Er ersuche deshalb, für die bestrittene Forderung im Umfang von Fr. 155'000.-- die Weisung an das zuständige Gericht auszustellen. Der Leitschein wurde am 6. Mai 2008 mit folgenden Rechtsbegehren ausgestellt und am 8. Mai 2008 mitgeteilt:

1. Klägerisches Rechtsbegehren:

1.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 155'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 17. Oktober 2007 zu zahlen.

1.2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

2. Beklagtisches Rechtsbegehren:

2.1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

2.2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

C. Mit Prozesseingabe vom 28. Mai 2008 unterbreitete die A. die Streitsache dem Bezirksgericht Albula, wobei sie an ihrem Rechtsbegehren gemäss

Leitschein festhielt. Einzig der Verzugszins wurde neu erst seit dem 28. Januar 2008 gefordert.

D. Mit Urteil vom 3. Juni 2009, mitgeteilt am 7. Juli 2009, erkannte das Bezirksgericht Albula wie folgt:

„1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Bezirksgerichtes Albula bestehend aus:

Gerichtsgebühren	Fr. 12'000.00
Streitwertzuschlag	Fr. 3'100.00
Barauslagen	Fr. 40.00
Schreibgebühren	<u>Fr. 237.00</u>
insgesamt	Fr. 15'377.00

gehen zulasten der A.. Sie werden, soweit möglich, mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 5'377.00 ist innert 30 Tagen mittels beiliegenden Einzahlungsscheines zu bezahlen. Der Gemeinde Z. wird der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.00 nach Erhalt eines Einzahlungsscheines erstattet.

3. Die A., wird verpflichtet, der Gemeinde Z. eine ausseramtliche Entschädigung von insgesamt Fr. 19'800.00 inklusive Spesen und 7.6% MWST zu leisten.

4. (Rechtsmittelbelehrung).

5. (Mitteilung).“

E. Gegen dieses Urteil erhob die A. mit Eingabe vom 26. August 2009 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgendem Rechtsbegehren:

„1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin unter Anpassung des Kostendachs des GU-Werkvertrags zwischen den Parteien den Betrag von Fr. 155'000.-- zu zahlen, zuzüglich 5 % Zins seit dem 28. Januar 2008;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das vorinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zu Lasten der Beklagten.“

Die Berufungsklägerin macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe den GU-Werkvertrag falsch ausgelegt sowie den rechtserheblichen Sachverhalt falsch bzw. unvollständig gewürdigt. Vielmehr hätte die Vorinstanz von einer Vertragslücke ausgehen müssen, da sich mit dem Eingang von zu wenig und nicht konkurrenzfähigen Offerten und dem sich daraus ergebenden Erfordernis, zusätzliche Unternehmer zur Offertstellung einzuladen, ein Sachverhalt eingestellt habe, den die Parteien im GU-Werkvertrag nicht geregelt hätten. Im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung hätte sodann der hypothetische Parteiwille ermittelt

werden müssen. Ferner hätte die Vorinstanz dem Urteil zugrunde legen müssen, dass die Berufungsbeklagte während der Phase der Auftragsvergabe nie „triftige Gründe“ im Sinne des GU-Werkvertrags gegen die F. geltend gemacht habe, sondern sich stets nur auf den unzutreffenden formellen Standpunkt gestellt habe, die betreffende Offerte sei „ungültig“. Ebenfalls nicht berücksichtigt worden sei der Umstand, dass die Berufungsbeklagte dem Nachversand von Offerteinladungen für die Elektroarbeiten zumindest konkludent zugestimmt habe.

F. Nach Eingang der Berufungsschrift wurde am 16. September 2009 das schriftliche Verfahren gemäss Art. 224 Abs. 2 ZPO angeordnet.

G. Mit Berufungsantwort vom 19. November 2009 beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.a) Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden [ZPO; BR 320.000] in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Der Berufungsstreitwert ist im vorliegenden Fall mit einem Streitwert von Fr. 155'000.-- erreicht, womit die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist.

b) Die Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des begründeten Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). In Berücksichtigung der Gerichtsferien gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO wurde die vorliegende Berufung sowohl frist- als auch formgerecht eingereicht, so dass darauf eingetreten werden kann.

2.a) Seitens der Berufungsklägerin werden immer wieder die Ereignisse rund um die Vergabe der Baumeisterarbeiten thematisiert, weshalb es vorab klarzustellen gilt, dass das Vergabeverfahren betreffend die Baumeisterarbeiten

nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet. Da unter den Parteien diesbezüglich eine aussergerichtliche Einigung erzielt werden konnte, wird die Angelegenheit von der angerufenen Rechtsmittelinstanz als abgeschlossen betrachtet.

b) Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet einzig die Frage, ob die Berufungsbeklagte die Preisdifferenz zu tragen hat, welche dadurch entstanden ist, dass sie im Rahmen der Vergabe Elektroanlagen den Zuschlag anstelle der von der Berufungsklägerin vorgeschlagenen F. der zweitplatzierten G. erteilt hat.

3.a) Die Berufungsklägerin fordert von der Berufungsbeklagten die Bezahlung eines Betrags von Fr. 155'000.-- zuzüglich Zins. Dabei stützt sie sich auf Ziffer 9.1.8 des GU-Werkvertrags, welche besagt, dass eine allfällige Differenz zum Antrag der Generalunternehmerin dem Kostendach zugeschlagen wird, sollte die Bestellerin eine Vergabe an einen anderen als den von der Generalunternehmerin vorgeschlagenen Submittenten bestimmen. Seitens der Berufungsbeklagten wird der Bestand der Forderung bestritten.

b) Eine Forderung ist ein klagbares Recht auf Leistung, wobei die Schuld die Gegenseite der Forderung bildet. Forderung und Schuld sind korrelative Begriffe. Gegenstand der Forderung bildet die Leistung des Schuldners, welche als Sach- oder Dienstleistung in einem Tun, einem Unterlassen oder Dulden bestehen kann. Jede Forderung setzt einen Grund voraus, der sie rechtlich entstehen lässt. Ein solcher Entstehungsgrund kann in einem Vertrag, einer unerlaubten Handlung oder einer ungerechtfertigten Bereicherung liegen. (vgl. Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., Zürich 2008, N 29 ff.). Gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger kann sich der Schuldner mit Einwendungen und Einreden zur Wehr setzen. Einwendungen richten sich gegen den Bestand einer Forderung und sind von Amtes wegen zu berücksichtigen, währenddem Einreden lediglich die uneingeschränkte Durchsetzbarkeit hindern und nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sich der Schuldner darauf beruft. Bei den Einwendungen kann zwischen rechtshindernden und rechtsvernichtenden unterschieden werden. Mit einer rechtshindernden Einwendung macht der Schuldner geltend, dass der Anspruch des Gläubigers gar nicht entstanden ist; eine rechtsvernichtende Einwendung gründet sich darauf, dass der wirksam entstandene Anspruch später untergegangen ist (vgl. Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 4.34 f.; Gauch/Schluép/Schmid, a.a.O., N 76 ff.).

c) Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Urteil zur Auffassung, dass es die Pflicht der Berufungsklägerin gewesen wäre, der Berufungsbeklagten die Namen der Unternehmer - wie vorliegend jenen der F. -, welche sie zusätzlich habe einladen wollen, vor der Einladung zur Offertstellung mitzuteilen, so dass die Berufungsbeklagte die Möglichkeit gehabt hätte, ihr Streichungsrecht beim Vorliegen triftiger Gründe wahrzunehmen. Die Berufungsbeklagte habe jedoch erst aufgrund des Vergabeantrags erfahren, dass die F. zur Offerstellung eingeladen worden war und ein Angebot abgegeben hatte; in diesem Zeitpunkt habe sie über kein Streichungsrecht mehr verfügt, wodurch ihr vertraglich vereinbartes Mitspracherecht bei der Aufstellung der Unternehmerliste verletzt worden sei. Da das Vergabeverfahren vorliegend nicht korrekt bzw. entsprechend den Regelungen des GU-Werkvertrags durchgeführt worden sei, habe die Berufungsklägerin gegenüber der Berufungsbeklagten keinen Anspruch auf die geforderte Differenzzahlung.

d) Die Berufungsklägerin rügt nun zunächst, die Vorinstanz habe den GU-Werkvertrag falsch ausgelegt. Sie habe zu Unrecht die Auffassung vertreten, dass die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten die Namen der Unternehmen, welche sie zusätzlich zur Offertstellung für die Elektroarbeiten habe einladen wollen, vor der Unterbreitung des Vergabeantrags hätte mitteilen müssen und dass sie aus diesem Grund den vertraglichen Anspruch auf die Differenzzahlung verwirkt habe. Weiter habe die Vorinstanz im Rahmen der Vertragsauslegung nicht berücksichtigt, dass die Berufungsklägerin nur deshalb zusätzliche Unternehmen zur Offerstellung eingeladen habe, weil im ersten Durchgang zu wenig und nicht konkurrenzfähige Offerten eingegangen seien. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe die Vorlage der Unternehmerliste an die Berufungsbeklagte nicht den Sinn gehabt, dass diese die in der Unternehmerliste aufgeführten Subunternehmer habe „genehmigen“ dürfen; sie habe lediglich den Sinn gehabt, der Beklagten überhaupt zur Kenntnis zu bringen, welche Unternehmen die Berufungsklägerin zur Offertstellung einzuladen gedacht habe und welche nicht. Nur so habe die Berufungsbeklagte von ihrem vertraglich zugestandenem Recht Gebrauch machen können, Ergänzungen der Unternehmerliste mit einheimischen Unternehmen zu verlangen.

e) Demgegenüber vertritt die Berufungsbeklagte die Auffassung, aufgrund des Wortlauts des GU-Werkvertrags sei klar, dass die Berufungsklägerin ihre Pflicht zur Unterbreitung der Offerentenliste verletzt habe, indem sie - nachdem nicht genügend Offerten eingegangen waren - direkt und ohne Rücksprache mit der Berufungsbeklagten weitere Offerten eingeholt und ihr dadurch das ihr zustehende

Streichungsrecht nicht gewährt habe. Die Bedeutung des Streichungsrechts sei für die Berufungsbeklagte jedoch absolut unverzichtbar gewesen, da dessen Bedeutung in erster Linie in einer Unterbindung der Missbrauchsgefahr bestanden habe. Weil die Berufungsbeklagte nämlich die Differenz zwischen der gewählten und der billigsten Offerte zu zahlen verpflichtet sei, sei sie Gefahr gelaufen, dass die Berufungsklägerin als Unternehmerin sog. „Preisbrecher-Offerten“ in die Listen einbaue. Das Streichungsrecht sei somit notwendig, damit auf der Offerentenliste nur Unternehmen figurierten, welche auch tatsächlich für die Arbeiten in Frage kämen. Nahe liegende Rechtsfolge einer Missachtung des Streichungsrechts sei deshalb, dass eine (potentielle) Preisbrecher-Offerte, welche nicht rechtzeitig habe vermieden werden können, ihre Wirkung als Preisbrecher verliere, indem sie für eine allfällige Erhöhung des Kostendachs nicht mehr berücksichtigt werde oder, untechnisch ausgedrückt, „ungültig“ sei. Die Berufungsbeklagte beruft sich demnach auf eine rechtshindernde Einwendung, indem sie geltend macht, dass die strittige Forderung aufgrund einer Vertragsverletzung der Berufungsklägerin gar nicht entstanden sei.

4.a) Die vorangegangenen Ausführungen der Parteien machen deutlich, dass einzelne Vertragsbestimmungen betreffend die Arbeitsvergabe sowie damit einhergehende Rechtsfolgen unterschiedlich interpretiert werden. Da es sich hierbei lediglich um Nebenpunkte des GU-Werkvertrags handelt, liegt ein Auslegungstreit vor (Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., N 1196 f.). Dass sich die Parteien hingegen über die wesentlichen Vertragspunkte einig waren und der GU-Werkvertrag somit rechtsgültig zustande gekommen ist, wird weder von der Berufungsklägerin noch von der Berufungsbeklagten in Abrede gestellt, weshalb sich diesbezüglich weitere Ausführungen erübrigen und auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden kann (vgl. Urteil S. 11 f.; Art. 229 Abs. 3 ZPO).

b) Durch die Auslegung des Vertrags ermittelt das Gericht den vereinbarten Inhalt, sofern und soweit dieser unter den Parteien streitig ist. Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. Ist dies nicht möglich, muss das Gericht durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen ermitteln, den die Vertragsparteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht das als Vertragswille 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. Das Gericht hat nach

einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1196, N 1200 f.; Schwenger, a.a.O., N 33.02). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut, daneben sind jedoch immer auch die gesamten Umstände des Einzelfalls - Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsabschlusses, das Verhalten der Parteien vor sowie nach Vertragsabschluss, die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss, die Verkehrsauffassung und die Verkehrsübung - zu berücksichtigen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1206 ff.; Schwenger, a.a.O., 33.04 f.). Die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung besagen sodann, dass Verträge ex tunc sowie nach Treu und Glauben auszulegen sind (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1222 ff.).

5.a) Ziffer 9.1, Arbeitsvergaben, des zwischen den Parteien abgeschlossenen GU-Werkvertrags hat folgenden Wortlaut:

- 9.1.1 *Die Bestellerin entscheidet bei den Arbeitsvergaben; die Arbeitsvergaben werden aber durch den Generalunternehmer vollzogen. Die Bestellerin darf mit den Submittenten keine Verhandlungen führen.*
- 9.1.2 *Der Generalunternehmer unterbreitet der Bestellerin nach Unterzeichnung des Generalunternehmervertrages eine Unternehmerliste.*
- 9.1.3 *Er verpflichtet sich, nur Subunternehmer und Lieferanten vorzuschlagen, die sich über ein einwandfreies Geschäftsgebaren (z.B. Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge und der arbeitsrechtlichen Vorschriften, korrekte Zahlungsmoral gegenüber der öffentlichen Hand sowie Lieferanten, Verbänden etc.) ausweisen können.*
- 9.1.4 *Der Generalunternehmer überbindet die Verpflichtungen gemäss Ziffer 9.1.3 sinngemäss auf seine Subunternehmer.*
- 9.1.5 *Die Bestellerin kann die Unternehmerliste ergänzen oder Vorschläge aus triftigen Gründen streichen. Der Generalunternehmer hat das Recht, solche Vorschläge abzulehnen, wenn Zweifel bezüglich fachlicher Eignung, Bonität, Kapazität oder Qualität bestehen.*
- 9.1.6 *Der Generalunternehmer erstellt neutrale Ausschreibungsunterlagen selbst oder verwendet die vom Generalplaner erstellten Unterlagen. Er verpflichtet sich, die Submissionen korrekt und mit gleichen Chancen für alle Offerierenden durchzuführen. Die Ausschreibungsunterlagen sind vor dem Versand dem Projektleiter Bauherr, C., zur Prüfung vorzulegen, der den Versand freigibt.*
- 9.1.7 *Nach durchgeführter Submission unterbreitet der Generalunternehmer der Bestellerin das Schluss-verhandelte*

Gesamtresultat (Offertvergleich) zusammen mit seinem Vergabeantrag.

9.1.8 Die Bestellerin entscheidet über die Vergabe innert 10 Arbeitstagen. Bestimmt sie eine Vergabe an einen anderen als den vom GU vorgeschlagenen Submittenten, wird eine allfällige Differenz zum Antrag des GU dem Kostendach zugeschlagen. Derartige Mehrkosten sind nicht honorarberechtigt.

b) Gemäss Ziffer 9.1.1 des GU-Werkvertrags oblag der Vollzug der Arbeitsvergaben der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte war letztlich aber berechtigt, über die Vergabe zu entscheiden (vgl. auch Ziff. 9.1.8). Aufgrund dieser Regelung brauchte nur ein Submissionsverfahren durchgeführt zu werden; die Berufungsbeklagte behielt sich aber gleichzeitig das Recht vor, auf die Vergabe der einzelnen Positionen Einfluss nehmen zu können. Zu diesem Zweck wurde der Berufungsbeklagten in zwei Stadien des Vergabeverfahrens ein Mitwirkungsrecht zugestanden. So hatte die Berufungsbeklagte zunächst das Recht, die Unternehmerliste, welche die Berufungsklägerin nach Unterzeichnung des Generalunternehmervertrags der Berufungsbeklagten zu unterbreiten hatte (Ziff. 9.1.2), zu ergänzen oder Vorschläge aus triftigen Gründen zu streichen (Ziff. 9.1.5). Die Tragweite der triftigen Gründe ergibt sich dabei unmittelbar aus der Pflicht der Berufungsklägerin, nur Subunternehmer und Lieferanten vorzuschlagen, welche sich über ein einwandfreies Geschäftsgebaren ausweisen können (Ziff. 9.1.3). Die in dieser Bestimmung in Klammern aufgeführten Gründe unterliegen keiner abschliessenden Regelung, worauf der Vermerk „etc.“ hinweist. Gemäss Darstellung der Berufungsbeklagten lag die Bedeutung des Streichungsrechts in erster Linie darin, potentielle Preisbrecher bereits in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens auszuschalten sowie sicherzustellen, dass auf der Unternehmerliste nur solche Unternehmen figurierten, die für die Ausführung der Arbeiten auch tatsächlich in Frage kamen. Die Berufungsklägerin dagegen bringt in diesem Zusammenhang - wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren - immer wieder vor, der hauptsächliche Zweck von Ziffer 9.1.5 des GU-Werkvertrags habe darin bestanden, der Berufungsbeklagten das Recht einzuräumen, die Unternehmerliste mit den von ihr gewünschten einheimischen Unternehmen zu ergänzen, wohingegen das Streichungsrecht von untergeordneter Bedeutung gewesen sei und von der Berufungsbeklagten ohne Nachteile auch noch anlässlich der Vorlage des Vergabeantrags hätte ausgeübt werden können, falls hierfür triftige Gründe vorgelegen hätten. Diese Auffassung ist offenkundig falsch. Eine derartige Auslegung widerspricht sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Ziffer 9.1.5 des GU-Werkvertrags räumt der Berufungsbeklagten ausdrücklich das Recht ein, die Unternehmerliste

zu ergänzen oder Vorschläge aus triftigen Gründen zu streichen. Es mag zwar zutreffen, dass das Streichungsrecht dabei enger gefasst ist als das Ergänzungsrecht, da für dessen Ausübung triftige Gründe vorliegen müssen. Daraus jedoch die Schlussfolgerung zu ziehen, das Streichungsrecht sei gegenüber dem Ergänzungsrecht lediglich subsidiär, ist nicht nur offensichtlich falsch, sondern im Hinblick auf eine allfällige Differenzzahlungspflicht der Berufungsbeklagten auch gänzlich unhaltbar. Das Streichungsrecht war für die Berufungsbeklagte von immenser Bedeutung, sollte dadurch doch sichergestellt werden, dass nur Unternehmen zur Offertstellung eingeladen werden, die für die Ausführung der jeweiligen Arbeiten auch tatsächlich in Frage kamen. Nach Vorliegen des Vergabeantrags der Berufungsklägerin stand der Berufungsbeklagten sodann ein zweites Mal das Recht zu, direkten Einfluss auf das Resultat des Vergabeverfahrens auszuüben. In Ziffer 9.1.8 des GU-Werkvertrags vereinbarten die Parteien nämlich, dass die Berufungsbeklagte innert zehn Arbeitstagen über die Vergabe zu entscheiden hatte, wobei sie vom Vergabeantrag der Berufungsklägerin ohne weiteres abweichen und den Zuschlag einem anderen Unternehmer erteilen durfte. Gleichzeitig wurde aber zum Schutz der Berufungsklägerin festgehalten, dass die Berufungsbeklagte in einem solchen Fall eine allfällige Differenz zur von dieser vorgeschlagenen Offerte selbst zu tragen hat bzw. diese dem Kostendach zugeschlagen wird. Für das Gericht besteht aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens kein Zweifel, dass die zwischen den Parteien vereinbarten Rechte und Pflichten in unmittelbarem Zusammenhang stehen und nicht gesondert voneinander betrachtet werden können. Die Berufungsbeklagte hätte sich wohl kaum mit einer allfälligen Differenzzahlungspflicht einverstanden erklärt, wenn ihr nicht bereits im Vorfeld das Recht eingeräumt worden wäre, auf die Unternehmerliste Einfluss zu nehmen und Unternehmen aus triftigen Gründen zu streichen; die Berufungsklägerin wiederum hätte ein solches Streichungsrecht wohl kaum akzeptiert, wenn ihr für den Fall, dass die Berufungsbeklagte im späteren Verlauf des Verfahrens nach korrekt durchgeführtem Vorverfahren einer teureren als der von ihr vorgeschlagenen Offerte den Zuschlag erteilte, nicht gleichzeitig ein Anspruch auf Differenzzahlung zugesichert worden wäre. Aus dem Gesagten erhellt aber auch, dass die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Differenzzahlungspflicht der Berufungsbeklagten nur dann entstanden ist, wenn diese ihre vertraglich zugesicherten Mitwirkungsrechte auch tatsächlich wahrnehmen konnte. Ob dies vorliegend der Fall war, ist im Folgenden zu prüfen.

6.a) Unter den Parteien ist vorliegend unbestritten, dass die F. auf der ursprünglichen, der Berufungsbeklagten per Mail vom 22. Februar 2007 vorgelegten Unternehmerliste nicht aufgeführt war. Ebenfalls nicht bestritten ist, dass die Berufungsbeklagte erst anlässlich des Vergabeantrags für die Elektroanlagen vom 30. März 2007 überhaupt Kenntnis erlangte, dass die F. zur Offertstellung eingeladen worden ist und eine Offerte eingereicht hat.

b) Die Berufungsklägerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Auffassung vertreten, dass sie der Berufungsbeklagten die Namen der Unternehmen, welche sie zusätzlich zur Offertstellung für die Elektroarbeiten habe einladen wollen, vor der Unterbreitung des Vergabeantrags hätte mitteilen müssen. Das von ihr gewählte Vorgehen habe den Interessen der Berufungsbeklagten in keiner Weise geschadet. Ebenso wenig sei ihr dadurch das Recht entzogen worden, einzelne, von der Berufungsklägerin vorgeschlagene Unternehmen aus triftigen Gründen abzulehnen. Dieses Recht hätte sie ohne Nachteile auch noch im Rahmen der Vorlage des Vergabeantrags wahrnehmen können, falls sie triftige Gründe gegen ein nachträglich zur Offertstellung eingeladenes Unternehmen gehabt hätte. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

Gemäss den Ziffern 9.1.1 bis 9.1.8 des GU-Werkvertrags, welche das Vergabeverfahren in chronologischer Abfolge regeln, können nach Abschluss des Vertrags vier Phasen unterschieden werden: 1. Phase: Unterbreitung der Unternehmerliste durch die Berufungsklägerin (Ziff. 9.1.2 in Verbindung mit Ziff. 9.1.3); 2. Phase: Vornahme von Ergänzungen oder Streichungen durch die Berufungsbeklagte (Ziff. 9.1.5); 3. Phase: Unterbreitung des Vergabeantrags durch die Berufungsklägerin (Ziff. 9.1.7); 4. Phase: Entscheid über die Vergabe durch die Berufungsbeklagte (Ziff. 9.1.8). Die Auffassung der Berufungsklägerin widerspricht zum einen der klaren, in chronologischer Abfolge ausgestalteten Systematik des Vergabeverfahrens, wonach die Unternehmerliste zwecks Ergänzung oder Streichung einzelner Unternehmen zwingend vor dem Vergabeantrag vorzulegen war, zum anderen verkäme bei einer derartigen Vertragsauslegung das zugunsten der Berufungsbeklagten vereinbarte Streichungsrecht zur Makulatur. Es versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführung, dass ein Unternehmen, welches nicht auf der Unternehmerliste aufgeführt wurde, auch nicht gestrichen werden konnte. Aus diesem Grund war es für die Ausübung des Streichungsrechts unerlässlich, dass alle zur Offertstellung vorgesehenen Unternehmen auf der Unternehmerliste figurierten, um zu prüfen, ob allenfalls triftige Gründe für eine Streichung vorlagen.

Wie die Berufungsbeklagte einräumt, hätte die Berufungsklägerin die bereits vorgelegten Unternehmerlisten ohne weiteres ergänzen und erneut vorlegen können. Ein solches Vorgehen hätte - solange es vor Vorlage des Vergabeantrags durchgeführt worden wäre - auch mit den vertraglichen Bestimmungen im Einklang gestanden und die Mitwirkungsrechte der Berufungsbeklagten gewahrt. Kommt hinzu, dass auch noch der Verfahrensabschnitt gemäss Ziffer 9.1.6 und die Vorlage der Ausschreibungsunterlagen an C. vorgesehen war. Dagegen geht es nicht an, der Berufungsbeklagten anlässlich des Vergabeantrags ein Unternehmen vorzuschlagen, welches bis zu diesem Zeitpunkt mit keinem Wort erwähnt worden ist und sie damit vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die F. wurde der Berufungsbeklagten zu diesem Zeitpunkt gewissermassen aufgezwungen. Denn entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist gemäss GU-Werkvertrag in diesem Stadium des Verfahrens zweifelsohne kein Streichungsrecht mehr vorgesehen. Für eine derartige Interpretation lassen weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck von Ziffer 9.1.8 Raum. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, würde eine solche Auslegung denn auch zu völlig unpraktikablen Ergebnissen führen, da der Berufungsbeklagten in diesem Fall selbst bei Vorliegen des Vergabeantrags nicht nur ein Streichungs- sondern auch noch ein Ergänzungsrecht zustünde (vgl. Urteil S. 18). Gemäss Ziffer 9.1.8 des GU-Werkvertrags bestand für die Berufungsbeklagte nach Vorlage des Vergabeantrags lediglich die Möglichkeit, den Zuschlag dem von der Berufungsklägerin vorgeschlagenen Unternehmen zu erteilen oder unter Tragung des Differenzbetrags von diesem Vorschlag abzuweichen und einem anderen Unternehmen den Vorzug zu geben. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Berufungsbeklagte auch noch im Rahmen der Vorlage des Vergabeantrags ohne Nachteile von ihrem Streichungsrecht hätte Gebrauch machen können, da ihr zu diesem Zeitpunkt ein solches gar nicht mehr zur Verfügung stand. Im Sinne dieser Ausführungen zielt auch der berufungsklägerische Einwand, wonach Streichungen ohnehin nur aus triftigen Gründen hätten vorgenommen werden dürfen, ins Leere, da der Berufungsbeklagten bereits die Möglichkeit zu prüfen, ob allenfalls solche Gründe vorlagen, verunmöglicht wurde. Im Übrigen widerspricht sich die Berufungsklägerin selbst, wenn sie der Berufungsbeklagten vorwirft, im Rahmen der Auftragsvergabe nie irgendwelche triftigen Gründe geltend gemacht zu haben, weshalb die F. von der Liste der eingereichten Offerten gestrichen werden sollte, gleichzeitig aber einräumt, dass dieses Unternehmen nicht auf der ursprünglichen Unternehmerliste figurierte. Wie bereits ausgeführt, hatte die Berufungsbeklagte vor Vorliegen des Vergabeantrags keine Möglichkeit, die F. zu streichen bzw. zu

prüfen, ob triftige Gründe für eine Streichung vorlagen, da dieses Unternehmen auf der unterbreiteten Unternehmerliste nicht aufgeführt war. Dass ein Unternehmen, welches sich nicht auf der Unternehmerliste befand, auch nicht gestrichen werden konnte, wurde bereits erwähnt.

c) Als unbeachtlich erweist sich sodann der Einwand der Berufungsklägerin, die Vorlage der Unternehmerliste an die Berufungsbeklagte habe nicht den Sinn gehabt, von dieser eine „Genehmigung“ betreffend die darin aufgeführten Unternehmen einzuholen. Es trifft zwar zu, dass der GU-Werkvertrag an keiner Stelle eine Genehmigung der Unternehmerliste durch die Berufungsbeklagte vorsieht, letztlich bedeutete die Nichtausübung des vereinbarten Streichungsrechts durch diese jedoch nichts anderes, als dass sie mit den aufgeführten Unternehmen einverstanden war und diese zur Offertstellung eingeladen werden durften. Ob in diesem Fall von einer Genehmigung gesprochen werden kann, ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitfrage irrelevant, da sich im Ergebnis nichts ändert. Massgebend ist einzig, dass die F. nicht auf der Unternehmerliste aufgeführt und damit einer möglichen Streichung in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens nicht zugänglich war.

7.a) Weiter - so die Berufungsklägerin - habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass nur deshalb zusätzliche Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden seien, weil im ersten Durchgang zu wenig und nicht konkurrenzfähige Offerten eingegangen seien. Vielmehr hätte die Vorinstanz von einer Vertragslücke ausgehen müssen, und zwar zum einen hinsichtlich der Frage, wie zu verfahren sei, wenn die zur Offerteinladung angefragten Unternehmen Preisabsprachen trafen und zu wenig resp. nicht konkurrenzfähige Offerten eingingen, zum anderen hinsichtlich der Frage, wie zu verfahren sei resp. welche Rechtsfolgen es nach sich ziehe, wenn die Berufungsklägerin gezwungen sei, ohne erneute Vorlage einer Unternehmerliste zusätzliche Unternehmen zur Offertstellung einzuladen. Im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung hätte die Vorinstanz sodann den hypothetischen Parteiwillen ermitteln und prüfen müssen, was die Parteien als redliche und vernünftige Vertragspartner diesbezüglich vereinbart hätten. Dabei wäre sie ohne weiteres zum Ergebnis gelangt, dass die Berufungsklägerin ihr Streichungsrecht ohne Nachteile auch noch nach der Vorlage des Vergabeantrags hätte ausüben können.

b) Von einer Vertragslücke wird gesprochen, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben, obwohl das Gesetz die Regelung der betreffenden Frage den Parteien

belässt. Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat das Gericht - falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen - zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat es sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrags zu orientieren (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., N 1248, N 1256 ff; BGE 115 II 487 f. E. 4.a/b).

c) Es mag im vorliegenden Fall zwar zutreffen, dass innerhalb des vorgesehenen Zeitraums zu wenige Offerten eingereicht wurden und diese zudem höher ausfielen als von der Berufungsklägerin erwartet. Von einer Vertragslücke kann indessen keine Rede sein. Die Bestimmungen des GU-Werkvertrags halten klar und unmissverständlich fest, dass der Berufungsbeklagten zum einen nach Vorlage der Unternehmerliste ein Streichungsrecht zustand und sie zum anderen nach Vorlage des Vergabeantrags die Möglichkeit hatte, unter Tragung des Differenzbetrags vom Vorschlag der Berufungsklägerin abzuweichen und den Auftrag anderweitig zu vergeben. Von diesem Verfahren im Rahmen eines zweiten Durchgangs abzuweichen, besteht kein Anlass. Zudem widerspricht die Auffassung der Berufungsklägerin, wonach der Berufungsbeklagten anlässlich eines zweiten Durchgangs nach Vorlage des Vergabeantrags noch ein Streichungsrecht zustünde, sowohl dem Sinn und Zweck der vereinbarten Systematik des Vergabeverfahrens als auch deren Wortlaut. Ein solches nachträgliches Streichungsrecht sieht der GU-Werkvertrag nicht einmal andeutungsweise vor. Dass die Ausübung des Streichungsrechts im Zeitpunkt der Vorlage des Vergabeantrags sodann zu völlig unpraktikablen Ergebnissen führen würde, da der Berufungsbeklagten in diesem Fall zusätzlich noch ein Ergänzungsrecht zustünde, wurde bereits an anderer Stelle erwähnt (vgl. E. 6.b). Ungeachtet dessen ist nicht davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte sich bereit erklärt hätte, im Rahmen eines zweiten Durchgangs auf ihr vertraglich zugesichertes Streichungsrecht nach Unterbreitung der Unternehmerliste und vor Vorlage des Vergabeantrags zu verzichten, zumal ihr - wie bereits erwähnt - entgegen der berufungsklägerischen Auffassung im Zeitpunkt der Vorlage des Vergabeantrags eben gerade kein Streichungsrecht mehr zustand. Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen sowie der vertraglichen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ist das Gericht der Auffassung, dass mit nachträglich einzuholenden Offerten auf die gleiche Weise zu verfahren war wie mit den bereits zuvor eingeholten. Für ein davon abweichendes Verfahren besteht weder die

Notwendigkeit noch kann ein solches mittels Vertragsauslegung ermittelt werden. Dass die Parteien unter einem enormen zeitlichen Druck standen, wird vom Gericht nicht angezweifelt, indessen vermag die Berufungsklägerin auch aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten herzuleiten. Zum einen hätte sie der Berufungsbeklagten die um weitere Unternehmen ergänzte Unternehmerliste ohne weiteres per Mail zukommen lassen können. Die anschliessende Prüfung durch die Berufungsbeklagte hätte wohl nicht mehr als ein paar Tage in Anspruch genommen, was für das Vergabeverfahren keine weitreichenden Verzögerungen zur Folge gehabt hätte. Zum anderen ergibt sich aufgrund der Ausführungen des berufungsklägerischen Rechtsvertreters, dass das Angebot der F. vom 13. März 2007 datiert (vgl. act. VII.1, S. 7). Die Offerteinladung an die F. musste demnach zwangsläufig bereits geraume Zeit vor diesem Datum erfolgt sein. Nichtsdestotrotz setzte die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte weder in den darauf folgenden Mails in der Zeit vom 14. März bis 22. März 2007 (vgl. act. III.5, III.6, III.8) noch anlässlich der Projektleitungssitzung Nr. 22 vom 16. März 2007 (vgl. act. III.7) darüber in Kenntnis, dass ein weiteres, nicht auf der ursprünglichen Unternehmerliste aufgeführtes Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden ist und eine Offerte eingereicht hat, sondern stellte die Berufungsbeklagte erst anlässlich der Projektleitungssitzung Nr. 23 vom 30. März 2007 (vgl. act. III. 9) mit der Vorlage des Vergabeantrags vor vollendete Tatsachen. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Berufungsklägerin aus zeitlichen Gründen gezwungen gewesen war, ohne erneute Vorlage einer Unternehmerliste zusätzliche Unternehmen zur Offertstellung einzuladen.

d) Im Ergebnis würde jedoch selbst dann nichts ändern, wenn entgegen obigen Ausführungen vom Vorliegen einer Vertragslücke ausgegangen würde. Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist nämlich nicht davon auszugehen, dass die Parteien, wenn sie vor Vertragsabschluss den vorliegenden Sachverhalt in Betracht gezogen hätten, im Rahmen eines zweiten Durchgangs eine vom ursprünglichen Vergabeverfahren in derart gravierender Weise abweichende Regelung getroffen hätten. Einerseits hätte sich die Berufungsbeklagte - vor allem im Hinblick auf die Kostentragungspflicht eines allfälligen Differenzbetrags - kaum damit einverstanden erklärt, auf ihr vertraglich vereinbartes Streichungsrecht nach Vorlage der Unternehmerliste zu verzichten und andererseits hätte sich die Berufungsklägerin kaum darauf eingelassen, der Berufungsbeklagten nach Vorlage des Vergabeantrags und somit nach Durchführung des ganzen Submissionsverfahrens noch ein Streichungsrecht, welches ohne Nachteile für die Berufungsbeklagte hätte wahrgenommen werden

können, einzuräumen. Daraus erhellt, dass die Parteien wohl selbst dann keine vom vereinbarten Vergabeverfahren abweichende Regelung getroffen hätten, wenn sie vor Vertragsabschluss an den vorliegenden Sachverhalt gedacht hätten.

8. Abschliessend macht die Berufungsklägerin geltend, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig und falsch gewürdigt. Angesichts der generellen Zustimmung der Berufungsbeklagten zu zusätzlichen Offerteinladungen an der Projektleitungssitzung Nr. 22 vom 16. März 2007 sowie anlässlich der nachträglichen Zustimmung zu zusätzlichen Offerteinladungen an der Projektleistungssitzung Nr. 23 vom 30. März 2007 hätte die Vorinstanz den Schluss ziehen müssen, dass die Berufungsbeklagte der Einladung von zusätzlichen Unternehmen zur Offertstellung für die Elektroarbeiten zumindest konkludent zugestimmt habe. Die Berufungsklägerin verkennt hierbei jedoch, dass sich der Inhalt der von ihr erwähnten Sitzungsprotokolle (act. III.7, III. 9) lediglich auf die Baumeisterarbeiten bezieht, welche - wie bereits erwähnt - nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden. Von den Arbeiten im Bereich der Elektroanlagen ist in den Sitzungsprotokollen nicht die Rede und auch die Berufungsklägerin erwähnte mit keinem Wort, dass diesbezüglich ebenfalls zusätzliche Offerten eingeholt würden. Die Vorinstanz ist somit zu Recht zur Auffassung gelangt, dass sich ein eventuelles Einverständnis der Berufungsbeklagten zur Einholung zusätzlicher Offerten auf solche bei den Baumeisterarbeiten beziehen würde, nicht jedoch auf die Arbeiten betreffend Elektroanlagen. Die Berufung erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

9.a) Doch selbst wenn entgegen den vorangegangenen Erwägungen der Auffassung der Berufungsklägerin, wonach der Berufungsbeklagten auch noch nach Vorlage des Vergabeantrags ein Streichungsrecht zugestanden hätte, gefolgt würde, würde sich im Ergebnis nichts ändern. Selbstredend würde es sich in diesem Fall so verhalten, dass die Berufungsbeklagte von ihrem nachträglichen Streichungsrecht ohne Nachteile bzw. ohne Pflicht zur Tragung des Differenzbetrags - was denn auch die Berufungsklägerin einräumt - hätte Gebrauch machen können. Es kann nicht sein, dass die Verletzung einer vertraglich vereinbarten Pflicht seitens der Berufungsklägerin letztlich der Berufungsbeklagten zum Nachteil gereichen würde. Daran hätte selbst Ziffer 9.1.8 des GU-Werkvertrags nichts zu ändern vermocht, wäre doch unter den gegebenen Umständen eine Berufung darauf durch die Berufungsklägerin rechtsmissbräuchlich gewesen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als sie - wie bereits erwähnt (vgl. E. 8) - seit längerem von der Offerte der F. Kenntnis hatte,

die Berufungsbeklagte jedoch erst anlässlich der Vorlage des Vergabeantrags darüber informierte, obschon eine frühzeitige Orientierung - sei dies telefonisch oder per Mail - problemlos möglich gewesen wäre.

b) Dass im konkreten Fall tatsächlich triftige Gründe für eine Streichung der F. vorlagen, erachtet das Gericht aufgrund der bei den Akten liegenden Aussagen, welche sowohl glaubwürdig als auch nachvollziehbar sind, als ausgewiesen. So riet H., Betriebsleiter des Sportzentrums B., der Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 23. April 2007 von einer Auftragsvergabe an die F. eindringlich ab. Die bei verschiedenen Fachplanern eingeholten Referenzen hätten ergeben, dass die mit der F. gemachten Erfahrungen stark von der räumlichen Nähe zum Hauptsitz in X. abhängig seien. Je grösser die Distanz sei, desto negativer seien die Referenzen ausgefallen. Die räumliche Nähe des Unternehmers zum Bauobjekt sei aber gerade hinsichtlich der Elektroanlagen aufgrund des komplexen Baus mit technisch sehr hochstehenden Anlagen von entscheidender Bedeutung, da sämtliche Anlagen auf Antrieb funktionieren müssten. Dies gelte auch für anfallende Reparaturarbeiten und Serviceleistungen nach Abschluss der Bauarbeiten. Aufgrund der Distanz zwischen X. und Y. wäre die F. nicht in der Lage, allfällige Störungen in der gleichen Zeit wie ortsansässige Unternehmen zu beheben. Hinzu kämen finanzielle Mehrkosten für den längeren Anfahrtsweg, welche bei Unternehmen in der Region entfielen. Kritisch äusserte er sich auch hinsichtlich der Offerte der F.. Nach Durchsicht der Kalkulationsgrundlagen halte er eine kostendeckende Ausführung der Arbeiten ohne Zusatzausmass für unmöglich. Zudem seien einzelne Positionen wie Bauprovisorium, Abnahmen, Vorabnahme, Revisionspläne etc. eindeutig zu tief offeriert worden und würden bestimmt noch nach oben korrigiert. Auch beim Verband der Schweizerischen Elektroinstallateure sei die Firma F. sehr negativ bekannt, da der Verband sehr oft als Hilfe und/oder als Schlichtungsstelle angerufen werde. Generell werde die F. von keinem Fachplaner empfohlen und auch nie freiwillig zur Offertstellung eingeladen. Anlässlich der Einvernahme durch die Vorinstanz vom 23. April 2009 (vgl. act. V.1) legte er ein weiteres Mal dar, die Elektroanlagen in einem Sportzentrum seien sehr komplex und relativ störungsanfällig. Allfällige Störungen müssten deshalb möglichst rasch behoben werden können, sowohl während der Bauphase als auch im Betriebszustand. Aus diesem Grund sei die geographische Nähe der ausführenden Elektrofirma von grosser Bedeutung.

c) Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, wirft die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten vor, im Rahmen der Auftragsvergabe nie irgendwelche triftigen Gründe geltend gemacht zu haben, weshalb die F. hätte gestrichen

werden sollen. Stattdessen habe sie sich stets auf den unzutreffenden formalistischen Standpunkt gestellt, die Offerte der F. sei „ungültig“, weil dieses Unternehmen nicht auf der ursprünglichen Unternehmerliste figuriert habe. Die Berufungsbeklagte hingegen bestreitet einlässlich, die triftigen Gründe für eine Streichung gegenüber der Berufungsklägerin nicht genannt zu haben. Diese seien der Berufungsklägerin zwar nicht schriftlich, aber doch immerhin mündlich mitgeteilt worden. Dabei stützt sie sich auf die Aussage von I., Leiter des Bauamts Z., anlässlich der Einvernahme vom 23. April 2009 (vgl. act. V.2 S. 7), welcher erklärte, es sei der Berufungsklägerin mündlich mitgeteilt worden, weshalb Vorbehalte gegen die F. bestanden.

Aufgrund der Akten verhält es sich in der Tat so, dass sich die Berufungsbeklagte in der Korrespondenz mit der Berufungsklägerin stets nur darauf berief, die F. sei nicht auf der ursprünglichen Unternehmerliste aufgeführt gewesen und werde deshalb gestrichen. Dass überdies triftige Gründe vorlägen, hat sie nie schriftlich geltend gemacht. Andererseits gilt es aber auch zu beachten, dass die Berufungsbeklagte den Vergabeantrag Elektroanlagen am 26. April 2007 - somit kurz nach Erhalt oben erwähnten Schreibens von H. - unterzeichnet und die F. mit der Begründung, sie habe nicht auf der Unternehmerliste figuriert, gestrichen hat. Es drängt sich daher der Schluss auf, dass der effektive Grund der Streichung im Schreiben des Betriebsleiters lag. Aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen diesem Schreiben und der Visierung des Vergabeantrags erscheint es als nahe liegend, dass die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin über das Ergebnis ihrer Abklärungen zumindest mündlich informiert hat. Da der GU-Werkvertrag diesbezüglich keine Formvorschriften enthält, muss dies für ausreichend befunden werden. Des weiteren lässt auch schon der Umstand, dass die Berufungsbeklagte nach Vorlage des Vergabeantrags überhaupt noch Referenzen über ein Unternehmen einholen liess, welches auf der ursprünglichen Unternehmerliste nicht aufgeführt war, darauf schliessen, dass der Berufungsklägerin die Vorbehalte gegenüber der F. denn auch mitgeteilt wurden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sie sich die Mühe hätte machen sollen, Referenzen einzuholen und das Ergebnis dieser Nachforschungen der Berufungsklägerin anschliessend vorzuenthalten. Die Berufung erwiese sich nach dem Gesagten somit selbst dann als unbegründet, wenn der berufungsklägerischen Auffassung zu folgen wäre.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 9'000.-- (inkl. Schreibgebühren) zulasten der Berufungsklägerin (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Überdies wird sie verpflichtet, der

obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Das Gericht erachtet hierbei mangels Einreichung einer Honorarnote eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. MWST) für angemessen.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 9'000.-- (inkl. Schreibgebühren) gehen zulasten der Berufungsklägerin, welche die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren zudem mit Fr. 4'000.-- (inkl. MWST) aussergerichtlich zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: