



---

Geschäfts-Nr.: HG190165-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Flurina Schorta, Handelsrichterin Astrid Fontana, Handelsrichter Bernhard Lauper und Handelsrichter Ruedi Kessler sowie die Gerichtsschreiberin Nadja Kiener

## **Beschluss und Urteil vom 16. September 2021**

in Sachen

**Pensionskasse A.\_\_\_\_\_**,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Ursprüngliches Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 483'845.25 zuzüglich Zins zu 5 % ab Datum der Klageeinreichung zu bezahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

**Replicando modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 22 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 467'645.25 zuzüglich Zins zu 5 % ab Datum der Klageeinreichung zu bezahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

**Inhaltsverzeichnis**

<b>Sachverhalt und Verfahren</b> .....	<b>4</b>
<b>A. Sachverhaltsübersicht</b> .....	<b>4</b>
a. Die Parteien .....	4
b. Prozessgegenstand .....	5
<b>B. Prozessverlauf</b> .....	<b>5</b>
<b>Erwägungen:</b> .....	<b>6</b>
<b>1. Formelles</b> .....	<b>6</b>
1.1. Zuständigkeit.....	6
1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen .....	7
1.3. Klagereduktion .....	7
1.4. Allgemeines zur Beweisführung .....	8
1.4.1. Behauptungs- und Substantiierungslast .....	8
1.4.2. Bestreitungslast .....	9
1.4.3. Beweislast und Beweisführung .....	9
<b>2. Unbestrittener Sachverhalt im Überblick</b> .....	<b>10</b>
<b>3. Vertragsqualifikation</b> .....	<b>12</b>
3.1. Vorbemerkung.....	12

3.2. Parteibehauptungen .....	12
3.3. Rechtliches.....	14
3.4. Würdigung .....	16
<b>4. Auftragsrechtliche Haftung der Beklagten .....</b>	<b>19</b>
4.1. Vorbemerkung und wesentliche Sachdarstellung der Parteien .....	19
4.2. Vertragsverletzung .....	20
4.2.1. Parteibehauptungen .....	20
4.2.2. Rechtliches .....	24
4.2.3. Würdigung .....	25
4.3. Schaden und Kausalzusammenhang.....	32
4.3.1. Allgemeine Parteibehauptungen.....	32
4.3.2. Rechtliches .....	33
4.3.3. Anrechnung von CHF 500'000.– an den Schaden.....	35
4.3.3.1. Parteibehauptungen .....	35
4.3.3.2. Würdigung .....	36
4.3.4. Kosten für Abbrucharbeiten (CHF 159'570.–).....	37
4.3.4.1. Parteibehauptungen .....	37
4.3.4.2. Würdigung .....	38
4.3.5. Kosten für Gerüste (CHF 56'000.–) .....	40
4.3.5.1. Parteibehauptungen .....	40
4.3.5.2. Würdigung .....	41
4.3.6. Kosten für Abdichtung (CHF 113'800.–) .....	42
4.3.6.1. Parteibehauptungen .....	42
4.3.6.2. Würdigung .....	43
4.3.7. Kosten für Elektroanlagen (CHF 5'080.–) .....	45
4.3.7.1. Parteibehauptungen .....	45
4.3.7.2. Würdigung .....	46
4.3.8. Kosten für Baureinigung (CHF 12'412.–) .....	48
4.3.8.1. Parteibehauptungen .....	48
4.3.8.2. Würdigung .....	48
4.3.9. Zusätzliche Planungskosten (CHF 66'100.–).....	49
4.3.9.1. Parteibehauptungen .....	49
4.3.9.2. Würdigung .....	50
4.3.10. Kosten der vorsorgliche Beweisführung (CHF 54'683.25) .....	53
4.3.10.1. Parteibehauptungen .....	53
4.3.10.2. Würdigung .....	53
<b>5. Fazit.....</b>	<b>55</b>
<b>6. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....</b>	<b>55</b>
6.1. Gerichtskosten .....	55
6.2. Parteientschädigungen.....	56

## **Sachverhalt und Verfahren**

### **A. Sachverhaltsübersicht**

#### a. Die Parteien

Bei der Klägerin handelt es sich um ein im Handelsregister eingetragenes Institut des öffentlichen Rechts, das für seine Mitglieder die berufliche Vorsorge nach dem PKB-Gesetz (Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Pensionskasse des Bundes) durchführt, wobei es zwingend an die Bestimmungen des BVG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) und des FZG (Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge) gebunden ist (act. 3/4). Die Klägerin ist Eigentümerin von 64 Wohnungen an der Rue C.\_\_\_\_\_ ... - ... in D.\_\_\_\_\_ (act. 13 Rz. 9 S. 5).

Die E.\_\_\_\_\_ SA, ursprüngliche Vertragspartnerin der Klägerin, wurde am 28. Mai 2018 (Tagesregistereintrag) von der F.\_\_\_\_\_ AG auf dem Wege der Absorptionsfusion übernommen (Art. 22 Abs. 1 FusG; act. 22 Rz. 4 f. S. 2 f. und act. 3/1-3). Per 25. März 2020 wurde die F.\_\_\_\_\_ AG mit Fusionsvertrag vom 16. März 2020 auf die Beklagte (B.\_\_\_\_\_ AG) übertragen und anschliessend im Handelsregister gelöscht (act. 22 Rz. 6 f. S. 3; act. 26 Rz. 1 S. 7; act. 23/43-46 und act. 27/1). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche die Übernahme und Ausführung von Aufträgen zur Planung, Projektierung, Bauleitung, Erstellung, Lieferung, Betriebsführung und Überwachung von Anlagen und Bauten aller Art sowie technische, industrielle, ökologische und wirtschaftliche Beratung im In- und Ausland bezweckt (act. 23/44 und act. 27/1).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin beauftragte im Jahr 2002 die G.\_\_\_\_\_ SA als Totalunternehmerin mit dem Bau von mehreren Wohnhäusern an der Rue C.\_\_\_\_\_ ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... in D.\_\_\_\_\_. Im Jahr 2009 wurden balkonseitig an fast sämtlichen der 64 Wohnungen Feuchtigkeitsaufstiege und Wassereintritte sowie Probleme mit der Balkonverglasung festgestellt. In diesem Zusammenhang wurde die E.\_\_\_\_\_ SA (Rechtsvorgängerin der Beklagten) zur Erstellung eines Sanierungskonzepts für diese Mängel beigezogen. Streitgegenstand bildet die von der Beklagten bzw. der E.\_\_\_\_\_ SA hierfür in der Folge ausgearbeitete Sanierungsvariante.

Die Klägerin macht geltend, dass die Probleme infolge eines mangelhaften Sanierungskonzepts (Planungsfehler) der E.\_\_\_\_\_ SA nicht hätten behoben werden können. Die fraglichen Mängel hätten schliesslich durch die H.\_\_\_\_\_ SA beseitigt werden müssen, was unnötige Kosten im Umfang von effektiv CHF 412'962.– ausgelöst habe. Damit macht die Klägerin eine vertragliche Haftung der Beklagten für die ihr entstandenen Schäden geltend. Zudem fordert sie Ersatz der Kosten der vorsorglichen Beweisführung inkl. Gutachtens-, Anwalts- und Gerichtskosten sowie Parteientschädigung von der Beklagten (total CHF 54'683.25).

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen von Planungsfehlern und damit einer Vertragsverletzung. Das Sanierungskonzept ihrer Rechtsvorgängerin, der E.\_\_\_\_\_ SA, habe vielmehr den anerkannten Regeln der Baukunst entsprochen, weshalb sie für den geltend gemachten Schaden nicht verantwortlich sei. Die Klägerin habe selbst zu verantworten, dass sie das von der E.\_\_\_\_\_ SA erarbeitete Sanierungskonzept nicht vollumfänglich umgesetzt habe. Sie schliesst auf Abweisung der Klage.

**B. Prozessverlauf**

Mit Eingabe vom 26. September 2019 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren beim hiesigen Handelsgericht gegen die F.\_\_\_\_\_ AG anhängig (act. 1 und act. 3/1-42). Den

einverlangten Kostenvorschuss von CHF 20'500.– leistete die Klägerin fristgerecht (act. 4 und act. 6). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2019 wurde der Beklagten eine einmalige Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 7). Dieser Aufforderung kam sie mit Eingabe vom 27. Januar 2020 innert der ihr erstreckten Frist nach (act. 9, act. 11, act. 13 und act. 15/2-4). Mit Verfügung vom 28. Januar 2020 wurde der Klägerin das Doppel der Klageantwort zugestellt und der vorliegende Prozess an Oberrichterin Flurina Schorta als Instruktionsrichterin delegiert (act. 16). Am 10. März 2020 fand eine Vergleichsverhandlung statt. Eine Einigung konnte in diesem Rahmen nicht erzielt werden (Prot. S. 7). Im Nachgang zur Vergleichsverhandlung wurde mit Verfügung vom 11. März 2020 die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels angeordnet (act. 20). Die Replik der Klägerin erging am 29. Mai 2020 (act. 22 und act. 23/43-60), die Duplik der Beklagten am 4. September 2020 (act. 26 und act. 27/1-5). Nachdem die Beklagte in der Duplik angezeigt hatte, dass die F. \_\_\_\_\_ AG auf die B. \_\_\_\_\_ AG übertragen und anschliessend im Handelsregister gelöscht worden war, wurde das Rubrum mit Verfügung vom 7. September 2020 entsprechend angepasst und der Klägerin das Doppel der Duplik samt Beilagen unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 28). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 17. August 2021 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 30). Die Parteien verzichteten innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 32 und act. 33).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## **Erwägungen:**

### **1. Formelles**

#### **1.1. Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 31 ZPO, da der Sitz der Beklagten im Kanton Zürich liegt (act. 1 Rz. 4 S. 2 ; act. 13 Rz. 2 S. 4; act. 22 Rz. 8 S. 3).

Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG ebenfalls gegeben und unbestritten, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, der Streit sich auf die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien bezieht und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit für die Behandlung der vorliegenden Klage örtlich und sachlich zuständig.

#### **1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen**

Die übrigen Prozessvoraussetzungen der vorliegenden Klage erweisen sich ebenfalls als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

#### **1.3. Klagereduktion**

Die Klägerin reduzierte in ihrer Replik die Forderung von ursprünglich CHF 483'845.25 nebst Zins zu 5 % seit Datum der Klageeinreichung auf CHF 467'645.25 nebst Zins zu 5 % seit Datum der Klageeinreichung (act. 1 S. 2 und act. 22 S. 2). Dies mit der Begründung, dass es sich beim Differenzbetrag um Ohnehinkosten handle (act. 22 Rz. 9 S. 3 und Rz. 180 f. S. 32).

Die Beklagte hält fest, dass diese Reduktion der Klage einem Klagerückzug gleichkomme (act. 26 Rz. 10 S. 8 und Rz. 245 S. 44).

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, wird die Beschränkung des Rechtsbegehrens nicht als Klageänderung behandelt, sondern kommt einem

teilweisen Rückzug gleich und ist jederzeit zulässig (KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N 35). Demzufolge ist die Klage im Umfang von CHF 16'200.– nebst Zins zu 5 % seit Datum Klageeinreichung, konkret seit 26. September 2019, als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (vgl. Art. 241 Abs. 3 ZPO).

Somit ist nachfolgend noch über den Betrag von CHF 467'645.25 nebst Zins zu befinden.

#### 1.4. Allgemeines zur Beweisführung

##### 1.4.1. Behauptungs- und Substantiierungslast

Der Verhandlungsgrundsatz – welcher das vorliegende Verfahren beherrscht – besagt, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Urteil BGer 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt.

Die Sachvorbringen müssen umfassend, detailliert, in Einzeltatsachen gegliedert und klar dargelegt werden, damit die Gegenpartei Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann. Pauschale Behauptungen genügen nicht (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 2; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 ZPO N 43; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 182 ff.). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit wie hier die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 ZPO N 27; Kuko ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N 27; vgl. auch Urteil BGer 4A.169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.3). Eine nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptung darf

nachträglich mittels eines Beweisverfahrens nicht mehr korrigiert werden, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes (vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3).

Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend darzulegen. Tatsachenbehauptungen sind dabei immer so konkret zu formulieren, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann. Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre. Das Gericht kann einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest andeutungsweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht zum Vornherein, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (Urteil BGer 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.2 m.w.H.; BGE 127 III 365 E. 2b f.; BGE 108 II 337 E. 3; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 29 f.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 33 ff.).

#### 1.4.2. Bestreitungslast

Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die beweisfreie Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Pauschale Bestreitungen genügen dafür nicht; auch diesbezüglich sind substantiierte Ausführungen zu verlangen. Die Anforderungen dürfen jedoch nicht so hoch angesetzt werden, dass daraus eine Umkehr der Beweislast resultieren würde; die behauptungspflichtige Partei kann sich folglich nicht mit Verweis auf unsubstantiierte Bestreitungen von ihren Substantiierungslasten befreien. Es ist lediglich zu verlangen, dass die Bestreitungen einer bestimmten Tatsachenbehauptung zugeordnet werden können (BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 191 ff.).

### 1.4.3. Beweislast und Beweisführung

Um zum Beweis zugelassen zu werden, hat der Kläger die genannten von ihm zu beweisenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend zu behaupten, wobei die Anforderungen daran – wie dargelegt – insbesondere vom Verhalten der Beklagten (Bestreitungen) abhängen. Dabei hat der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen. Der blosser Verweis auf Beilagen erfüllt die Behauptungslast in aller Regel nicht. Denn es ist nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, sich die Grundlagen des Anspruchs aus den Beilagen zusammenzusuchen (Urteile BGer 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2 und BGer 4A\_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 221 N 23; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 27 und N 31).

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO ist Beweis über rechtserhebliche, streitige Tatsachen zu führen. Rechtserheblich sind dabei Tatsachen, deren Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des konkreten Verfahrens beeinflussen können (BSK ZPO-GUYAN Art. 150 N 3; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 27). Keine Beweise sind demgegenüber über Behauptungen abzunehmen, die für das Verfahren nicht relevant sind. Ebenso stehen Rechtsfragen nicht dem Beweis offen.

Das Recht, Beweis zu führen (Art. 152 Abs. 1 ZPO), befreit die Parteien nicht davon, ihre Sachdarstellungen substantiiert vorzubringen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (ANETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge, Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, S. 17 ff., S. 22 f.). Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Insbesondere sind vage, generelle und pauschale Behauptungen, die auf einen Ausforschungsbeweis abzielen, nicht beachtlich (BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 33 f.).

In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Urteil

BGer 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E.4.4). Insbesondere ist zu bezeichnen, welche Behauptung mit welchem Beweismittel bewiesen werden soll (BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 22).

## **2. Unbestrittener Sachverhalt im Überblick**

Die Klägerin schloss im Jahr 2002 mit der G.\_\_\_\_\_ SA einen Totalunternehmervertrag für den Bau mehrerer Wohnhäuser an der Rue C.\_\_\_\_\_ ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... in D.\_\_\_\_\_ ab. Im Jahr 2009 wurden balkonseitig an fast sämtlichen der 64 Wohnungen aufsteigende Feuchtigkeit und Wassereintritte sowie Probleme mit den Balkonverglasungen festgestellt. In der Folge zog die Klägerin die E.\_\_\_\_\_ SA als Beraterin für die Analyse der aufsteigenden Feuchtigkeit bei. Die Klägerin und die G.\_\_\_\_\_ SA einigten sich im Juli 2011 aussergerichtlich vollständig über die Schadenersatzforderungen der Klägerin, wobei sich Letztere verpflichtete, der Klägerin für die Mängel einen Pauschalbetrag von CHF 500'000.– zu bezahlen. Parallel wurde die E.\_\_\_\_\_ SA von der Klägerin beauftragt, die Sanierung in die Wege zu leiten und zu begleiten. Auf Anraten der E.\_\_\_\_\_ SA schloss die Klägerin mit der I.\_\_\_\_\_ AG einen Werkvertrag für die Sanierung der Balkone ab, wobei diese anschliessend die vereinbarten Sanierungsarbeiten an den Balkonen unter der Leitung der E.\_\_\_\_\_ SA ausführten. Am 19. September 2011 wurden ihre Arbeiten vorbehaltlos angenommen. Im Frühjahr 2012 entschied sich die Klägerin, mit der Instandsetzung der Fassaden noch eine gewisse Zeit zuzuwarten. Daraufhin kündigte die E.\_\_\_\_\_ SA den Vertrag.

Am 5. Juni 2013 führte die Firma J.\_\_\_\_\_ AG, die von der Klägerin als Nachfolgerin der E.\_\_\_\_\_ SA mit der Sanierung der Fassaden beauftragt worden war, einen Augenschein durch. Im Zuge dieser Besichtigung wurden an den Fassaden sowie an den Rändern der Balkone Feuchtigkeitsaufstiege und Spuren von Salpeter und auch Blasen auf dem Epoxybelag verschiedener Balkone festgestellt. Da die festgestellten Undichtigkeiten der Fassaden schnellstmöglich eine Gesamtsanierung erforderlich machten, stellte die Klägerin am 4. Juni 2014 beim Bezirksgericht des Kantons Freiburg einen Antrag auf vorsorgliche Beweisführung in Form eines gerichtlichen Gutachtens gegen die E.\_\_\_\_\_ SA

sowie die I.\_\_\_\_\_ AG, welchem mit Entscheid vom 30. Dezember 2014 stattgegeben wurde und worauf K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ als Experten eingesetzt wurden. Mit Gutachten vom 4. März 2015 nahmen die Experten zu den Fragen der Klägerin Stellung (fortan: "Gutachten"). Mit Schreiben vom 15. September 2015 unterbreitete das Bezirksgericht Freiburg den Experten die Zusatzfragen der Parteien zum Gutachten vom 4. März 2015, welche diese im Bericht vom 6. November 2015 beantworteten (fortan: "Zusatzgutachten 1"). In der Folge beauftragte die Versicherungsgesellschaft der I.\_\_\_\_\_ AG die M.\_\_\_\_\_ AG mit der Erstellung einer technischen Analyse zum Inhalt des Zusatzgutachtens 1. Diese legte am 21. April 2016 einen entsprechenden Bericht vor, zu welchem die Experten in einem zweiten Zusatzgutachten vom 19. Oktober 2016 (fortan: "Zusatzgutachten 2") ebenfalls Stellung nahmen.

Nach Abschluss der vorsorglichen Beweisführung beauftragte die Klägerin die H.\_\_\_\_\_ SIA SA mit der Planung und Koordination der Sanierungsarbeiten, woraufhin die Balkone (inkl. Abdichtung) und die Fassaden komplett saniert wurden (act. 1 Rz. 8 ff. S. 3 ff. und act. 13 Rz. 9 ff. S. 5 ff.).

### **3. Vertragsqualifikation**

#### **3.1. Vorbemerkung**

Wie dargelegt, macht die Klägerin eine Haftung der Beklagten aus *Vertrag* infolge mangelhafter Planung geltend. Da sich die Parteien uneinig sind, ob sich die allfällige Haftung nach Auftrags- oder nach Werkvertragsrecht richtet, gilt es vorab den zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrag zu qualifizieren. Dies, zumal das Werkvertragsrecht – im Unterschied zum Auftragsrecht – eine strengere Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 376 Abs. 1 und Art. 370 OR) vorsieht und überdies ein Unterschied bei der Verjährung der Haftungsansprüche besteht (werkvertragliche Ansprüche verjähren grundsätzlich nach zwei Jahren [Art. 371 Abs. 1 OR], auftragsrechtliche nach zehn Jahren [Art. 127 OR]) und die Beklagte geltend macht, dass die Klägerin ihre Ansprüche mangels rechtzeitiger Mängelrüge verwirkt habe.

### 3.2. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, dass sich die Haftung der E.\_\_\_\_\_ SA nach Auftragsrecht richte. Wie die Beklagte selbst ausführe, habe sie (die Klägerin) von der E.\_\_\_\_\_ SA nie einen physischen Arbeitserfolg, sondern das "geistige Erarbeiten" einer Sanierungsvariante, d.h. eine Idee, verlangt. Die E.\_\_\_\_\_ SA schulde ihr demnach die Planung sämtlicher notwendiger Sanierungsarbeiten, um diese anschliessend entsprechend zu vergeben und ausführen zu lassen. Dabei handle es sich um unkörperliche Arbeitserfolge. Nur wenn ein solch unkörperlicher Erfolg eine "gewisse Körperlichkeit" erlange, indem er etwa wie ein Bauplan dauernd Gestalt in einer Sache (z.B. in einem Schriftstück, in Form eines Modells oder gespeichert auf einem elektronischen Datenträger) annehme und damit wahrnehmbar festgehalten werde, könne allenfalls von einem werkvertraglichen Element ausgegangen werden. Dies sei vorliegend gerade nicht der Fall. Insbesondere sei die von der E.\_\_\_\_\_ SA gewählte Sanierungsvariante nicht in Form von Bauplänen geschuldet gewesen. Entsprechend unterliege der zwischen ihr und der E.\_\_\_\_\_ SA vereinbarte Architekturvertrag ausschliesslich den Bestimmungen über den Auftrag (act. 22 Rz. 196 S. 37). Die Abmahnung der E.\_\_\_\_\_ SA sei sodann einzig "der guten Ordnung halber" erfolgt, um ihr gleichzeitig anzuzeigen, dass sie für den Schaden verantwortlich gemacht würde. Es handle sich nicht um eine Mängelrüge im werkvertraglichen Sinne (act. 22 Rz. 49 ff. S. 10 f.).

Die Beklagte wendet demgegenüber ein, dass es sich – soweit von ihr ein Sanierungskonzept verlangt worden sei – um einen Werkvertrag handle (act. 13 Rz. 116 f. S. 17 und act. 26 Rz. 78 S. 18, Rz. 87 S. 19 und Rz. 127 S. 25). Auch ein geistiges Werk könne eine Werkleistung darstellen und damit Gegenstand eines Werkvertrages sein. In der Literatur werde als Beispiel eines geistigen Werkes die Erarbeitung eines Werbekonzepts mit einem unkörperlichen Arbeitserfolg genannt. Vorausgesetzt würde, dass sich der unkörperliche Erfolg seiner Natur nach als Arbeitsergebnis versprechen lasse. Die Arbeiten der E.\_\_\_\_\_ SA würden ohne Weiteres einem Arbeitsergebnis entsprechen und seien entsprechend honoriert worden. Der Architekt sei bei der Erbringung von

Planerleistungen verpflichtet, die anerkannten Regeln der Baukunst bzw. die Regeln der Technik einzuhalten. Es genüge nicht, wenn er bloss sorgfältig tätig werde. Er schulde damit einen Arbeitserfolg und die Einhaltung der fachspezifischen Regeln, die sich nach objektiven Kriterien überprüfen liessen. Gestützt auf das Sanierungskonzept seien die Ausschreibungen der Bauarbeiten für die Sanierung erfolgt. Das Konzept habe somit letztlich der Erstellung einer werkvertraglichen Leistung des Unternehmers gedient. Damit habe das Konzept der Architektin seinen Niederschlag in einem realisierten Projekt bzw. einem körperlichen Werk gefunden. Das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA müsse damit ohne Zweifel als werkvertragliche Leistung gelten, selbst wenn es sich nur um ein geistiges Werk handle (act. 26 Rz. 273 ff. S. 49).

### 3.3. Rechtliches

Durch einen *Werkvertrag* verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Geschuldet wird ein – körperlicher oder unkörperlicher – Leistungserfolg (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 1 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 28). Es handelt sich um eine "obligation de résultat". Durch die Annahme eines *Auftrags* verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung unterstehen Verträge über die Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag. Der Beauftragte hat aufgrund seiner Treuepflicht die Interessen des Auftraggebers zu wahren (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 2 f.). Er schuldet, auch wenn seine Dienstleistungen im Hinblick auf ein bestimmtes erwünschtes Resultat erfolgen, regelmässig nicht einen bestimmten Erfolg, aber er hat durch sorgfältiges und die Regeln der Kunst befolgendes Tätigwerden das Möglichste zur Zweckerreichung zu tun ("obligation de moyens"; BSK OR I-WEBER Art. 394 N 2). Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte ein Wirken (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 28).

Die rechtliche Einordnung eines *Architektenvertrags* kann nicht allgemeingültig vorgenommen werden (Urteil BGer 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; Urteil

BGer 4A\_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1). Es ist vielmehr darauf abzustellen, welche Leistungen die Parteien im konkreten Vertrag vereinbart haben. Ist allein das Verfassen von Plänen geschuldet, untersteht dieser Vertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363 N 17; BGE 130 III 362 E. 4.1; BGE 127 III 543 E. 2a; BGE 109 II 462 E. 3d; Urteil BGer 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4). Gehören dagegen ausschliesslich die Bauleitung bzw. -aufsicht, die Vergabe von Arbeiten und/oder die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages zum Pflichtenheft des Architekten, untersteht der Architektenvertrag dem Auftragsrecht (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363 N 17; BGE 109 II 462 E. 3d; BGE 127 III 543 E. 2a; BGE 134 III 361 E. 6.2.2 m.H.= Pra 98 [2009] Nr. 8; Urteil BGer 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4). Ein Architektenvertrag als Gesamtvertrag, bei welchem der Architekt sämtliche Architekturleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Projektierung und die Bauausführung übernimmt, qualifiziert das Bundesgericht als gemischten Vertrag, welcher erlaubt, je nach konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden. Insofern ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar. Bei solchen Gesamtverträgen können sich auch die rechtlichen Qualifikationen einzelner Pflichten und damit die anzuwendenden Bestimmungen verglichen zu Architektenverträgen mit nur einzelnen Pflichten verschieben. Zu beachten ist dabei, dass einzelne Fragen der rechtlichen Einordnung noch immer nicht abschliessend höchstrichterlich geklärt sind (vgl. zum Ganzen: BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363 N 18; BGE 134 III 361; BGE 127 III 543 E. 2a; BGE 109 II 462 E. 3d; Urteile BGer 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4 und BGer 4A\_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1, je m.H.).

Von einem gewichtigen Teil der Lehre wird die Auffassung abgelehnt, wonach der Gesamtvertrag als gemischtes Vertragsverhältnis zu behandeln sei. Bei einer vertieften Analyse und Würdigung des Vertragsverhältnisses gelange man vielmehr zum Ergebnis, dass dieser Architektenvertrag (in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts) ungeteilt dem Auftragsrecht zu unterstellen sei (so auch BGE 98 II 305/311 E. 3b und 4; PETER GAUCH, Der

Werkvertrag, Rz. 57 ff.; BK OR-GAUTSCHI, Art. 394 N 43a). Denn schon von seinem Ziel her bilde der Gesamtvertrag eine Einheit. Er vereinige die Einzelleistungen des Planers zu einer geistigen Gesamttätigkeit, durch die der Planer zur Errichtung einer Baute beiträgt. Doch werde von ihm weder die Baute selbst geschuldet, noch habe die Gesamtleistung einen anderen Erfolg zum Ziel, der ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts wäre. Somit entziehe sich der Gesamtvertrag den Regeln des Werkvertragsrechts, während sich seine Qualifikation als einfacher Auftrag rechtfertige. Dass einzelne Verrichtungen, würde man sie gesondert vereinbaren, dem Werkvertragsrecht unterständen, vermöge den Gesamtvertrag des Architekten ebenso wenig zu einem gemischten Vertragsverhältnis zu machen wie etwa den Heilungsvertrag mit dem Zahnarzt oder den Prozessführungsvertrag mit dem Anwalt. Auch diese Verträge würden Verrichtungen beinhalten, die man bei separater Vereinbarung dem Werkvertragsrecht zuordnen müsste, was aber nicht hindere, den jeweiligen Gesamtvertrag einheitlich und nach Auftragsrecht zu behandeln (GAUCH/MIDDENDORF, Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, Rz. 1.51; GAUCH, a.a.O., Rz. 59). Dem Sinne nach gleich verhalte es sich für den Gesamtvertrag des Architekten.

Eine rechtlich verschiedene Behandlung der zahlreichen Einzelleistungen und die damit verbundene "Spaltung der Rechtsfolgen" führe zu einem völlig impraktikablen Ergebnis. Würden die Verrichtungen des Planers, die bei separater Vereinbarung werkvertraglichen Charakter hätten, aus dem Ganzen herausgeschält und dem Werkvertragsrecht unterworfen, widerspräche dies sowohl der Wirklichkeit des richtig verstandenen Gesamtvertrages als auch dem schutzwürdigen Interesse beider Parteien an klaren Verhältnissen. Dies habe das Bundesgericht für die vorzeitige Vertragsauflösung und auch für die Vergütung des Gesamtarchitekten erkannt, indem es den Gesamtvertrag insgesamt und ungeteilt der Auflösung des Art. 404 OR bzw. der Vergütungsregel in Art. 394 Abs. 3 OR unterstellt habe.

Kein gangbarer Weg sei schliesslich, die Aufspaltung für die Haftungsfragen, die sich im Gesamtvertrag des Planers stellen würden. Auch das Bundesgericht scheine sich in BGE 127 III 543 unter Berufung auf die "évolution de la jurisprudence" dem Standpunkt zu nähern, dass der Gesamtvertrag des Architekten, zumindest was die Haftung des Architekten betreffe, einheitlich nach Auftragsrecht zu beurteilen sei (GAUCH/MIDDENDORF, a.a.O., Rz. 1.53).

#### 3.4. Würdigung

Vorab ist festzuhalten, dass die rechtliche Einordnung des Vertrages Gegenstand der Rechtsanwendung und damit dem Parteiwillen entzogen ist (BGE 113 II 264 E. 2a, BGE 84 II 493 E. 2; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 3.1).

Es ist vorliegend unbestritten, dass sich im Architektenvertrag die E.\_\_\_\_\_ SA verpflichtete, einen Vorschlag für die Sanierung der Balkone zu erarbeiten, "inkl. Ausführungsprogramm und Kostenangaben, allenfalls Behebung Fasadenschäden, etc. (Projektvorschlag)" sowie zudem zum Einholen der notwendigen Offerten von Bauhandwerkern, zur Bauleitung während der Ausführung der Arbeiten und zur Abnahme der sanierten Gebäudeteile (act. 22 Rz. 49 S. 9 f. und act. 26 Rz. 123 ff. S. 24 f.). So stellte die E.\_\_\_\_\_ SA der Klägerin denn auch die Besprechungsaufwendungen, das Erarbeiten einer Sanierungsvariante, das Einholen von Offerten der Balkonsanierung, die Auftragserteilung der Balkonsanierung, die Kontrolle der Kosten und der Ausführung sowie die Bauabrechnung in Rechnung (act. 3/11-18). Da damit unter anderem sowohl die Projektierung als auch die Bauausführung der E.\_\_\_\_\_ SA oblag, handelt es sich somit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen gemischten Vertrag, welcher erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden.

Das Erstellen des Kostenvoranschlags, das Einholen von Offerten von Bauhandwerkern, die Bauleitung und die Bauabnahme unterstehen nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Auftragsrecht (vgl. auch BGE 134 III 361/365 E. 6.2.3 f. und Urteil BGer 4A\_89/2017 vom 2. Oktober 2017 E. 4; anders

noch BGE 114 II 53/55 E. 2b). Strittig ist, ob das Erarbeiten des Sanierungskonzepts für die Balkone dem Werkvertrags- oder dem Auftragsrecht zuzuordnen ist.

Die Beklagte argumentiert, dass es sich bei den Arbeiten der E.\_\_\_\_\_ SA um ein geistiges Werk handle, zumal sie einem Arbeitsergebnis entsprechen würden und der Architekt bei der Erbringung von Planerleistungen verpflichtet sei, die anerkannten Regeln der Baukunde bzw. die Regeln der Technik einzuhalten, wobei sich deren Einhaltung wiederum nach objektiven Kriterien prüfen lasse. Die Klägerin hält dem entgegen, dass sie von der E.\_\_\_\_\_ SA lediglich das geistige Erarbeiten einer Idee, namentlich einer Sanierungsvariante, nicht aber eines schriftlichen Konzepts verlangt habe. Der unkörperliche Erfolg habe entsprechend nie eine "Körperlichkeit" erlangt.

Zutreffend ist, dass das Sanierungskonzept die Grundlage für die nachfolgenden Sanierungs- bzw. Bauarbeiten zur Abdichtung der Balkone bildet. Die Planerin bzw. Architektin schuldet dabei jedoch nicht die korrekt abgedichteten Balkone an sich, sondern lediglich ein darauf ausgerichtetes Konzept, das den Regeln der Baukunde bzw. den Regeln der Technik entspricht. Wie die Beklagte zu Recht ausführt, ist das Konzept im Ergebnis an sich objektiv beurteilbar, erfolgen doch seine Dienstleistungen im Hinblick auf ein bestimmtes erwünschtes Resultat. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Architekt nicht das Werk an sich als "obligation de résultat", sondern vielmehr ein sorgfältiges und die Regeln der Kunst befolgendes Tätigwerden schuldet, das das Möglichste zur Zweckerreichung beiträgt ("obligation de moyen"). Dies umso mehr, als vorliegend das Sanierungskonzept unbestrittenermassen nicht physisch z.B. als Plan, Gutachten oder Ähnliches geschuldet war, womit auch diesbezüglich kein körperlicher Leistungserfolg zu erblicken ist. Vielmehr führte die E.\_\_\_\_\_ SA konzeptionelle Arbeiten aus, die sich an einem Ziel ausrichteten, nicht aber planscharf erfasst wurden. Die Vorbereitungsarbeiten zur Erstellung eines derartigen Konzepts liegen in der Beurteilung der Ausgangssituation und der Erarbeitung von potentiellen Lösungsvarianten, wobei es primär auf die Sorgfalt bei der Bestandesaufnahme sowie bei der Beurteilung und der Erarbeitung

nachhaltiger Lösungsansätze ankommt. Diese Aspekte lassen sich durch die Regeln des Auftragsrechts adäquater erfassen als durch jene des Werkvertragsrechts, steht doch die Beratungstätigkeit im Vordergrund (vgl. auch DENZLER/HOCHSTRASSER, Die Haftung für die Planung, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, Rz. 9.9 f.).

Die konzeptionelle Tätigkeit stünde selbst dann im Vordergrund, wenn davon ausgegangen würde, dass der Sanierungsvorschlag als geistiges Werk zu qualifizieren wäre, zumal das in diesem Rahmen allfällig errichtete Werk als Teil der Gesamttätigkeit der E. \_\_\_\_\_ SA zu betrachten wäre, das im Auftrag aufginge. Ähnliches erwog das Bundesgericht auch in BGE 110 II 375 E. 1b S. 378, wo es den Vertrag zwischen dem Zahnarzt und seinem Patienten als Auftrag qualifiziert, wenn der Zahnarzt die Untersuchungen und Diagnosen, die Wahl von Zeitpunkt und Art der Eingriffe sowie die zur Erreichung des Zwecks geeigneten Ausführungshandlungen aus eigener Initiative und Verantwortung vorzunehmen hat. Die Herstellung von allfälligen Werken im Rahmen der Behandlung bilde diesfalls Teil des Auftrags und unterliege namentlich der Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Ausführung (als Regeln der ärztlichen Kunst; vgl. auch Urteil BGer 4A\_216/2016 vom 26. September 2016 E. 3.3). In ähnlichem Sinne erwog das Bundesgericht im Urteil 4A\_86/2011 vom 28. April 2011 (E. 3.2), dass der Vertrag eines Architekten, der Pläne und Kostenvoranschläge zu erstellen hatte, gesamthaft den Regeln des Mandats unterliegen solle, um den unterschiedlichen Aufgaben des Architekten gerecht zu werden (vgl. auch BGE 134 III 361 E. 6). Dies steht denn auch im Einklang mit der herrschenden Lehre, welche hinsichtlich Haftungsfragen die Anwendung von Auftragsrecht befürwortet (statt vieler: GAUCH, a.a.O., Rz. 57 ff.; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch/Tercier [Hrsg.], Das Architektenrecht, Rz. 397 Fn. 58, Urteil HGer SG.2008.127 vom 23. März 2010).

Insgesamt richtet sich die Haftung der Beklagten vorliegend sowohl nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als auch gemäss der aufgezeigten Lehre nach Auftragsrecht. Eine frist- und formgerechte Mängelrüge wird folglich nicht vorausgesetzt.

#### 4. Auftragsrechtliche Haftung der Beklagten

##### 4.1. Vorbemerkung und wesentliche Sachdarstellung der Parteien

Die Haftung der Beauftragten richtet sich nach Art. 398 OR. Der Bauherr hat Anspruch auf Schadenersatz, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) der Planer verhält sich vertragswidrig (*Vertragsverletzung*), (2) der Bauherr erleidet einen *Schaden*, (3) zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden besteht ein (natürlicher und adäquater) *Kausalzusammenhang* und (4) der Planer ist für den Schaden verantwortlich (in der Regel aus *Verschulden*).

Der Bauherr trägt dabei die Beweislast für die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang. Die Beweislast für das Verschulden ist umgekehrt. Das Verschulden wird vermutet und der Planer muss beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR; DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.24.).

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass die Beklagte die ursprünglich von der G.\_\_\_\_\_ SA verursachten Mängel infolge mangelhaften Sanierungskonzepts nicht habe beheben können und weitere schwere Feuchtigkeitsschäden aufgetreten seien.

Die Beklagte bestreitet eine fehlerhafte Planung und mithin eine Vertragsverletzung, einen natürlichen Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden ihrerseits. Schliesslich sei der Schaden nicht ausreichend substantiiert, und selbst wenn er substantiiert wäre, würde ein solcher nicht bestehen, zumal in diesem Fall die Zahlung der Totalunternehmerin (G.\_\_\_\_\_ SA) an die Klägerin von CHF 500'000.– an einen potentiellen Schadenersatz anzurechnen wäre (act. 13 Rz. 97 S. 15 und act. 26 Rz. 179 S. 33 f., Rz. 219 und Rz. 223 f. S. 41 und Rz. 226 S. 42).

## 4.2. Vertragsverletzung

### 4.2.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin führt aus, dass sie die Sanierungsarbeiten im Jahr 2011 habe in Angriff nehmen und/oder etappenweise ausführen lassen wollen. Ziel wäre es gewesen, die bestehenden Abdichtungsprobleme gesamthaft zu lösen. Dabei sei es auch Teil des Auftrags der E.\_\_\_\_\_ SA gewesen, die zeitliche Abfolge der Arbeiten richtig zu planen und organisieren. Die E.\_\_\_\_\_ SA habe ihr in der Folge ein zweistufiges Vorgehen vorgeschlagen, namentlich die Sanierung der Balkone durch die Anbringung eines Epoxyüberzugs sowie die anschließende Sanierung der Fassade. Gefehlt hätten hingegen die Anschlüsse an die Fassade (samt Abdichtung), die ebenfalls Teil des in Auftrag gegebenen Gesamtsanierungskonzepts hätten sein müssen (act. 22 Rz. 55 S. 11 und Rz. 108 S. 19). Damit sei ihr Sanierungskonzept untauglich gewesen, um die bestehenden Mängel zu beheben und weitere Wasserinfiltrationen zu vermeiden und mithin das grundlegende Problem der fehlenden Abdichtung (insbesondere gegen die Fenstertüren und die Fassade) zu lösen (act. 22 Rz. 108 S. 19). Das Anbringen einer Inoxleiste durch die Firma I.\_\_\_\_\_ AG gelte nicht als Abdichtung und sei nicht geeignet gewesen, weitere Wasserinfiltrationen zu verhindern (insbesondere da eine Abdichtungswanne inkl. Aufbordung zwischen dem Balkon und der Fassade sowie beim Anschluss zu den Fenstertüren fehlte; act. 22 Rz. 183 S. 33, Rz. 192 S. 34 und Rz. 205 S. 38). Das nachträgliche Anbringen von Aufbordungen wäre auch technisch nicht realisierbar gewesen und hätte somit zwingend im ersten Sanierungsschritt vorgenommen werden müssen (act. 1 Rz. 74 f. S. 16 und act. 22 Rz. 193 S. 35). Die Abdichtung sei auch bei der von der E.\_\_\_\_\_ SA bereits eingeholten Offerte für die Fassadensanierung nicht vorgesehen gewesen, weshalb klar sei, dass selbst wenn sie (die Klägerin) die von der E.\_\_\_\_\_ SA geplante Fassadensanierung hätte ausführen lassen, die Problematik der Wasserinfiltration weiterhin bestanden hätte. Damit sei die von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Sanierungsvariante in jeder Hinsicht ungenügend und untauglich (act. 22 Rz. 133 S. 24 f. und Rz. 193 S. 35). Die

E.\_\_\_\_\_ SA habe damit ihre Sorgfaltspflicht verletzt (act. 22 Rz. 204 und Rz. 206 S. 38).

Alsdann legt die Klägerin dar, wie die Planung bei fehlerfreier Ausführung des Auftrags hätte aussehen müssen:

- Im Vorfeld der Sanierungsarbeiten hätte eine vertiefte Analyse der bestehenden Mängel durchgeführt werden müssen, was die E.\_\_\_\_\_ SA unterlassen habe. Erst gestützt darauf hätte das weitere Vorgehen bzw. die angemessene Gesamtsanierungsvariante festgelegt werden können.
- In einem nächsten Schritt hätte die beschädigte Aussendämmung auf Bodenhöhe entfernt werden müssen. Auf dem sanierten Untergrund hätte anschliessend eine Abdichtung zwischen der Fassadenmauer und den Balkonen sowie beim Anschluss zu den Fenstertüren angebracht werden können und müssen (inkl. Aufbordung). Die Balkone seien jedoch saniert worden, ohne die Entfernung der Fassade vorzuschlagen, wie es zur Herstellung einer Abdichtung nach den Regeln der Technik erforderlich gewesen wäre.
- Erst in einem zweiten Schritt hätte der Epoxybelag ausgeführt und die gesamte Fassade (verrottungssichere Aussendämmung und mit Armierungsgittergewebe verstärkter Deckputz) saniert werden können (act. 22 Rz. 42 ff. S. 8 f., Rz. 59 S. 12, Rz. 132 S. 24 und Rz. 190 S. 34).

Insgesamt habe die E.\_\_\_\_\_ SA die Abdichtungsprobleme, welche für die Wassereintritte einschlägig gewesen seien, eindeutig unterschätzt. Ein Gesamtsanierungskonzept, wie es vorliegend notwendig gewesen wäre, sei von der E.\_\_\_\_\_ SA zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen worden. Sollte weiterhin bestritten werden, dass die Sanierungsvariante der E.\_\_\_\_\_ unzureichend war, sei ein gerichtlicher Gutachter mit der Frage zu betrauen (act. 22 Rz. 134 S. 25).

Die Beklagte bestreitet, dass das Gutachten für einen Planungsfehler der E.\_\_\_\_\_ SA spreche (act. 26 Rz. 26 f. S. 10). Vielmehr werde darin bestätigt, dass das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA – so wie es ursprünglich vorgesehen war,

aber dann von der Klägerin nicht vollumfänglich umgesetzt worden sei bzw. wenn es vollständig umgesetzt worden wäre – eine Abdichtung nach den anerkannten Regeln der Baukunst gewährleistet hätte (act. 26 Rz. 28 S. 10, Rz. 108 S. 22, Rz. 116 S. 23, Rz. 120 S. 24, Rz. 175 S. 33, Rz. 196 S. 37). Das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA habe zum einen vorgesehen, dass die Balkonböden mit einem Epoxybelag abgedichtet würden. Diese Abdichtung sei gemäss Gutachten Teil eines "angemessenen" Sanierungskonzepts. Die I.\_\_\_\_\_ AG habe neben dem Epoxybelag noch eine Inox-Fussleiste an den Fassaden angebracht, um eine provisorische Abdichtung der Schnittstelle zwischen den Balkonböden und den Fassaden zu ermöglichen. Mit den Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ AG sei das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA aber noch nicht vollständig umgesetzt worden. Dieses habe noch weitere Massnahmen vorgesehen. Zur dauerhaften Abdichtung der Schnittstelle zwischen den Balkonböden und den Fassaden hätte eine Aufbordnung ausgeführt werden sollen und schliesslich hätte gemäss dem Sanierungskonzept auch die Fassade saniert werden müssen (act. 26 Rz. 202 S. 38). Die Abdichtung zwischen den Fassadenmauern und den Balkonplatten sowie die Fassadensanierung – beides Teil des Sanierungskonzepts der E.\_\_\_\_\_ SA – sei dann aber von der Klägerin nicht mehr in Auftrag gegeben worden. Vielmehr habe die Klägerin im Frühling 2012 auf die Ausführung dieser noch ausstehenden Arbeiten verzichtet (act. 26 Rz. 16 S. 9, Rz. 62 S. 15 und Rz. 65 S. 16).

Weiter bestreitet die Beklagte, dass das nachträgliche Anbringen der Aufbordungen – nach der Ausführung des Epoxybelags – technisch nicht mehr möglich gewesen wäre (act. 26 Rz. 202 S. 38 und Rz. 267 ff. S. 47 f.). Vielmehr sei die Klägerin selbst dafür verantwortlich, dass sie die Arbeiten aus Zeit- und Kostengründen nicht ausgeführt habe. Die definitive Abdichtung der Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden hätte mittels einer entsprechenden Aufbordnung des Epoxybelags erstellt werden sollen (act. 26 Rz. 29 ff. S. 10 f. und Rz. 157 S. 30). Das von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Konzept, d.h. nach den Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ AG noch die Abdichtung ("Isolationsanschlüsse") zwischen den Balkonen und der Fassade und danach die Sanierungsarbeiten an den Fassaden vorzunehmen, sei laut dem Zusatzgutachten 1 korrekt. Die noch

ausstehenden Arbeiten, d.h. die Abdichtung der Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden mittels einer Aufbordnung hätten dafür gesorgt, dass die undichten Stellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden dauerhaft geschlossen worden wären. Hierzu hätte man den Epoxybelag an den Wänden bzw. hinter den Kompaktfassaden um rund 12 cm hochziehen müssen (act. 26 Rz. 40 f. S. 11 f.). Hierfür habe sie auch bereits Offerten eingeholt. Aus den Offerten der N.\_\_\_\_\_ SA und der O.\_\_\_\_\_ SA vom 5. April 2012 sei ersichtlich, dass der Epoxybelag mittels eines Dichtungsbandes bis auf eine Höhe von 10 cm hinter den Kompaktfassaden hätte abgedichtet werden sollen (act. 26 Rz. 206 S. 38 und Rz. 262 ff. S. 47). Als provisorische Massnahme habe die I.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2011 eine Inox-Fussleiste von 10 cm Höhe angebracht, um den Eintritt von Nässe zu verhindern, bis die Aufbordnung fachgerecht ausgeführt worden wäre. Das Zusatzgutachten 2 bestätige, dass die Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ AG inkl. Inox-Fussleiste der SIA-Norm 271 betreffend Abdichtungen von Hochbauten entsprochen habe und damit normgerecht ausgeführt worden sei. Die Abdichtung zwischen den Fassadenmauern und den Balkonplatten (Aufbordnung) sei gemäss dem Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA vorgesehen worden. Im Sommer 2010 sei man noch davon ausgegangen, dass die Fassade durch ein stellenweises Flickern wieder in Ordnung gebracht werden könne. Rund dreiviertel Jahre später habe dies jedoch anders ausgesehen. P.\_\_\_\_\_ habe die Klägerin mit E-Mail vom 7. April 2011 über den schlechten Zustand der Fassaden informiert und abgemahnt, dass ein bloss stellenweises Flickern nicht möglich, sondern eine richtige Fassadensanierung notwendig sei, wozu die E.\_\_\_\_\_ SA Offerten eingeholt habe. Die Aufbordnung bzw. die dauerhafte Abdichtung der Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden hätte im Rahmen der Fassadensanierung ausgeführt werden sollen. Seit dem Entscheid der Klägerin, die von der E.\_\_\_\_\_ SA geplante Sanierung im Frühling 2012 zu stoppen, bis zur Besichtigung der streitgegenständlichen Mängel durch die Gutachter im Februar 2015, sei Feuchtigkeit in die Fassaden eingedrungen und habe Folgeschäden verursacht, für welche alleine die Klägerin verantwortlich sei (act. 26 Rz. 42 ff. S. 12, Rz. 132 S. 25, Rz. 142 f. S. 27, Rz. 146 ff. S. 28 f., Rz. 150 ff. S. 29).

Entsprechend bestreitet die Beklagte, dass es "unerheblich" gewesen sei, dass die Klägerin mit der Sanierung der Fassade, wie sie von der Architektin vorgesehen gewesen sei, zugewartet habe. Die Ausführungen im Gutachten, wonach das vorgeschlagene Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA "nicht geeignet" gewesen sei, "um die bestehenden Mängel zu beseitigen", seien vor dem Hintergrund der beim Augenschein im Februar 2015 festgestellten Folgeschäden aufgrund des Zuwartens der Klägerin zu sehen, welche entsprechend von ihr zu verantworten seien. Im Gutachten werde nicht ausgeführt, inwiefern der Zustand der Balkone und Fassaden im Jahr 2011 bzw. 2012 es nicht zugelassen hätte, dass die Sanierung basierend auf dem Konzept der E.\_\_\_\_\_ SA erfolgreich gewesen wäre, wenn das Konzept wie geplant umgesetzt und die Sanierungsarbeiten im Jahr 2012 zum Abschluss gekommen wären (act. 26 Rz. 56 f. S. 13 f. und Rz. 171 S. 32).

Zusammengefasst lasse sich mit den Gutachten (Gutachten inkl. Zusatzgutachten 1 + 2) keine fehlerhafte Planung der E.\_\_\_\_\_ SA mit dem Regelbeweismass des strikten Beweises nachweisen (act. 26 Rz. 60 S. 14).

#### 4.2.2. Rechtliches

Die Haftung des Planers setzt voraus, dass er eine vertragliche Pflicht nicht oder nicht richtig erfüllt hat. Die Vertragsverletzung kann etwa in einer Fehlplanung (insb. Verletzung der Regeln der Baukunde), der Missachtung einer Weisung des Bauherrns, einer unsorgfältigen Bauleitung, der Missachtung der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht oder einer fehlerhaften Berechnung und Kontrolle der Kosten liegen (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.31 f. und Rz. 9.49 ff.).

#### 4.2.3. Würdigung

Die Parteien sind sich einig, dass die im Jahr 2009 festgestellten Feuchtigkeitsaufstiege und Wassereintritte bzw. Probleme mit der Balkonverglasung ursprünglich auf die mangelhafte Ausführung der Totalunternehmerin (G.\_\_\_\_\_ SA) zurückzuführen waren und die E.\_\_\_\_\_ SA von der Klägerin in der Folge damit beauftragt wurde, ihr zur Behebung dieser Mängel

einen umfassenden Sanierungsvorschlag vorzulegen (einmalige oder etappenweise Sanierung). Unstrittig ist alsdann, dass die Beklagte der Klägerin ein zweistufiges Vorgehen vorschlug, das nach der Anbringung eines Epoxybelags auf den Balkonböden zusätzlich eine Fassadensanierung vorsah. Unbestritten ist schliesslich, dass eine umfassende Sanierung im Sinne von SIA-Norm 271 die Abdichtung zwischen den Fassadenmauern und den Balkonplatten vorausgesetzt hätte (inkl. Aufbordnung) und dass diese durch die I.\_\_\_\_\_ AG nicht ausgeführt, sondern eine provisorische Inox-Leiste angebracht wurde.

*a. Umfang des Sanierungskonzepts*

Strittig ist zwischen den Parteien hingegen, ob eine Abdichtung zwischen den Fassadenmauern und den Balkonplatten (inkl. Aufbordnung) Teil des Sanierungskonzepts der E.\_\_\_\_\_ SA war.

Wie bereits dargelegt, hat die Klägerin als Bauherrin die Vertragsverletzung (vorliegend konkret, dass die Anschlüsse an die Fassade sowie die Abdichtung fälschlicherweise nicht Teil des Sanierungskonzepts der E.\_\_\_\_\_ SA gewesen seien, womit das Konzept nicht den Regeln der Baukunde entspreche) zu beweisen. Trägt die Partei im Rahmen von Art. 8 ZGB die Beweislast, so muss sie auch das Nichtbestehen einer Tatsache beweisen. Ist der direkte Beweis nicht möglich, so muss die beweisbelastete Partei den entsprechenden Nachweis indirekt durch die Darlegung positiver Sachumstände erbringen. Das Gericht kann die Gegenpartei dann zu einer Mitwirkung an der Beweisführung verpflichten (BGE 133 V 205 E. 5.5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 61; BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 72).

Zum Beweis, dass die von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Sanierungsvariante keine Abdichtung zwischen den Balkonplatten und der Fassadenmauern umfasst habe bzw. keinerlei Aufbordungen und/oder Abdichtungen geplant worden seien, verweist die Klägerin auf Seite 7 des Gutachtens vom 4. März 2015 sowie auf Seite 2 des Zusatzgutachtens 1 vom 6. November 2015 (act. 1 Rz. 38 S. 9, Rz. 41 S. 9 und act. 22 Rz. 93 S. 17). Hierbei handelt es sich um im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung eingeholte gerichtliche Gutachten (Art. 168 Abs. 1

lit. d ZPO), die im vorliegenden Verfahren als Urkunden grundsätzlich der freien Beweiswürdigung unterliegen (Art. 157 ZPO). Da die Klägerin jeweils nur auf eine bestimmte Seite der Gutachten verweist, ohne aber die exakte Passage zu nennen, ist teilweise unklar, welche Aussage konkret ihrer Auffassung nach den Beweis ihrer Behauptungen erbringen soll. Sofern dies nicht offensichtlich ist, hätte die Klägerin dies spezifizieren müssen.

Auf Seite 7 des Gutachtens geht es primär um den ersten Sanierungsschritt, d.h. denjenigen, welcher von der I.\_\_\_\_\_ AG umgesetzt worden ist. Erwähnt wird unter anderem Folgendes: "E.\_\_\_\_\_ und die I.\_\_\_\_\_ SA haben die Arbeiten gemäss dem Basiskonzept der Ausschreibung ausgeführt, ohne die Entfernung der Fassade vorzuschlagen, die zur Herstellung einer Abdichtung nach den Regeln der Technik, wie sie ursprünglich vorgesehen war (siehe Gerichtsakte) erforderlich war" (vgl. act. 3/33 Antwort 1.) lit. m) zweiter Spiegelstrich S. 7). Was genau mit "Entfernung der Fassade" gemeint ist (ob Sanierung der Fassade und/oder Abdichtung der Anschlüsse zwischen den Balkonen und der Fassade mit oder ohne Aufbordung), wird nicht konkretisiert. Unklar ist ferner, was ursprünglich vorgesehen war. Hierzu wird auf die Gerichtsakten verwiesen, ohne diese näher zu bezeichnen. Mit dieser Aussage lässt sich nicht zweifelsfrei ausschliessen, dass das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA eine Abdichtung zwischen den Fassadenmauern und den Balkonplatten inkl. Aufbordung (die im Rahmen der Fassadensanierung auszuführen gewesen wäre) vorgesehen hat. Auch das Zusatzgutachten 1 trägt wenig zur Klärung bei. Bei der ersten Frage auf Seite 2 geht es um die Anschlüsse zwischen den Balkonen und der Fassade, wobei die Frage sowie die Antwort der Gutachter wie folgt lauten:

"1. Ist es korrekt, dass das von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Sanierungskonzept nicht geeignet war, die Abdichtung der Anschlüsse zwischen den Balkonen und der Fassade zu gewährleisten, beziehungsweise dass kein System zur Abdichtung dieser Anschlüsse vorgesehen war?

Das von E.\_\_\_\_\_ vorgesehene Konzept umfasst keine vollständige Abdichtung der Anschlüsse zwischen der Platte und der Fassadenmauer (Beweis des Gegenteils)" (act. 3/35 I. Ziff. 1 S. 2).

Gegenstand der Frage bildet "das von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Sanierungskonzept". Indifferent ist damit zunächst, ob es sich hierbei um das

Gesamtsanierungskonzept (umgesetzter sowie nicht vollständig umgesetzter Teil) oder nur um denjenigen Teil handelt, der von der I. \_\_\_\_\_ AG realisiert wurde. Sodann enthielt das Konzept nach der Antwort der Gutachter keine "vollständige" Abdichtung, was umgekehrt bedeutet, dass es eine Abdichtung zumindest vorsah. So oder anders behält die Antwort aber den Beweis des Gegenteils ausdrücklich vor.

Nachdem die Klägerin in ihrer Replik bestritten hatte, dass die von der E. \_\_\_\_\_ SA eingeholten Offerten für die Fassadensanierung eine Abdichtung vorgesehen hätten (act. 13 Rz. 193 S. 35), spezifizierte die Beklagte in der Duplik ihre Behauptungen und erklärte, dass die Skizzen der M. \_\_\_\_\_ AG vom 26. August 2014 und insbesondere die Darstellung auf Skizze Nr. 2 (Aufbordung der Abdichtung hinter der Kompaktfassade) die ursprünglich vorgesehene Ausführung veranschaulichen würde (act. 26 Rz. 41 S. 11). Die Architektin habe für die Ausführung der künftig geplanten Abdichtungsarbeiten auch zwei Offerten eingeholt, welche sie als Beilage einreiche und aus welchen ersichtlich sei, dass der Epoxybelag mittels eines Dichtungsbandes bis auf eine Höhe von 10 cm hinter den Kompaktfassaden hätte abgedichtet werden sollen (act. 26 Rz. 42 f. S. 12). Die Klägerin nahm zu diesen beklaglichen Behauptungen keine Stellung und äusserte sich auch nicht zu den eingereichten Urkunden. Sowohl der von der Beklagten ins Recht gereichten Offerte der N. \_\_\_\_\_ SA als auch jener der O. \_\_\_\_\_ SA ist eine Position "Façon de bande d'etanchéité superflex au pied de façade hauteur 10 cm y.c. remise des pierres" zu entnehmen (act. 27/4 und act. 27/5, jeweils S. 2). Die von der Klägerin zum Beweis offerierten Stellen der Gutachten vermögen unter diesen Umständen nicht zu beweisen, dass das von der E. \_\_\_\_\_ SA vorgesehene Gesamtsanierungskonzept keine Abdichtung zwischen den Balkonplatten und der Fassade umfasst hat bzw. keinerlei Aufbordungen und/oder Abdichtungen geplant und damit die Regeln der Technik bzw. Baukunde verletzt worden sind.

*b. Chronologie der Sanierungsschritte*

Strittig ist auch die Chronologie der Sanierungsschritte, konkret die Frage, ob die Aufbordung vor der Ausführung des Epoxybelags und der Sanierung der Fassade

hätte vorgenommen werden müssen bzw. ob das von der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeschlagene Sanierungskonzept geeignet war, um die ursprünglich bestehenden Mängel zu beseitigen.

Die Klägerin macht geltend, dass das nachträgliche Anbringen von Aufbordungen technisch nicht realisierbar gewesen wäre und zwingend in einem ersten Schritt hätte vorgenommen werden müssen. Zum Beweis dieser Behauptung verweist sie einerseits auf die Illustrationen der H.\_\_\_\_\_ SIA SA, andererseits auf Seite 3 des Gutachtens vom 4. März 2015, auf die Seiten 4 und 6 des Zusatzgutachtens 1 vom 6. November 2015 sowie auf die Seite 2 des Zusatzgutachtens 2 vom 19. Oktober 2016 (act. 1 Rz. 44 S. 10, Rz. 46 S. 10 f., Rz. 74 f. S. 16 und act. 22 Rz. 190 S. 34 und Rz. 193 S. 35).

Auf die Frage, ob die Wassereintritte dauerhaft hätten vermieden werden können, wenn die Fassaden fachgerecht und unter Einhaltung der anwendbaren Vorschriften direkt nach der Anbringung des Epoxybelags auf dem Balkonboden renoviert worden wäre, antworteten die Gutachter im Gutachten vom 4. März 2015:

- "Ja, wenn ein fachgerecht ausgeführtes Gesamtkonzept umgesetzt worden wäre.
- Das angemessene Konzept bestand darin, die beschädigte Aussendämmung auf Bodenhöhe zu entfernen, eine Abdichtung zwischen der Fassadenmauer und der Balkonplatte auszuführen (nicht bestehend), den Epoxidbodenbelag auszuführen und die gesamten Fassaden zu sanieren (verrottungssichere Aussendämmung mit Armierungsgittergewebe verstärkter Deckputz)" (act. 3/33 Frage 1 lit. e S. 3).

Die Beantwortung der Frage unter dem ersten Spiegelstrich mit "ja" indiziert, dass eine dauerhafte Abdichtung auch *nach* der Anbringung des Epoxybelags noch möglich gewesen wäre, sofern die Fassade fachgerecht und unter Einhaltung der anwendbaren Vorschriften direkt danach renoviert worden wäre. Unter dem zweiten Spiegelstrich wird ein "angemessene Konzept" beschrieben (Entfernung der beschädigten Aussendämmung auf Bodenhöhe, Abdichtung zwischen der Fassadenmauer und der Balkonplatte, Ausführung des Epoxybelags sowie Fassadensanierung). Was genau mit "angemessen" gemeint ist, ist unklar. Da die

Frage unter dem ersten Spiegelstrich mit "ja" beantwortet wird, müsste die Antwort gemäss zweitem Spiegelstrich grundsätzlich dahingehend verstanden werden, dass hier nochmals die wesentlichen Sanierungsschritte (und allenfalls in einer Idealabfolge) festgehalten werden. Indessen ist es auch nicht ausgeschlossen, dass durch die Anbringung des zweiten Spiegelstrichs zum Ausdruck gebracht werden wollte, dass sich die Frage nur dann mit "ja" (gemäss dem ersten Spiegelstrich) beantworten lässt, wenn die zeitliche Arbeitsabfolge gemäss dem zweiten Spiegelstrich eingehalten würde. Letzteres würde jedoch wiederum in Widerspruch zur Fragestellung ("*nach* der Anbringung des Epoxidbelags") stehen. Eine mit Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Aufbahrung zwingend vor der Ausführung des Epoxybelags und der Sanierung der Fassade hätte vorgenommen werden müssen, lässt sich aus dieser Passage des Gutachtens entsprechend nicht entnehmen.

Auf der letzten Seite des Zusatzgutachtens 1 vom 6. November 2015 findet sich folgende Bemerkung der Experten:

"Gemäss Ansicht der Experten erlauben wir uns festzustellen, dass die Chronologie der Ausführung der Arbeiten unangemessen war, und dass eine vorgängige Sanierung der Fassaden (Ersatz der Aussendämmung und des durch die Feuchtigkeit zerfallenen Putzes) eine Abdichtung auf einem tragfähigen und vollwertigen Untergrund ermöglicht hätte." (act. 3/35 Aussage unter IV S. 6).

Auch hier wird das Wort "unangemessen" (im Originalwortlaut "inadéquate") verwendet. Fraglich ist wiederum, ob die Chronologie des Sanierungskonzepts der E.\_\_\_\_\_ SA lediglich nicht dem Idealfall entsprach (und insofern unangemessen war) oder, ob es überhaupt nicht realisierbar war und den Regeln der Baukunde widersprach. Im zweiten Teilsatz wird zwar festgehalten, dass eine vorgängige Sanierung der Fassade (Ersatz der Aussendämmung und des durch die Feuchtigkeit zerfallenen Putzes) eine Abdichtung auf einem tragfähigen und vollwertigen Untergrund ermöglicht hätte, doch wird damit nicht gesagt, dass *nur* eine vorgängige Fassadensanierung eine Abdichtung ermöglicht hätte und dass es keine Alternativen gegeben habe. Folglich beweist auch diese Passage des Gutachtens die Behauptung der Klägerin nicht strikte. Einen solchen Nachweis

vermag alsdann auch keine Expertenaussage auf Seite 4 des Zusatzgutachtens 1 zu erbringen (act. 3/35 III. S. 4).

Im Zusatzgutachten 2 vom 19. Oktober 2016 halten die Experten auf Seite 2 unter II. Ziff. 3.5. fest, dass die nach den Abdichtungsarbeiten vorgesehene Sanierung der Fassade technisch nicht realisierbar zu sein scheine (act. 3/36 II. Ziff. 3.5 S. 2). Doch ist auch diese Aussage nicht abschliessend. Vielmehr wird durch die Verwendung des Verbs "erscheinen" eine nicht unerhebliche Restunsicherheit zum Ausdruck gebracht.

Die Illustrationen der H.\_\_\_\_\_ SIA SA veranschaulichen alsdann zwar den Zustand vor 2011, denjenigen nach den Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ AG sowie schliesslich denjenigen nach der Sanierung im Jahr 2017 (act. 23/47). Dass das von der E.\_\_\_\_\_ SA ausgearbeitete Gesamtsanierungskonzept den Regeln der Baukunde widersprechen würde und dass ein nachträgliches Anbringen der Aufbordnung technisch nicht realisierbar gewesen wäre und zwingend in einem ersten Schritt hätte vorgenommen werden müssen, vermag dieses Dokument hingegen ebenfalls nicht zu beweisen.

Weitere Beweismittel offeriert die Klägerin zur besagten Behauptung betreffend Chronologie der Arbeiten nicht. Zusammengefasst hält sie lediglich noch fest, dass sich auch aus Seite 12 des Gutachtens ergebe, dass die Sanierung der Balkone unzureichend gewesen sei (act. 1 Rz. 39 S. 9). An der besagten Stelle ist vom umgesetzten Teil des Sanierungskonzepts die Rede ("Die Sanierung der Balkone, durchgeführt von der E.\_\_\_\_\_ SA und dem Unternehmen I.\_\_\_\_\_ AG, [...]"; act. 3/33 Abs. 2 S. 12). Es ist unbestritten, dass der ausgeführte Teil alleine nicht ausreichte und damit unzureichend war, um die Mängel gesamthaft zu beheben. Es handelte sich hierbei aber lediglich um den ersten Teil eines zweistufigen Sanierungskonzepts. Folglich vermag auch diese Aussage der Experten keine Vertragsverletzung der E.\_\_\_\_\_ SA zu beweisen.

c. *Antrag zur Einholung eines Gutachtens*

Schliesslich stellte die Klägerin in ihrer Replik den Antrag, dass ein gerichtlicher Gutachter zu beauftragen sei, sofern von der Beklagten weiterhin bestritten werde, dass die Sanierungsvariante der E.\_\_\_\_\_ SA unzureichend bzw. untauglich war (act. 22 Rz. 134 S. 25). Dieser Antrag ist zu pauschal. Namentlich kann die Tatsache, ob die Sanierungsvariante der E.\_\_\_\_\_ SA "unzureichend" bzw. "untauglich" war, nicht zum Beweis verstellt werden. Dabei handelt es sich um Wertungen, die nur ausgehend von bestimmten Tatsachen vorgenommen werden können. Die Einholung eines Gutachtens setzt voraus, dass der Beweisführer einzelne Tatsachen und Indizien geltend macht, die dartun, dass die zu beweisende Tatsache erheblich und ohne Beizug eines Sachverständigen in der konkreten Situation nicht abgeklärt werden kann (ROLAND SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 42/2017, S. 160). Diese einzelnen Tatsachen legt die Klägerin indessen in ihrem Beweisantrag nicht dar. Von der Einholung eines Gutachtens ist deshalb abzusehen.

#### *d. Fazit zur Vertragsverletzung*

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Klägerin aus den dargelegten Gründen der Beweis der behaupteten Vertragsverletzung nicht gelingt, womit die Klage abzuweisen ist.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten verletzt hat, wäre die Klage – wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird – abzuweisen.

### 4.3. Schaden und Kausalzusammenhang

#### 4.3.1. Allgemeine Parteibehauptungen

Die Klägerin begründet ihren geltend gemachten *Schaden* mit den erheblichen Mehrkosten infolge ungenügend ausgeführten Sanierungsarbeiten durch die E.\_\_\_\_\_ SA sowie die I.\_\_\_\_\_ AG. Einerseits habe sie die H.\_\_\_\_\_ SIA SA mit der Planung und Koordination einer Gesamtsanierung beauftragen müssen. Andererseits hätten die ungenügenden Sanierungsarbeiten eine vorsorgliche

Beweisführung notwendig gemacht, da der fortgeschrittene Verschlechterungszustand eine schnellstmögliche Gesamtanierung erforderlich gemacht habe (act. 1 Rz. 79 ff. S. 17). Keinen Schaden würden die Ohnehinkosten darstellen, konkret die Kosten für die Sanierung der Fassaden sowie die Kosten für die Abdichtungsarbeiten gemäss Angebot der I.\_\_\_\_\_ AG. Diese seien vom Gesamtbetrag, der letztlich notwendig geworden sei, um eine einwandfreie und ordnungsgemässe Abdichtung zu gewährleisten, in Abzug zu bringen (act. 1 Rz. 82 ff. S. 17 f.). Konkret mache sie einen Gesamtschaden von CHF 467'645.25 geltend, der sich aus Kosten für Abbrucharbeiten (CHF 159'570.-), für Gerüste (CHF 56'000.-), für die "Abdichtung" (CHF 113'800.-), für Elektroanlagen (CHF 5'080.-), für die Baureinigung (CHF 12'412.-), aus zusätzlichen Planungskosten (CHF 66'100.-) sowie aus Kosten der vorsorglichen Beweisführung (Anwaltskosten CHF 20'049.25 + Gerichtskosten CHF 4'000.- + Parteikostenentschädigung CHF 14'364.- + Kosten für den Gutachter CHF 16'270.-) zusammensetze (act. 22 Rz. 188 ff. S. 33 f. und Rz. 214 S. 40). Falls die Schadensberechnung und/oder die Höhe des Schadens weiterhin bestritten werde, sei zur Klärung dieser Fragen ein gerichtlicher Gutachter einzusetzen (act. 22 Rz. 146 S. 27).

Hinsichtlich des *Kausalzusammenhangs* erklärt sie, dass die Pflichtverletzung der E.\_\_\_\_\_ SA ursächlich für den daraus resultierenden Schaden sei (act. 1 Rz. 76 S. 17). Hätte die E.\_\_\_\_\_ SA vor der Ausarbeitung der Sanierungsvariante eine vertiefte Analyse der Mängel durchgeführt, hätte sie die bestehenden Abschlussprobleme richtig eingeschätzt und die entsprechenden Schlüsse daraus gezogen. Dies hätte die Planung und Ausführung einer tauglichen Gesamtanierungsvariante ermöglicht. Die Sorgfaltspflichtverletzung der E.\_\_\_\_\_ SA sei demnach ohne Weiteres kausal für den Schadenseintritt (act. 22 Rz. 208 S. 39).

Die Beklagte wendet zunächst ein, der Betrag, welchen die Totalunternehmerin an die Klägerin bezahlt habe, sei – wenn sie denn überhaupt hafte – an den Schaden anzurechnen, weil es sonst zu einer Überentschädigung der Klägerin komme (act. 13 Rz. 31 f. S. 7 und Rz. 113 S. 17). Weiter ist sie der Auffassung,

dass die verschiedenen *Schadenspositionen* mangelhaft substantiiert seien. Wenn überhaupt ein Schaden entstanden sein sollte, so könne nicht von den entstandenen Gesamtsanierungskosten ausgegangen werden und von diesen dann die Posten, die ohnehin entstanden wären, abgezogen werden. Dies könnte allenfalls dann zutreffend sein, wenn die ganzen von ihr erbrachten Sanierungsarbeiten keine Verwendung finden könnten. Dies treffe vorliegend aber nicht zu. Ihr Sanierungskonzept sei durchaus tauglich und der Epoxybelag erfülle die Anforderungen der SIA-Norm 271 (act. 13 Rz. 97 ff. S. 15 ff.).

Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin einen *natürlichen Kausalzusammenhang* zwischen der angeblichen Vertragsverletzung der E.\_\_\_\_\_ SA und den geltend gemachten Schäden genügend substantiiert und nachgewiesen habe. Dies, obwohl sie (die Beklagte) die Klägerin bereits in der Klageantwort darauf hingewiesen habe, dass Ausführungen zur Kausalität gänzlich fehlen würden (act. 13 Rz. 118 S. 18; act. 26 Rz. 17 S. 9 und Rz. 71 S. 17). Soweit der von der Klägerin geltend gemachte finanzielle Schaden entweder auf die Mängel der Totalunternehmerin (G.\_\_\_\_\_ SA) oder auf die von der Klägerin selbst verursachten Folgeschäden zurückzuführen seien, fehle es offenkundig an einem natürlichen Kausalzusammenhang zwischen den Schäden und einer angeblich fehlerhaften Planung der E.\_\_\_\_\_ SA (act. 26 Rz. 67 f. S. 16 und Rz. 72 S. 17).

#### 4.3.2. Rechtliches

Der Schaden ist konkret zu bemessen. Zu ersetzen ist in erster Linie das positive Interesse (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.164).

Zum weiteren Schaden zählen die Kosten und Aufwendungen, die dem Bauherrn aufgrund der Fehlplanung entstehen (als unnötige Mehrkosten bzw. Baukosten). Der Planer haftet dem Bauherrn für unnötige Baukosten, die durch die fehlerhafte oder unwirtschaftliche Planung entstanden sind (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.89 f.). Zum Schaden zählen auch die nutzlosen Aufwendungen (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.102). Nicht zu ersetzen sind die Ohnehinkosten, die dem Bauherrn auch bei richtiger Planung entstanden wären

(DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.111; Urteil BGer 4A\_541/2014 vom 1. April 2015 E. 3.1). Der Bauherr soll durch die fehlerhafte Planungsleistung nicht bessergestellt werden. Hätte ihn die korrekt erbrachte Vertragsleistung mehr gekostet als die fehlerhafte, muss er sich die Differenz auf den Schaden anrechnen lassen. Konkret sind allfällige Vorteile, die dem Bauherrn aus der Vertragsverletzung entstehen, auszugleichen. Vorauszusetzen ist ein innerer Zusammenhang der Vor- und Nachteile unter sich und der entsprechenden Vertragsverletzung (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.166).

Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss sodann ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Ein solcher ist dann zu bejahen, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfiere. Zudem muss die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (adäquater Kausalzusammenhang). Im Falle einer Unterlassung des Architekten ist der hypothetische Kausalverlauf festzustellen. Es ist zu fragen, ob der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können, wenn die rechtmässige Handlung vorgenommen worden wäre. Bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs fliessen bereits wertende Gesichtspunkte ein, sodass es sich erübrigt, die Adäquanz separat zu prüfen (DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., Rz. 9.36 ff.; BGE 132 III 715/718 E. 2.3.; Urteil BGer 4C.284/2006 vom 7. November 2006 E. 4.4).

#### 4.3.3. Anrechnung von CHF 500'000.– an den Schaden

##### 4.3.3.1. Parteibehauptungen

Wie bereits erwähnt, macht die Beklagte in ihrer Klageantwort geltend, dass die Zahlung der Totalunternehmerin G. \_\_\_\_\_ SA an die Klägerin in der Höhe von insgesamt CHF 500'000.– zur Vermeidung einer Überentschädigung an einen

Schaden anzurechnen wäre, womit ohnehin nichts mehr geschuldet sei (act. 26 Rz. 20 S. 9, Rz. 75 S. 18, Rz. 79 S. 18 und Rz. 291 ff. S. 51 f.).

Die Klägerin bestreitet eine solche Anrechnung. Die Beklagte übersehe, dass der Totalunternehmervertrag zwischen der Klägerin und der G.\_\_\_\_\_ SA sowie das Auftragsverhältnis zwischen der Klägerin und der E.\_\_\_\_\_ SA in keinem rechtlichen Zusammenhang stehe. Vielmehr seien zwei voneinander unabhängige Leistungspflichten zu unterschiedlichen Zeitpunkten begründet worden: Da die von der G.\_\_\_\_\_ SA erstellten Wohnhäuser diverse Mängel aufgewiesen hätten, habe sich diese zu einer pauschale Entschädigung in der Höhe von CHF 500'000.– verpflichtet. Nebst gewissen Mängeln an den Balkonen (mangelhafte Verglasungen) seien dadurch aber hauptsächlich die mangelhaften Gipsdecken abgegolten worden. In der Folge habe sie die E.\_\_\_\_\_ SA mit der Erstellung der Sanierungsvariante für die Behebung der Mängel im Zusammenhang mit den Balkonen (insbesondere der fehlenden Abdichtung zwischen den Balkonen und der Fassade) beauftragt. Der Betrag von CHF 500'000.– sei ihr damit unabhängig von der Beauftragung der E.\_\_\_\_\_ SA zugegangen und stelle somit keine Abgeltung für die Schlechterfüllung des Auftrags durch die E.\_\_\_\_\_ SA dar (act. 22 Rz. 32 ff. S. 6 f., Rz. 137 S. 25, Rz. 151 S. 28, Rz. 189 S. 34).

Die Beklagte erwidert *duplicando*, die Klägerin verkenne, dass für die Frage einer Anrechnung der Zahlung von CHF 500'000.– der Totalunternehmerin nicht ein rechtlicher Zusammenhang entscheidend sei, sondern dass damit der gleiche Schaden abgegolten worden sei, wie er mit der vorliegenden Klage von der Klägerin gegenüber ihr geltend gemacht werde (act. 26 Rz. 99 ff. S. 21). Der Klägerin könne als Geschädigte damit insgesamt nicht mehr als der tatsächlich entstandene Schaden zustehen, ansonsten sie ungerechtfertigt bereichert wäre. Wenn die Klägerin für den vorliegend geltend gemachten Schaden von der Totalunternehmerin entschädigt worden und damit der eingeklagte Schadenersatz bereits teilweise getilgt worden wäre, hätte die Klägerin in der Replik dartin müssen, inwieweit die von der Totalunternehmerin geleistete Zahlung gerade nicht den vorliegend geltend gemachten Schaden betreffe. Solche Ausführungen

lasse die Klägerin jedoch vermissen. In der Konsequenz sei die Vergleichszahlung vom CHF 500'000.– an einen Schaden anzurechnen, sofern eine Haftung bestehe (act. 26 Rz. 103 ff. S. 22 und Rz. 291 ff. S. 51 f.).

#### 4.3.3.2. Würdigung

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, gilt es zu beurteilen, ob mit der Zahlung der G.\_\_\_\_\_ SA an die Klägerin der gleiche Schaden abgegolten worden ist, wie er mit der vorliegenden Klage von der Klägerin gegenüber der Beklagten geltend gemacht wird. Insoweit läge kein Schaden mehr vor.

Unbestritten ist, dass die G.\_\_\_\_\_ SA diverse Leistungen nicht vertragskonform erbracht hatte und nach der Abnahme der Gebäude des Immobilienkomplexes " C1.\_\_\_\_\_ " und dem Ablauf der zweijährigen Garantiefrist gemäss SIA 118 verschiedene Mängel auftraten. Die Mängel bestanden darin, dass sich Gipsdecken grossflächig lösten und herunterfielen und die Balkonverglasung mangelhaft war (Verglasung, Entwässerung). Vor diesem Hintergrund verpflichtete sich die G.\_\_\_\_\_ SA im Juli 2011, der Klägerin einen Gesamtbetrag von CHF 500'000.– per Saldo aller Ansprüche für Mängel an Decken (herunterfallende Gipsdecken) und Balkonen (Verglasung, Entwässerung) der 1. Etappe des Immobilienkomplexes "C1.\_\_\_\_\_ " zu bezahlen (act. 3/9).

In der Folge wurde die E.\_\_\_\_\_ SA zur Erstellung eines Sanierungskonzepts für diese (ursprünglich durch die G.\_\_\_\_\_ SA verursachten) Mängel beigezogen. Die Klägerin wirft der Beklagten im vorliegenden Verfahren vor, ihr Sanierungskonzept sei unvollständig und mangelhaft gewesen, weshalb ihr Mehraufwendungen entstanden seien. Es handelt sich folglich vorliegend um zwei Schäden: Einerseits um denjenigen, der durch die G.\_\_\_\_\_ SA verursacht worden ist (Schaden 1) sowie andererseits um denjenigen, dessen Verursachung die Klägerin der Beklagten vorwirft (die aus der der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeworfenen Vertragsverletzung resultierenden Mehraufwendungen als Schaden 2). Die Klägerin wurde ursprünglich damit beauftragt, den Schaden 1 (mit Bezug auf die Balkone) zu beheben. Bevor dieser vollständig behoben wurde, sei – gemäss den Behauptungen der Klägerin – zum Schaden 1 ein zusätzlicher Schaden getreten

(Schaden 2). Solange die Klägerin nunmehr Positionen des Schadens 2 geltend macht, handelt es sich um solche, die im Zeitpunkt der zwischen der Klägerin und der G.\_\_\_\_\_ SA vereinbarten Zahlung noch nicht bestanden hatten und demnach auch nicht abgegolten werden konnten. Entsprechend ist die Zahlung in der Höhe von CHF 500'000.– (mit welcher nebst Mängeln an den Balkonen auch solche an den Gipsdecken abgegolten wurden, die ohnehin nicht Gegenstand der vorliegenden Klage sind) nicht an den Schaden 2 anzurechnen.

Nachfolgend gilt es, die von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen je einzeln zu beurteilen und dabei unter anderem auch zu prüfen, ob diese dem Schaden 2 zuzuordnen sind.

#### 4.3.4. Kosten für Abbrucharbeiten (CHF 159'570.–)

##### 4.3.4.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht zunächst Kosten für Abbrucharbeiten im Betrag von CHF 159'570.– geltend. Sie erklärt, dass diese die Balkone und spezifisch die Unterlagsböden betreffen würden. Die ausgeführten Arbeiten seien namentlich die Baustelleneinrichtung, die Entfernung der Fassadenlinie aus Rundkies (EG), das Abschlagen der Zementunterlagsböden (feuchte Unterlagsböden) sowie Bohrungen für neue Wasserleitungen. Diese Kosten wären bei richtiger Vertragserfüllung durch die E.\_\_\_\_\_ SA nicht entstanden und würden damit keine Ohnehinkosten darstellen (act. 22 Rz. 155 f. S. 28 und Rz. 217 S. 40).

Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Kosten für die Entfernung der Fassadenlinie und das Abschlagen der Zementunterlagsböden keine natürlich-kausale Folge einer Vertragsverletzung der E.\_\_\_\_\_ SA darstellen würden. Es fehle einerseits an einer Haftung, andererseits wäre der Rückbau bzw. Abbruch des Epoxybelags aus technischer Sicht nicht nötig gewesen. Die Aufbordungen bzw. Abdichtungen an den Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden sowie die Fassadensanierung hätte auch ohne einen solchen Rückbau durchgeführt werden können. Selbst wenn der Rückbau des Epoxybelags aus technischer Sicht erforderlich gewesen wäre, so wären diese Rückbauarbeiten

auf die Folgeschäden zurückzuführen, die von der Klägerin zu verantworten seien, weil sie im Frühling 2012 die weiteren Arbeiten gemäss dem Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA gestoppt habe (act. 26 Rz. 228 f. S. 42). Die Klägerin habe denn auch nicht ausdrücklich behauptet und nachgewiesen, dass der Epoxybelag der I.\_\_\_\_\_ AG bei der Sanierung im Jahr 2017 abgebrochen worden sei und dessen Erstellung somit vergeblich gewesen wäre (act. 26 Rz. 334 S. 56).

#### 4.3.4.2. Würdigung

Wie dargelegt, haftet der Architekt dem Bauherrn für *unnötige* Mehr- bzw. Baukosten, die durch die fehlerhafte oder unwirtschaftliche Planung entstanden sind. Unnötige Baukosten bzw. nutzlose Aufwendungen sind als Schaden von der Klägerin zu substantiieren und zu beweisen.

Die Argumentation der Klägerin indiziert, dass sie der Auffassung ist, die Anbringung der Zementunterlagsböden habe sich infolge fehlerhafter Planung der E.\_\_\_\_\_ SA als nutzlos erwiesen, weshalb diese wieder hätten abgeschlagen und die Fassadenlinie aus Rundkies entfernt werden müssen. Weshalb sich die Arbeiten als unnütz erwiesen, führt die Klägerin hingegen nicht konkret aus. Offenbar vertritt sie die Ansicht, dass die Aufbordnung bzw. die Abdichtung an den Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden einen solchen Rückbau erforderlich gemacht hätten. Die Beklagte bestreitet die Erforderlichkeit und Angemessenheit dieser Abbrucharbeiten. Überdies hält sie fest, dass die Klägerin nicht ausdrücklich behauptet und nachgewiesen habe, dass der Epoxybelag der I.\_\_\_\_\_ AG abgebrochen worden und dessen Erstellung somit vergeblich gewesen sei. Entsprechend wäre die Klägerin gezwungen gewesen, umfassend darzulegen, ob und aus welchen Gründen der Epoxybelag (an welchen Balkonen und gesamthaft oder nur in einem Teilbereich) wieder zurückgebaut bzw. abgebrochen und die Fassadenlinie aus Rundkies entfernt werden musste und dass dieser Rückbau und Abbruch tatsächlich notwendig und angemessen war bzw. die Erstellung des Epoxybelags durch die I.\_\_\_\_\_ AG vergeblich und damit nutzlos war. Ebenso, dass es sich bei den Kosten für die Baustelleneinrichtung (und welche konkret) sowie diejenigen für die Bohrung für

neue Wasserableitungen um unnötige Mehrkosten handelt, die bei vertragskonformem Verhalten der E.\_\_\_\_\_ SA (Erstellung eines umfassenden Sanierungskonzepts) nicht angefallen wären. Ausführungen hierzu lässt die Klägerin jedoch vermissen; die pauschale Behauptung, dass diese Kosten bei richtiger Vertragserfüllung durch die E.\_\_\_\_\_ SA nicht entstanden wären, greift nicht. Hinzu kommt, dass sich die Klägerin auch nicht näher zur Höhe und der Zusammensetzung der Schadensposition äussert. Nach dem Gesagten ist es dem Gericht nicht möglich, die Erforderlichkeit, Höhe und Angemessenheit der angefallenen Kosten sowie die Kausalität zu beurteilen. Vielmehr ist diese Schadensposition mangels hinreichender Substantiierung abzuweisen. Da die Beklagte bereits in ihrer Klageantwort auf eine ungenügende Substantiierung hinwies (vgl. act. 13 Rz. 97 S. 15), entfällt die richterliche Fragepflicht. Die offerierten Beweismittel können die Behauptungslast nicht ersetzen, weshalb ein Beweisverfahren unterbleiben kann (vgl. BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 33 f.).

Der Vollständigkeit halber ist weiter festzuhalten, dass selbst wenn von einer genügenden Substantiierung dieser Schadensposition ausgegangen würde, kein anderes Ergebnis resultierte: Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen einerseits eine Rechnung der Q.\_\_\_\_\_ SA ... vom 24. November 2017, andererseits eine Stellungnahme der H.\_\_\_\_\_ SIA SA zu den Abbrucharbeiten sowie ein gerichtliches Gutachten zur Klärung der Frage der Schadensberechnung und -höhe. Die Rechnung vom 24. November 2017 weist zwar die geleisteten Arbeiten sowie den hierfür in Rechnung gestellten Betrag von CHF 157'659.20 brutto aus (act. 23/50). Sie ist jedoch nicht geeignet, um zu beweisen, dass es sich hierbei um aus der (allfälligen) Vertragsverletzung resultierende erforderliche und angemessene Arbeiten und mithin unnötige Mehrkosten handelt. In der Stellungnahme der H.\_\_\_\_\_ SIA SA (act. 23/55) wird sodann festgehalten, dass die Abbrucharbeiten der Unterlagsböden nicht erforderlich gewesen wären, wenn die Dichtigkeit des Trägermaterials nach den Regeln der Kunst ausgeführt worden wäre (einschliesslich dichtem Anstieg/Aufbordung hinter der Randdämmung). Dabei handelt es sich um eine Aussage der von der Klägerin in der Folge mit der Sanierung beauftragten

Unternehmung, weshalb ihr – ähnlich wie einem Parteigutachten (BGE 141 III 433 E. 2.6 und Urteil BGer 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.3) – höchstens der Stellenwert einer Parteibehauptung zukommen kann. Keine Folge kann schliesslich dem Antrag der Klägerin gleistet werden, dass – sollte die Schadensberechnung und/oder Höhe des Schadens weiterhin bestritten werden – ein gerichtlicher Gutachter zur Klärung dieser Frage einzusetzen sei. Dafür fehlen zum einen die tatsächlichen Grundlagen. Zum andern ist es weder die Aufgabe des Gerichts, ohne entsprechenden Vorbringen Gutachterfragen zur Schadensberechnung und Schadenshöhe zu formulieren, noch ist es Aufgabe des Gutachters, für die Klägerin eine Schadensberechnung vorzunehmen und die Schadenshöhe zu bestimmen (vgl. auch Ausführungen unter Erwägung Ziff. 4.2.3. S. 32). Weitere Beweismittel offeriert die Klägerin nicht.

Insgesamt vermag sie die Schadensposition "Kosten für Abbrucharbeiten" nicht genügend zu substantiieren und zu beweisen, weshalb sie abzuweisen ist.

#### 4.3.5. Kosten für Gerüste (CHF 56'000.–)

##### 4.3.5.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin führt zur Begründung dieser Schadensposition aus, dass infolge Verfehlungen der E. \_\_\_\_\_ SA die Balkone ein zweites Mal hätten saniert werden müssen. Hierzu hätten zusätzliche und aufwändigere Gerüste erstellt werden müssen, als dies der Fall gewesen wäre, wenn nur die Fassaden hätten saniert werden müssen. Ferner hätten die Gerüste auch länger gemietet werden müssen, was die Mehrkosten von insgesamt CHF 56'000.– erkläre. Es handle sich damit nicht um Ohnehinkosten (act. 22 Rz. 158 S. 29 und Rz. 219 S. 41).

Die Beklagte hält dem entgegen, dass für die Fassadensanierung ohnehin Gerüste hätten aufgestellt werden müssen. Es sei folglich nicht ersichtlich, warum die Kosten für die Gerüste einen Schaden darstellen sollten. Die Balkonsanierung habe ohne Gerüst ausgeführt werden können (act. 13 Rz. 102 S. 15). Die Sanierung im Jahr 2017 wäre alsdann nicht erforderlich gewesen, wenn die Klägerin das Sanierungskonzept der E. \_\_\_\_\_ SA vollendet und die noch

ausstehenden Arbeiten nicht gestoppt hätte. Die Klägerin sei für die Folgeschäden somit selber verantwortlich. Hierfür könne sie (die Beklagte) nicht haftbar gemacht werden (act. 26 Rz. 231 S. 42).

#### 4.3.5.2. Würdigung

Die Klägerin begründet die unter dieser Position geltend gemachten Mehrkosten von CHF 56'000.– damit, dass bei der nachfolgenden Sanierung zusätzliche und aufwändigere Gerüste hätten erstellt werden müssen und diese länger hätten gemietet werden müssen. Trotz expliziter Bestreitungen durch die Beklagten legt die Klägerin in der Folge nicht dar, inwiefern zusätzliche und aufwändigere Gerüste erstellt wurden, weshalb diese zur Balkonsanierung (konkret für welche Arbeiten, die infolge Vertragsverletzung erforderlich wurden und Mehrkosten generierten) notwendig waren und wie viel länger diese gemietet werden mussten. Dies geht denn auch weder aus der von der Klägerin zum Beweis offerierten Übersicht der H.\_\_\_\_\_ SA betreffend Reparaturkosten (act. 3/38) noch aus der Rechnung der R.\_\_\_\_\_ SA vom 30. November 2017 (act. 23/51) hervor. Auch die Zusammensetzung der Schadenshöhe erläutert die Klägerin nicht näher. Die von ihr ins Recht gereichte Rechnung der R.\_\_\_\_\_ SA vom 30. November 2017 indiziert, dass es sich bei den von der Klägerin unter dieser Schadensposition geltend gemachten Kosten um die Gesamtkosten der bei der Sanierung benötigten Gerüste handelt. Die Beklagte wendet diesbezüglich jedoch zu Recht ein, dass darin Ohnehinkosten enthalten sein müssen, sah das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA doch ebenfalls eine Fassadensanierung vor und macht die Klägerin im Übrigen doch gerade geltend, dass das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA eine Abdichtung zwischen den Balkonplatten und den Fassaden sowie Aufbordungen hätte vorsehen müssen, die Kosten für allfällige Gerüste für diese Arbeiten folglich ohnehin angefallen wären. Als Schaden könnte die Klägerin in der Konsequenz nur diejenigen Kosten für Gerüste geltend machen, die bei rechtmässiger Planung der E.\_\_\_\_\_ SA gerade nicht angefallen wären. Hierzu hätte sie im Einzelnen aufzeigen müssen, welche Arbeiten konkret und inwiefern zusätzliche und aufwändigere Gerüste bzw. eine längere Mietdauer (und konkret wie viel länger) erforderlich machten. Zwar trifft es

zu, dass Ohnehinkosten grundsätzlich von der Beklagten zu substantiieren und zu beweisen wären (Urteil BGer 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021). Dies bedingt jedoch, dass die Klägerin ihre geltend gemachten Mehrkosten – nach entsprechenden Bestreitungen der Beklagten – umfassend darlegt, was die Klägerin vorliegend unterlässt. Mangels rechtsgenügender Tatsachenbehauptungen wäre die Beklagte gar nicht in der Lage, den allfälligen Ohnehinkostenanteil detaillierter vorzutragen. Da ein Beweisverfahren nicht dazu dient, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen, kann ein solches vorliegend unterbleiben.

Die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten in der Höhe von CHF 56'000.– für Gerüste sind nach dem Gesagten mangels rechtsgenügender Tatsachenbehauptungen nicht ausgewiesen.

#### 4.3.6. Kosten für Abdichtung (CHF 113'800.–)

##### 4.3.6.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht Kosten für "Abdichtung" im Betrag von CHF 113'800.– geltend. Sie führt aus, dass es sich hierbei um Kosten für die nunmehr fachgerecht erstellte Abdichtung inkl. Aufbordnung und Auftragung der Flächendichtung handle. Die ausgeführten Arbeiten würden namentlich die Baustelleneinrichtung, die Vorbereitung der Böden, Grundierung etc., die Ausführung als Untergrund mit Neigung (Dämmung, Ausgleichsschüttung etc.), das Anbringen neuer Wasserspeier (vertikale Rinnenstutzen), die Dichtung Bitumen-Polymer (2 Schichten), einschliesslich Anstieg/Aufbordnung zur Fassade sowie die Anbringung von Abdeckungen, Anschluss Mäuerchen-Fassade betreffen (act. 22 Rz. 161 S. 29 und Rz. 217 S. 40).

Die Kosten für die nunmehr korrekt ausgeführten Abdichtungsarbeiten hätten CHF 239'100.– betragen. Die I.\_\_\_\_\_ AG habe ihr für das Auftragen des Epoxybelags CHF 113'800.– in Rechnung gestellt. Hätte die E.\_\_\_\_\_ SA die Abdichtungsarbeiten richtig geplant, d.h. wäre das Problem der fehlenden Abdichtung zwischen der Fassade und den Balkonen gelöst worden, hätten sich

die Kosten für die Abdichtungsarbeiten auf CHF 239'100.– belaufen. Die Kostendifferenz in der Höhe von CHF 125'300.– (CHF 239'100.– [Betrag für korrekt erstellte Abdichtung] abzüglich CHF 113'800.– [Betrag, welcher die I.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin für den Epoxidbelag in Rechnung gestellt habe]) wäre der Klägerin im Rahmen der einwandfreien und umfassenden Planung der Abdichtungsarbeit somit ohnehin angefallen, was bei der Schadensberechnung entsprechend berücksichtigt worden sei. Ohnehinkosten habe aber sowieso diejenige Partei zu beweisen, die sich darauf berufe (act. 22 Rz. 177 ff. S. 32 und Rz. 225 S. 42).

Die Beklagte entgegnet, dass die Abdichtungen so oder so hätten gemacht werden müssen. Sie habe bei der Balkonsanierung provisorische Fussleisten angebracht. Es werde nicht geltend gemacht, dass diese hätten weggenommen werden müssen (act. 13 Rz. 103 S. 15). Das Sanierungskonzept der E.\_\_\_\_\_ SA hätte eine dauerhafte Abdichtung nach den Regeln der Baukunst gewährleistet und sei von der Klägerin selbst im Frühling 2012 gestoppt worden. Für die in der nachfolgenden Zeit aufgetretenen Folgeschäden sei die Klägerin selber verantwortlich, so insbesondere auch für die im Gutachten vom 4. Mär 2015 erwähnte Aussendämmung, die im Zeitpunkt der Erarbeitung und geplanten Umsetzung des Sanierungskonzepts der E.\_\_\_\_\_ SA so noch nicht vorgelegen habe, sondern erst in der nachfolgenden Zeit aufgrund der Unterlassungen der Klägerin in diesem Ausmass entstanden sei (act. 26 Rz. 162 ff. S. 31). Zudem würden die fehlenden Abdichtungen an den Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden einen Mangel darstellen, der ursprünglich von der Totalunternehmerin verursacht worden sei. Der Rückbau des Epoxybelags wäre aus technischer Sicht nicht nötig gewesen. Die Beklagte bestreitet daher, dass sie für die Kosten der Flächendichtung im Rahmen der Sanierung im Jahr 2017 hafte (act. 26 Rz. 232 f. S. 43).

#### 4.3.6.2. Würdigung

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, stellt die fehlende Abdichtung an den Schnittstellen zwischen den Balkonböden und den Fassaden einen Mangel dar, der ursprünglich durch die Totalunternehmerin verursacht worden ist (Schaden 1).

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass ihr Sanierungskonzept mangelhaft gewesen sei, und unter anderem die beschädigte Aussendämmung auf Bodenhöhe hätte entfernt und auf dem sanierten Untergrund anschliessend eine Abdichtung zwischen der Fassadenmauer und den Balkonen sowie beim Anschluss zu den Fenstertüren hätte angebracht werden müssen (inkl. Aufbordnung). Damit liegt die geltend gemachte Vertragsverletzung gerade darin, dass dieser ursprünglich durch die G.\_\_\_\_\_ SA verursachte Mangel durch die E.\_\_\_\_\_ SA hätte behoben werden müssen. Diese Kosten wären der Bauherrin demnach bei richtiger Planung ohnehin entstanden. Die Klägerin räumt denn auch Ohnehinkosten im Umfang von CHF 125'300.- (= Gesamtkosten von CHF 239'100.- [vgl. auch act. 23/52] abzüglich Kosten für die Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ AG von CHF 113'800.- [vgl. auch act. 23/58]) ein. Die Schadensposition errechnet sie, indem sie die von ihr festgelegten Ohnehinkosten (CHF 125'300.-) von den Gesamtkosten (CHF 239'100.-) subtrahiert, wodurch ein Schaden von CHF 113'800.- resultiert, der exakt den von der I.\_\_\_\_\_ AG in Rechnung gestellten Kosten für die Anbringung des Epoxybelags entspricht. Dass Zementunterlagsböden wieder hätten entfernt werden müssen, macht die Klägerin bereits unter dem Titel "Kosten für Abbrucharbeiten" geltend, wobei diesbezüglich auf die Ausführungen unter Erwägung Ziff. 4.3.4.2. verwiesen werden kann. Inwiefern es sich vorliegend um weitere Aufwendungen, die zusätzlich unnötigerweise angefallen sind oder die früher ausgeführt wurden, sich aber infolge fehlerhafter Planung als unnütz erwiesen (z.B. Entfernung der provisorisch angebrachten Fussleiste), ist nicht ersichtlich. Obschon die Beklagte diese Schadensposition explizit bestritten hatte, begnügte sich die Klägerin damit, pauschal auszuführen, dass es sich bei den Arbeiten um die Baustelleneinrichtung, die Vorbereitung der Böden, Grundierung etc., die Ausführung als Untergrund mit Neigung (Dämmung, Ausgleichsschüttung etc.), das Anbringen neuer Wasserspeier (vertikale Rinnenstutzen), die Dichtung Bitumen-Polymer (2 Schichten), einschliesslich Anstieg/Aufbordnung zur Fassade sowie die Anbringung von Abdeckungen, Anschluss Mäuerchen-Fassade handle. Detailliertere Ausführungen zu den jeweiligen Arbeiten unterlässt die Klägerin. Insbesondere erläutert sie auch nicht, inwiefern diese Arbeiten infolge fehlerhafter

Planung – wie sie die Klägerin der E.\_\_\_\_\_ SA vorwirft – erforderlich wurden. Dass es sich bei einem Teil der von ihr geltend gemachten Arbeiten bzw. deren Mehrkosten um Ohnehinkosten handelt, räumt die Klägerin selbst ein und berücksichtigt dies bei der Schadensberechnung (vgl. act. 1 Rz. 82 S. 17 f.). Hingegen spezifiziert sie nicht, welche Arbeiten konkret Ohnehinkosten und welche unnötige Mehrkosten verursacht haben. Zwar trifft es zu, dass Ohnehinkosten grundsätzlich durch diejenige Partei zu beweisen sind, die sich darauf beruft, doch hat die Klägerin die vorliegende Schadensposition nicht in Einzeltatsachen gegliedert und in einer Weise dargelegt, dass die Beklagte hierzu detailliert hätte Stellung nehmen und darüber hätte Beweis abgenommen werden können. Hinzu kommt, dass die Klägerin weiter auch nicht substantiiert darlegt, inwiefern und weshalb die Arbeiten durch die der Klägerin vorgeworfenen Verfehlungen erforderlich wurden und angemessen waren.

Die Klägerin hat zusammengefasst weder die Mehrkosten verursachenden Sanierungsarbeiten im Einzelnen dargelegt, noch substantiiert aufgezeigt, inwiefern diese erforderlich und angemessen waren und auf das der E.\_\_\_\_\_ SA vorgeworfene fehlerhafte Verhalten zurückzuführen waren, sowie welche Kosten konkret für welche Arbeiten anfielen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts oder der Beklagten, diese Informationen aus den Beilagen zusammenzusuchen. Vielmehr muss die Klägerin diese rechtserheblichen Tatsachen in der Rechtschrift selbst behaupten und darlegen. Nach dem Gesagten hat die Klägerin dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, weshalb eine Beweisabnahme unterbleiben muss.

Der unter dem Titel "Kosten für Abdichtung" von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatz ist damit mangels genügender Substantiierung abzuweisen.

#### 4.3.7. Kosten für Elektroanlagen (CHF 5'080.–)

##### 4.3.7.1. Parteibehauptungen

Weiter macht die Klägerin Kosten für Elektroanlagen im Betrag von CHF 5'080.– geltend. Diese Kosten seien einzig deshalb entstanden, weil die Balkone aufgrund

der Verfehlungen der E.\_\_\_\_\_ SA ein zweites Mal hätten saniert werden müssen. Insbesondere hätten die elektrischen Storen demontiert und wieder montiert werden müssen. Zudem hätten mehr und grössere provisorische Stromzufuhren und Gerätschaften erstellt und gemietet werden müssen, was die Mehrkosten von insgesamt CHF 5'080.– erkläre (act. 22 Rz. 163 S. 30).

Die Beklagte bestreitet diese Schadensposition. Sie führt aus, dass von einer Fassadensanierung auch allfällige Elektroanlagen betroffen sein könnten. Dieser Posten stelle jedoch Ohnehinkosten dar. Für die Kosten der Sanierung im Jahr 2017 bestehe keine Haftung ihrerseits (act. 26 Rz. 235 S. 43).

#### 4.3.7.2. Würdigung

Nachdem die Beklagte die Mehrkosten für die Position "Kosten für Elektroanlagen" bestritten hatte, hätte die Klägerin im Einzelnen aufzeigen müssen, welche Arbeiten diesen geltend gemachten Mehrkosten konkret zugrunde liegen, weshalb diese aufgrund der Verfehlungen der E.\_\_\_\_\_ SA erforderlich waren und welche Kosten für welche Arbeiten angefallen sind. Hierzu reicht es nicht aus, pauschal zu behaupten, es hätten insbesondere elektrische Storen montiert und wieder demontiert und mehr und grössere provisorische Stromzufuhren und Gerätschaften gemietet werden müssen. Vielmehr hätte sie aufzeigen müssen, welche konkreten Arbeiten (Sanierungsarbeiten, die auf die Verfehlungen der E.\_\_\_\_\_ SA zurückzuführen sind) eine Demontage und anschliessende Neumontage welcher Storen (und weshalb) erforderlich machten, welche provisorischen Stromzufuhren und Gerätschaften zusätzlich, aufgrund welcher Arbeiten und für welchen Zeitraum haben gemietet werden müssen und wie sich die geltend gemachten Mehrkosten zusammensetzen. Hinsichtlich der Höhe dieser Kosten verweist die Klägerin zwar auf eine Rechnung der S.\_\_\_\_\_ vom 10. November 2017, doch kann dieser der geltend gemachte Betrag nicht entnommen werden (act. 23/53). Wie bereits mehrfach erwähnt, ist es weder die Aufgabe der Beklagten noch des Gerichts, diese Beilage zu interpretieren.

Ferner ist anzumerken, dass die Klägerin weiter hätte dartun müssen, inwiefern die vorliegend geltend gemachten Kosten direkt durch die Vertragsverletzung,

welche sie der E.\_\_\_\_\_ SA vorwirft, begründet worden sind. Hierzu führt die Klägerin lediglich pauschal aus, dass die Balkone aufgrund der Verfehlungen der E.\_\_\_\_\_ SA ein zweites Mal hätten saniert werden müssen. Die Klägerin kann sich nicht damit begnügen, die gesamten Kosten für Elektroanlagen als Schaden geltend zu machen und sich darauf zu berufen, dass Ohnehinkosten durch die Beklagte zu substantiieren und beweisen sind. Vielmehr trägt die Klägerin sowohl für den Schaden und dessen Höhe als auch für den Kausalzusammenhang die Substantiierungs- und Beweislast. Der Mangel der fehlenden Substantiierung lässt sich auch nicht mit einem Beweisverfahren beheben.

Das Schadenersatzbegehren ist nach dem Gesagten auch in diesem Punkt abzuweisen.

#### 4.3.8. Kosten für Baureinigung (CHF 12'412.–)

##### 4.3.8.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht Baureinigungskosten in der Höhe von CHF 12'412.– geltend. Dabei handle es sich um Kosten für die Reinigung der Balkone und teilweise der Wohnungen, die für die Sanierung hätten betreten werden müssen. Die Kosten seien einzig deshalb entstanden, weil die Balkone aufgrund der Verfehlungen der E. \_\_\_\_\_ SA ein zweites Mal hätten saniert werden müssen (act. 22 Rz. 166 S. 30 und Rz. 219 S. 41).

Die Beklagte hält dem entgegen, nach der Fassadensanierung habe unbestrittenermassen eine Reinigung durchgeführt werden müssen (act. 13 Rz. 105 S. 16). Für die Kosten der Sanierung im Jahr 2017 bestehe keine Haftung der Beklagten (act. 26 Rz. 235 S. 43).

##### 4.3.8.2. Würdigung

Obschon die Beklagte einwendet, dass nach der Fassadensanierung ohnehin eine Fassadenreinigung hätte durchgeführt werden müssen, führt die Klägerin in der Folge lediglich pauschal aus, dass die Kosten nur deshalb entstanden seien, weil die Balkone aufgrund der Verfehlungen der E. \_\_\_\_\_ SA ein zweites Mal hätten saniert und gewisse Wohnungen zur Sanierung hätten betreten werden müssen. Es ist unbestritten, dass im Rahmen der Sanierung auch diverse Ohnehinkosten anfielen. Da die Beklagte nur für diejenigen Schadenspositionen einzustehen hat, die auch auf ihre Fehler zurückzuführen sind, die nicht ohnehin angefallen wären und deren zugrunde liegenden Arbeiten notwendig waren, hätte die Klägerin darlegen müssen, welche Arbeiten weshalb eine Reinigung erforderlich machten und inwiefern diese Arbeiten auf ein Fehlverhalten der Klägerin zurückzuführen sind. Ohne diese Informationen ist es weder dem Gericht noch der Beklagten möglich, die Angemessenheit und Erforderlichkeit der angefallenen Kosten zu beurteilen und allenfalls darin enthaltene Ohnehinkosten zu substantiieren und zu beweisen. Hinzu kommt, dass die Klägerin auch nicht dartut, welche Balkone bzw. welche Wohnungen konkret betroffen waren. Auch

die als Beweismittel zu dieser Schadensposition offerierte Rechnung der T.\_\_\_\_\_ vom 4. Dezember 2017 trägt diesbezüglich nicht zur Klärung bei (act. 23/54). Nach dem Gesagten ist die Klägerin ihrer Substantiierungslast – insbesondere zufolge Bestreitung – nicht ausreichend nachgekommen, womit sich ein Beweisverfahren erübrigt.

Zusammengefasst ist die Schadenersatzforderung der Klägerin bezüglich dieser Position folglich abzuweisen.

#### 4.3.9. Zusätzliche Planungskosten (CHF 66'100.–)

##### 4.3.9.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht unter dieser Schadensposition "Kosten Architektenhonorar/zusätzliche Planungskosten" in der Höhe von CHF 66'100.– geltend. Diesen Betrag erläutert sie wie folgt: Die Gesamtarchitekturkosten der Firma H.\_\_\_\_\_ SIA SA hätten CHF 106'000.– betragen, was einem Anteil von 14 % der Gesamtbaukosten von CHF 757'573.10 entspreche. Der geforderte Betrag von CHF 66'100.– stelle 14 % der Schadenspositionen im Betrag von CHF 472'162.– (= CHF 159'570.– [Abbrüche] + CHF 56'000.– [Gerüste] + CHF 239'100.– [Abdichtungen] + CHF 5'080.– [Elektroanlagen] + CHF 12'412.– [Baureinigung]) dar. Die ausgeführten Arbeiten würden sich aus der Replikbeilage 55 ergeben und namentlich das Bauprojekt (Kostenschätzungen, Detailstudien), die Ausschreibungen (Ausschreibungspläne, Ausschreibung, Offertvergleiche, Vergabe), das Ausführungsprojekt (Ausführungspläne, Werkverträge), die Ausführung (Bauleitung, Sitzungen, Rechnungswesen etc.) sowie die Inbetriebnahme und den Abschluss (Abnahme Arbeiten, Überarbeiten der Pläne, Schlussabrechnung) beinhalten. Ohne die Verfehlungen der E.\_\_\_\_\_ SA wären die Architekturkosten um den Betrag von CHF 66'100.– tiefer ausgefallen, was somit einen Schaden darstelle (act. 22 Rz. 168 S. 30 f. i.V.m. act. 1 Rz. 57 S. 12 f. und act. 22 Rz. 218 S. 40 f.).

Die Beklagte hält dem entgegen, dass nur jener Betrag gerechtfertigt wäre, der einen Mehraufwand für die Sanierung darstelle (act. 13 Rz. 106 S. 16). Die

Kosten für die Sanierungsarbeiten durch die H.\_\_\_\_\_ SA im Jahr 2017 seien von der Klägerin nicht genügend substantiiert worden (act. 26 Rz. 217 S. 40). Für diese bestehe keine Haftung ihrerseits (act. 26 Rz. 235 S. 43).

#### 4.3.9.2. Würdigung

Wie bereits erwähnt ist es Sache der Klägerin, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, das heisst den bei Pflichterfüllung der Gegenpartei vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Sie hat den Schaden demgemäss ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen.

Die Klägerin erklärt, die zusätzlichen Planungskosten im Betrag von CHF 66'100.– würden 14 % (Verhältnis Gesamtarchitekturkosten der Firma H.\_\_\_\_\_ SIA SA von CHF 106'000.– zu den Gesamtbaukosten von CHF 757'573.10) der Schadenspositionen von CHF 472'162.– entsprechen. Weshalb sie zur Bestimmung der Schadenshöhe die Gesamtbaukosten in Relation zu den Gesamtarchitekturkosten setzt, begründet die Klägerin nicht. Durch ihre Berechnung pauschalisiert bzw. schätzt sie den Schaden, statt ihn im Einzelnen darzulegen.

Die von der Klägerin als Prozentsatz der behaupteten Schadenspositionen geltend gemachten Planungskosten erweisen sich bereits deshalb als unbegründet, weil die Klägerin den zugrundeliegenden Schaden nicht substantiiert und bewiesen hat (vgl. Erwägungen Ziff. 4.3.4. - 4.3.8. vorstehend).

Ohnehin würde das Gericht vorliegend keine Schadensschätzungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 OR treffen: Die Schadensbestimmung nach richterlichem Ermessen soll die Ausnahme gegenüber einer genauen Schadensberechnung bleiben, weshalb sie nur zulässig ist, sofern eine zahlenmässig, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten nicht möglich oder unzumutbar ist, was die Klägerin glaubhaft zu machen hat (BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10 f.). Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung ab und darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr oder gar Aufhebung der Beweislast führen. Die

Herabsetzung des Beweismasses befreit die Klägerin nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, die im Rahmen des Zumutbaren relevanten Behauptungen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen. Dabei muss die Klägerin alles Zumutbare tun, um die Schätzung zu erleichtern bzw. rational nachvollziehbar zu machen. Vor allem hat sie alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, zu behaupten und zu beweisen (Urteil BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3; BGE 128 III 271 E. 2b; BGE 122 III 219 E. 3a). Nimmt die Klägerin keine Schadensberechnung vor und benennt auch keine genügenden Anhaltspunkte, die eine solche zumindest erlauben, trifft das Gericht keine Schadensschätzungspflicht (BGE 128 III 271 E. 2b/aa)).

Für eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR unterlässt es die Klägerin, glaubhaft zu machen, weshalb ihr eine Berechnung der konkreten zusätzlichen Planungsleistungen nicht zumutbar oder nicht möglich sein soll, was jedoch Grundvoraussetzung darstellte. Hinzu kommt, dass die Klägerin auch nicht sämtliche zumutbaren Behauptungen vorgebracht hat, um die Abschätzung der zusätzlichen Planungskosten und mithin des Schadens zu erleichtern. So konkretisiert sie auch die Planerleistungen nicht im Einzelnen, sondern behauptet vielmehr lediglich pauschal, dass sich die ausgeführten Arbeiten aus Replikbeilage 55 ergeben und namentlich das Bauprojekt (Kostenschätzungen, Detailstudien), die Ausschreibungen (Ausschreibungspläne, Ausschreibung, Offertvergleiche, Vergabe), das Ausführungsprojekt (Ausführungspläne, Werkverträge), die Ausführung (Bauleitung, Sitzungen, Rechnungswesen etc.) sowie die Inbetriebnahme und der Abschluss (Abnahme Arbeiten, Überarbeiten der Pläne, Schlussabrechnung) beinhalten würden. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass rechtserhebliche Tatsachen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden müssen. Tatsachen, welche sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht grundsätzlich nicht zu beachten. Selbst wenn das Gericht Replikbeilage 55 heranziehen würde, trüge diese nicht wesentlich zur Klärung bei: In Replikbeilage 55 ist von Abbrucharbeiten (Baustelleneinrichtung, Entfernung der Fassadenlinie aus Rundkies [EG], Abschlagen der Zementunterlagsböden [feuchte Unterlagsböden] und Bohrungen

für neue Wasserleitungen) im Gesamtbetrag von CHF 156'570.– die Rede. Inwiefern diesen einzelnen Arbeiten Planerleistungen und welche konkret vorangegangen sind, legt die Klägerin weder dar noch geht dies aus der angerufenen Beilage hervor. Die pauschale Behauptung, es handle sich um Kostenschätzungen, Detailstudien, Ausschreibungspläne, Ausschreibungen, Offertvergleiche, Vergaben, Ausführungspläne, Werkverträge, Bauleitungen, Sitzungen etc., die aufgrund der Verfehlungen der Beklagten angefallen seien, genügt hierzu nicht. Ohne Kenntnis der einzelnen konkreten Arbeiten kann die Schätzung bzw. der geltend gemachte Schaden nicht nachvollzogen werden. Ebenfalls nicht nachvollzogen werden kann, weshalb die Klägerin bei der Berechnung des "Gesamtschadens" (= CHF 472'162.–, von welcher sie 14 % als Schaden für Planungskosten geltend macht) für die Position "Abdichtungen" CHF 239'100.– einsetzt, effektiv unter dieser Position aber nur einen Schaden von CHF 113'800.– geltend macht. Wie bereits erwähnt hätte die Klägerin die Gründe für eine Schadensschätzung nennen und glaubhaft machen müssen. Ferner hätte sie konkretere Ausführungen zu den aufgrund der Verfehlung der Klägerin angefallenen Planerleistungen machen und schliesslich auch erläutern müssen, weshalb sie zur Errechnung der Prozentzahl die Gesamtarchitekturkosten in Verhältnis zu den Gesamtbaukosten setzt. Es fehlt somit an genügenden Anhaltspunkten für eine Schadensberechnung. Auf diesen Mangel hat die Beklagte die Klägerin bereits in ihrer Klageantwort explizit hingewiesen (act. 13 Rz. 97 S. 15 und Rz. 106 S. 16). Trotzdem hat es die Klägerin unterlassen, sich in ihrer zweiten Rechtsschrift eingehend mit der Kritik der Beklagten und den dem Schaden zugrundeliegenden Arbeiten bzw. Mehrkosten, welche aufgrund der Vertragsverletzung der Beklagten angefallen sind bzw. den Gründen der Pauschalisierung des Schadens, im Einzelnen auseinanderzusetzen. Das Gericht trifft entsprechend keine Schadensschätzungspflicht.

Zusammengefasst hat die Klägerin die von ihr geltend gemachte Schadensposition "zusätzliche Planungskosten" aus den genannten Gründen nicht ausreichend substantiiert, weshalb die Klage diesbezüglich abzuweisen ist.

#### 4.3.10. Kosten der vorsorgliche Beweisführung (CHF 54'683.25)

##### 4.3.10.1. Parteibehauptungen

Schliesslich macht die Klägerin die Kosten der vorsorglichen Beweisführung als Schadenersatz geltend. Hierzu führt sie aus, dass die E.\_\_\_\_\_ SA ihr gegenüber aus Vertrag hafte und somit auch für die Kosten der vorsorglichen Beweisführung, namentlich für die Anwaltskosten (CHF 20'049.25), die Gerichtskosten (CHF 4'000.–), die an die E.\_\_\_\_\_ SA bezahlte Parteikostenentschädigung (CHF 14'364.–) sowie die Kosten für den Gutachter (CHF 16'270.–) aufzukommen habe (act. 22 Rz. 186 S. 33).

Die Beklagte entgegnet, da die Klägerin weder eine Vertragsverletzung noch einen natürlichen Kausalzusammenhang zum geltend gemachten Schaden noch eine rechtsgenügeliche Mängelrüge nachgewiesen habe, bestehe keine Haftungsgrundlage für die geltend gemachten Kosten der vorsorglichen Beweisführung inkl. Gutachtens-, Anwalts-, Gerichtskosten und Parteientschädigung. Bei der Beilage bezüglich der Anwaltskosten handle es sich um ein Dokument, welches von der Klägerin offenbar im Hinblick auf den vorliegenden Prozess am 13. Juni 2019 erstellt worden sei, weshalb es als reine Parteibehauptung gelte. Die Anwaltskosten von CHF 20'049.25 würden explizit bestritten. Im Übrigen überzeuge das Gutachten ohnehin nicht in allen Punkten (act. 13 Rz. 112 S. 17 und act. 26 Rz. 251 ff. S. 45 und Rz. 331 f. S. 56).

##### 4.3.10.2. Würdigung

Die Klägerin macht unter dieser Position einerseits ihre Anwaltskosten von CHF 20'049.25 sowie andererseits die Kosten der vorsorglichen Beweisführung, bestehend aus Gerichtskosten von CHF 4'000.–, die an die E.\_\_\_\_\_ SA bezahlte Parteientschädigung von CHF 14'364.– sowie aus Kosten des gerichtlichen Gutachtens von CHF 16'270.– als Schadenersatz geltend.

Hinsichtlich der geltend gemachten Anwaltskosten in der Höhe von CHF 20'049.25 gilt was folgt: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können

vorprozessuale Anwaltskosten eine Schadensposition darstellen, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht von der Parteientschädigung gedeckt sind. Vorausgesetzt wird in jedem Fall, dass der Beizug eines Anwalts notwendig und der Komplexität des Falles angemessen war. Zudem hat die Geschädigte zu beweisen, inwiefern die Kosten nicht von der Parteientschädigung gedeckt sind. So sind etwa das Aktenstudium und die Abklärungen zu Rechtsfragen regelmässig Teil der Prozessvorbereitungen und es besteht kein Raum für einen zusätzlichen Ersatzanspruch neben der Parteientschädigung (Urteil BGer 5A\_69/2018 vom 21. September 2018 E. 4.2; Urteil BGer 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, N 1534 ff.). Die Klägerin legt die dieser Schadensposition zugrunde liegenden Leistungen nicht dar, und diese ergeben sich auch nicht aus der von ihr angerufenen Aufstellung vom 13. Juni 2019 (act. 3/42). Entsprechend kann nicht geprüft werden, ob die Kosten gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadensforderung dienen und nicht von der Parteientschädigung gedeckt werden. Obschon die Beklagte diese Forderungsposition bereits in ihrer Klageantwort bestritten hatte (act. 13 Rz. 112 S. 17), hat es die Klägerin in der Folge unterlassen, sich in ihrer zweiten Rechtsschrift mit der Zusammensetzung des Schadens bzw. mit den diesem zugrundeliegenden Arbeiten im Einzelnen auseinanderzusetzen, womit die richterliche Fragepflicht entfällt. Vielmehr sind die geltend gemachten Anwaltskosten in der Höhe von CHF 20'049.25 mangels genügender Substantiierung nicht zu ersetzen.

Die Gerichts- und Gutachtenskosten ergeben sich aus dem Endentscheid des Tribunal civil de la Gruyère (Verfahren 10 2014 676), ebenso die Parteientschädigung an die Beklagte (act. 3/41). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO die Gerichtskosten, zu welchen auch die Gutachtenskosten zählen, der gesuchstellenden Partei (heutige Klägerin) aufzuerlegen. Sodann hat der Gesuchsgegner Anspruch auf Parteientschädigung für das Gesuchsverfahren, wird er doch gegen seinen Willen in ein Verfahren einbezogen und hat allenfalls

an der Beweiserhebung mitzuwirken. Sofern er sich anwaltlich vertreten lässt, entsteht ihm dadurch ein Aufwand. Diese Kostenaufgabe habe dabei unter Vorbehalt einer Abwälzung zu erfolgen, wenn die gesuchstellende Partei in einem späteren Hauptprozess obsiegen sollte. In einem solchen Fall kommt es zu einer "Neuverlegung der Kosten" (GAUCH, a.a.O., Rz. 1523 und BGE 140 III 31 E. 3.4). Die Gerichtskosten, die Parteienschädigung sowie die Kosten des gerichtlichen Gutachtens stellen folglich keinen Schaden im eigentlichen Sinne dar, sondern sind als Prozesskosten im Rahmen der Verteilung derselben nach Obsiegen und Unterliegen zu berücksichtigen. Da die Klägerin vorliegend vollumfänglich unterliegt, kann sie die Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme nicht auf die Beklagte überwälzen. Zudem ist anzumerken, dass eine vollständige Überwälzung der Kosten auf die Beklagte selbst bei Obsiegen der Klägerin fraglich wäre, da sich das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung nicht nur gegen die Beklagte, sondern zudem auch gegen die I. \_\_\_\_\_ AG richtete.

## **5. Fazit**

Zusammengefasst ist die Klage im Umfang von CHF 16'200.– nebst Zins zu 5 % seit 26. September 2019 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben. Im übrigen Umfang (CHF 467'645.25 samt Zins) ist sie mangels Beweises einer Vertragsverletzung sowie überdies mangels genügender Substantiierung des geltend gemachten Schadens bzw. Kausalzusammenhangs abzuweisen.

## **6. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **6.1. Gerichtskosten**

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 483'845.25. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 20'500.–

festzusetzen. Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens zufolge teilweisen Klagerückzugs und im Übrigen Klageabweisung sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

## 6.2. Parteientschädigungen

Die Klägerin als unterliegende Partei hat der Beklagten ausserdem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu bemessen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf rund 140% der Grundgebühr (Zuschlag von 40% für Vergleichsverhandlung sowie zweite Rechtsschrift), entsprechend CHF 32'300.–, festzusetzen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen.

### **Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 16'200.– nebst Zins zu 5 % seit 26. September 2019 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen und schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

### **und erkennt sodann:**

1. Die Klage wird im übrigen Umfang von CHF 467'645.25 nebst Zins zu 5 % seit 26. September 2019 abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 20'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 32'300.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 483'845.25.

Zürich, 16. September 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Nadja Kiener