



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Felix B. Haessig, Dr. Thomas Lörtscher und Michael Küttel sowie der Gerichtsschreiber Daniel Bausch

Urteil vom 26. April 2011

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y._____

gegen

B._____ AG

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin aus dem zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrag (Police Nr. ...) CHF 2'000'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 1. Oktober 2001 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

(Einleitung und Sachverhalt)

Die Parteien haben am 8./25. August 1995 einen Haftpflichtversicherungsvertrag abgeschlossen, wobei Gegenstand der Versicherung die Tätigkeit der Klägerin als Generalunternehmen im Baubereich (Planung und teilweise Lieferung ohne eigene Bauausführung) war. Die Höchstersatzleistung der Beklagten wurde für Bauten- und Vermögensschäden und Schäden an Anlagen auf CHF 2 Mio. festgelegt (act. 4/4). Am 2. Dezember 1994 hatte die Klägerin mit der "Baugesellschaft C._____" einen "Werkvertrag für Generalunternehmer", untertitelt mit "Totalunternehmervertrag" geschlossen, worin der Klägerin die Erstellung eines Mehrfamilienhauses an der C._____-Strasse 1-7 in D._____ zu einem Globalpreis von CHF 15 Mio. zuzüglich CHF 450'000.- Generalunternehmer-Entschädigung übertragen wurde (act. 4/7). Mit der Überbauung war im August 1994 begonnen worden, und die Fertigstellung erfolgte im Jahre 1997. Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage Forderungen geltend, die sich aus fünf der Beklagten gemeldeten Schadenfällen ergäben (act. 1 S. 13). Die mangelhafte Planung des Sanitärplaners E._____ AG und der Architektin F._____ habe zu einem Schaden von über CHF 9 Mio. geführt, weshalb die Beklagte die Versicherungssumme von CHF 2 Mio. schulde. Die Beklagte hält weder die haftpflicht- noch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Gutheissung der Klage für gegeben und hat zudem die Verjährungseinrede erhoben.

II.

(Prozessverlauf)

Der vorliegende Prozess (vormals Prozess Nr. HG030346) wurde am 19. September 2003 mit Eingang von Weisung und Klageschrift am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig gemacht (act. 1 und 3). Die Klägerin hat die ihr gleichentags gestützt auf § 76 ZPO auferlegte Prozesskaution rechtzeitig geleistet (Prot. S. 2 und act. 10). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 3. Februar 2004 fand am 26. August 2004 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, die indessen zufolge Nichterscheinens des einzigen klägerischen Verwaltungsrates, G._____, vorzeitig abgebrochen wurde (Prot. S. 5 ff.). Mit Beschluss vom 13. September 2004 wurde daher die Klägerin verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung für diese Tagfahrt zu bezahlen. Zudem wurden der Klägerin die Kosten der Tagfahrt auferlegt. G._____ kam beim ... in ... Ende 2004 ums Leben. Als neuer (einziger) Verwaltungsrat der Klägerin wurde in der Folge Rechtsanwalt Dr. H._____ gewählt (act. 44). Die auf den 10. Februar 2005 anberaumte Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung musste wegen Erkrankung einer Mitarbeiterin auf Seiten der Rechtsvertretung der Beklagten auf den 8. September 2005 verschoben werden (act. 42). Eine vergleichsweise Einigung konnte an dieser Verhandlung nicht erzielt werden (Prot. S. 22 ff.).

Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. September 2005 wurden die Parteien eingehend auf ihre Substantiierungspflichten hingewiesen (Prot. S. 25 f.). Die Replik datiert vom 26. Mai 2006, die Duplik vom 8. Mai 2007 (act. 48 und 53). Mit Verfügung vom 11. Mai 2007 wurde das Hauptverfahren geschlossen (Prot. S. 29). Die Beklagte hatte mit der Duplik den Antrag auf eine (zusätzliche) Kautonierung der Klägerin gestellt. Dieser wurde mit Verfügung vom 1. Februar 2008 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, ebenso zur neu in der Duplik erhobenen Verjährungseinrede (Prot. S. 32). Die Stellungnahme der Klägerin ging am 9. April 2008 ein (act. 60).

Mit Beschluss und Urteil vom 3. Juli 2008 wurde sowohl das Kautonierungsbegehren der Beklagten als auch die Klage abgewiesen (act. 62). Der Beschluss ist

in Rechtskraft erwachsen. Die gegen das Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 7. Dezember 2009 gut. Es hob das Urteil auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung zurück (act. 67).

Im nunmehr unter der Prozess-Nr. HG090310 geführten Verfahren setzte der Instruktionsrichter der Klägerin am 19. Januar 2010 Frist an, um ihre Vorbringen im Sinne der kassationsgerichtlichen Erwägungen (Frage der Vertragsübernahme; Eventualvorbringen zu I._____; Schadenanzeige betr. Kältebrücken) zu substantiieren (Prot. 36). Die entsprechende Rechtsschrift datiert vom 12. April 2010 (act. 73). Dazu nahm die Beklagte aufforderungsgemäss (Prot. S. 37) mit ihrer Eingabe vom 9. August 2010 Stellung (act. 80). Diese Rechtsschrift wurde der Klägerin am 9. September 2010 zugestellt (Prot. S. 38).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

III.

(Prozessuales)

Die B1._____-Aktiengesellschaft [die ehemalige Beklagte, die mit der Klägerin den streitrelevanten Vertrag geschlossen hat] wurde gemäss Verschmelzungsvertrag vom tt.mm.2007 mit der B2.____ AG verschmolzen. Die so entstandene Gesellschaft firmiert seit dem tt.mm.2007 unter B.____ AG, der heutigen Beklagten. Im Zuge der Verschmelzung hat die Beklagte das gesamte Vermögen der ehemaligen Beklagten übernommen, insbesondere auch alle Rechte und Pflichten aus den bestehenden Vertragsverhältnissen. Die Beklagte hat ihren Hauptsitz in D1.____ (act. 76 und 77/1) und eine Zweigniederlassung in D.____ (act. 77/2), welcher keine Rechtspersönlichkeit zukommt (VISCHER, IPRG Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 160 N 11).

Gemäss Art. 29 der "Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung" der Beklagten vereinbarten die Parteien Zürich oder den schweizerischen Wohnsitz oder Sitz des Versicherten als Gerichtsstand (act. 4/5). Die Gerichtsstandsvereinbarung entspricht den Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 1 des Überein-

kommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ). Nachdem die Beklagte in Deutschland in einem Register eingetragen ist, das dem schweizerischen Handelsregister entspricht, und sich der Streit auf das von mindestens einer Partei betriebene Gewerbe bezieht und zudem der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht ist, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben (§ 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 Abs. 1 GVG).

IV.

(Materielles)

1. Versicherungsrechtliche Grundlagen

1.1. Vertragsgrundlagen | anwendbares Recht

Gemäss Versicherungspolice (act. 4/4) schlossen die Parteien eine Anlagen-, Betriebs-, Produkte- und Berufs-Haftpflicht-Versicherung für die Tätigkeit der Klägerin als Generalunternehmen im Baubereich ab. Als mitversicherte "Firma" wird die Architektin F._____ bezeichnet. In der Police werden die "beigehefteten" Allgemeinen Versicherungsbedingungen (act. 4/5, nachfolgend AVB) und die Besonderen Bestimmungen zur Industrie-Haftpflicht-Versicherung (IHV) als massgeblich bezeichnet (act. 4/4 S. 2). Stattdessen hat die Klägerin die Besonderen Bestimmungen zur Berufs-Haftpflicht-Versicherung (BHB) eingereicht (act. 4/6). Beide Parteien gehen von deren Anwendbarkeit aus (act. 1 S. 8; act. 15 S. 29; act. 48 S. 392). Nach Darstellung der Beklagten gibt es die IHV nicht; diese würden bei der Beklagten unter dem Terminus "BHB" geführt (act. 15 S. 42 f.). Der Klägerin sind die IHV nicht bekannt (act. 48 S. 456). In der Offerte vom 22. Mai 1995 werden sie nicht erwähnt (act. 49/103). Es ist daher davon auszugehen, dass sie nicht zusätzlich Vertragsbestandteil sind.

In Art. 30 der AVB erklärten die Parteien das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 für anwendbar (act. 4/5). Diese Rechtswahl entspricht dem nach objektiver Anknüpfung anwendbaren Recht, wird doch der Versicherungsvertrag nach schweizerischem internationalem Privatrecht in der Regel

an den Ort der Niederlassung des Versicherers angeknüpft (BGE 4C.330/2005). Es ist also schweizerisches Recht anwendbar, wovon auch die Parteien ausgehen.

Nach Art. 1 lit. a AVB ist in sachlicher Hinsicht die auf gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen beruhende Haftpflicht aus dem in der Police bezeichneten Betrieb für Personen- und Sachschäden versichert. In persönlicher Hinsicht ist die Haftpflicht des Versicherungsnehmers als Betriebsinhaber, der Vertreter des Versicherungsnehmers, der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen, der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers versichert (Art. 2 AVB). Die Versicherung erstreckt sich auch auf die gesetzliche Haftpflicht der Versicherten aus der Ausführung von Arbeiten durch zugezogene Unterakkordanten (Ziff. 6.4 BHB). Die Versicherung deckt Schäden und Mängel an Bauten, die aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bauleitung erstellt worden sind (Ziff. 6.3.1 lit. a BHB). Ist der Versicherungsnehmer Generalunternehmer oder Totalunternehmer, so besteht kein Versicherungsschutz für Bauten- und Vermögenschäden und Schäden an Anlagen, soweit diese auf mangelhafte Bauleitung der Versicherten zurückzuführen sind. Der Versicherungsnehmer gilt als Generalunternehmer, wenn er mit einem Bauherrn einen Vertrag zur vollständigen Ausführung eines Bauwerkes oder eines Bauwerkteils abschliesst. Er gilt als Totalunternehmer, wenn er mit einem Bauherrn in einem Zug einen Vertrag zur vollständigen Projektierung und Ausführung eines Bauwerkes oder eines Bauwerkteils abschliesst. In beiden Fällen wird ein Pauschal- oder Globalpreis vereinbart (Ziff. 6.3.2 BHB; zum Unterschied s. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl. 1996, N 910 ff.).

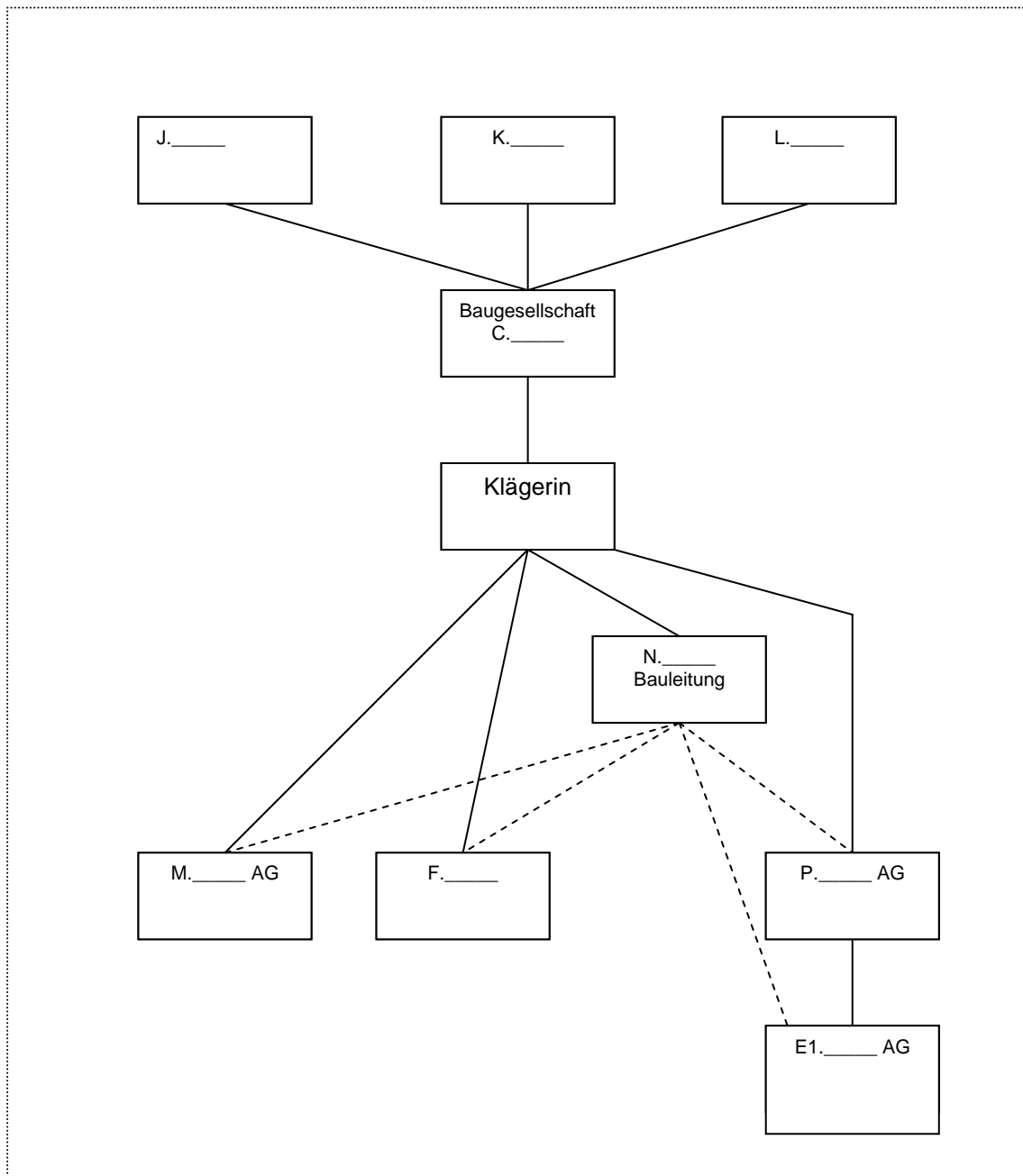
1.2. Behauptungen der Klägerin

Nach Darstellung der Klägerin bestand die Bauherrschaft aus der einfachen Gesellschaft "Baugesellschaft C.____", welche von J.____, K.____ und L.____ gebildet worden sei. Diese hätten am 1. April 1994 beschlossen, das Bauprojekt C.____ zu realisieren. Mit Generalunternehmervertrag vom 2. Dezember 1994 sei die Klägerin mit der gesamten Baurealisation zu einem Pauschalpreis von CHF 15,45 Mio. beauftragt worden. Einzig J.____ sei über die M.____ AG für

den beschränkten Aufgabenbereich der gestalterischen Leitung in untergeordneter Stellung direkt an der Baurealisation beteiligt gewesen. J._____ sei alleiniger Verwaltungsrat der M._____ AG, eines Architekturbüros, welches auf die Projekterarbeitung spezialisiert sei und das Bauprojekt C._____ erarbeitet habe. Sämtliche Arbeiten zur Realisierung des Bauprojekts seien von der Klägerin bzw. von der Klägerin beigezogenen Dritten auszuführen gewesen. Die Architektur-Ausführungsplanung sei gesamthaft an die Architektin F._____ vergeben worden, was diese am 6. Juni 1994 schriftlich bestätigt habe.

Mit der Bauleitung habe die Klägerin die N._____, D._____, betraut. Der Vertrag sei am 11. Juni 1996 unterzeichnet worden, während Offerte und Auftragsbestätigung der N._____ vom 13. bzw. 20. Mai 1994 datierten. Im Februar 1997 habe die Klägerin das Vertragsverhältnis mit der N._____ beendet und die ... AG verpflichtet, welche aber die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt habe, weshalb dieses Vertragsverhältnis Ende August 1997 wieder aufgelöst worden sei. Nachdem G._____ die Bauausführung für kurze Zeit selber wahrgenommen habe, habe die Klägerin die Bauleitung mit Vertrag vom 31. Oktober 1997 an die "Projektleitung C._____" vergeben.

Für die Sanitär-Ausführungsplanung sei die E._____ AG, ... (recte: E1._____ AG; vgl. Handelsregister des Kantons Zürich, Firmennummer CH-...), und für die Ingenieur-Ausführungsplanung die O._____, ..., zuständig gewesen. Die P._____ AG, ..., D._____, sei von der Klägerin mit der Ausführung der Sanitärinstallatio-
nen betraut worden, wobei vereinbart worden sei, dass die P._____ AG die E1._____ AG mit der Sanitär-Ausführungsplanung beauftragen werde. In der graphischen Darstellung sieht die Organisationsstruktur gemäss Klägerin wie folgt aus (act. 48 S. 40):



----- Koordination durch Bauleitung

Die Klägerin habe mit dem Generalunternehmervertrag die von der Bauherrschaft bereits abgeschlossenen Verträge übernommen, u.a. diejenigen mit der Architektin F.____ und der N.____. Wegen der fehlerhaften Ausführungsplanung durch die Architektin und weil diese in zeitlichen Rückstand geraten sei, sei das Vertragsverhältnis zu ihr im März 1996 aufgelöst worden. Die von der Architektin begangenen Planungsfehler seien für die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Schäden ursächlich (act. 48 S. 16-40).

Die Klägerin habe keine eigenen Bauleistungen erbracht, sondern die Arbeiten inklusive Planung und Bauleitung untervergeben. Gegenüber der Bauherrschaft müsse sie jedoch für sämtliche Mängel und sich daraus ergebende Vermögensschäden direkt und vollumfänglich einstehen. Sämtliche geltend gemachten Schäden und Mängel an der Baute seien auf fehlerhafte Planungsarbeiten zurückzuführen. Daher fielen sie unter die Versicherungsdeckung. Auch Planungslücken seien von der Versicherung gedeckt. Liege ein Planungsfehler vor, welcher die Versicherungsdeckung auslöse, so sei ein Hinweis auf andere Personen, die für die Mängel mitverantwortlich seien, unbehelflich. Es bestehe eine solidarische Verantwortlichkeit zwischen Planer und mitverantwortlichem Bauleiter oder Unternehmer. Die Haftung des Architekten für mangelhafte Planungsarbeiten stehe dabei gleichrangig neben der Mängelhaftung des Unternehmers und der Vertragshaftung des Bauleiters. Insbesondere hafte der Planer nicht etwa nur subsidiär hinter dem Unternehmer oder dem Bauleiter. Und anders als der Unternehmer könne sich der Planer nicht auf die Hilfspersonenhaftung des Bauherrn berufen, denn im Verhältnis zwischen Planer und Bauherrschaft sei der Unternehmer kein Erfüllungsgehilfe der letzteren (act. 48 S. 391-397; nach SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: GAUCH/TERCIER, Das Architektenrecht, 3. Aufl. 1995, N 690 ff., kann sich der Architekt gegenüber dem Bauherrn nicht mit dem Einwand entlasten, der Unternehmer hafte als Hilfsperson des Bauherrn für den gleichen Schaden. Belangt dagegen der Bauherr den Unternehmer, kann dieser einwenden, der Architekt hafte als Hilfsperson des Bauherrn, was diesem als Selbstverschulden anzurechnen wäre.).

1.3. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte ist der Auffassung, dass gestützt auf Ziff. 6.3.3 lit. e BHB keine Versicherungsdeckung bestehe, weil die Bauherrschaft an der Klägerin mit mehr als 25 % finanziell beteiligt gewesen sei. Die Geschäftsführung der Klägerin sei ohne jegliche Funktion gewesen. Ihre Aufgaben seien von J._____ übernommen worden. Dieser sei die zentrale Figur bei der Planung und Realisierung der Überbauung gewesen. Die beiden Vertreter der Klägerin, G._____ und Q._____, hätten keinerlei Fachkenntnisse gehabt, um als fachmännische Vertreter einer General-

unternehmerin ein Bauvorhaben der vorliegenden Grösse realisieren zu können. Die beiden Bauherren J._____ und K._____ hätten als Treugeber und mithin als Aktionäre bei der Klägerin agiert (act. 15 S. 7 f. und S. 30 f.; act. 53 S. 27 und S. 51 ff.).

Nach Auffassung der Beklagten haben die von der Klägerin behaupteten Vertragsübernahmen nicht stattgefunden (act. 15 S. 14). Das Vertragskonstrukt des Generalunternehmervertrages sei vielleicht theoretisch so vorgesehen gewesen. In Wirklichkeit habe die M._____ AG, d.h. J._____, bzw. die Bauherrschaft, ebenfalls vertreten durch J._____, die Gesamtleitung und die Ausführungsplanung im Einzelnen übernommen (act. 53 S. 56). Die Bauherrschaft sei mit der Klägerin eng verflochten gewesen. Die massgebliche Korrespondenz zu den Mängeln sei ausschliesslich über die Bauherrschaft abgewickelt worden. J._____ werde in Sitzungsprotokollen teilweise als Vertreter der Klägerin, teilweise als Vertreter der Bauherrschaft bezeichnet. Die M._____ AG habe auch nach der Aufnahme der Arbeiten durch F._____ und die N._____ wichtige Planerleistungen bzw. weitere Architektenaufgaben im Auftrag der Bauherrschaft erbracht (act. 15 S. 16-18). Und die M._____ AG habe auch nach dem Vertragsabschluss zwischen Bauherrschaft und Klägerin der Architektin die konkret zu erstellenden Ausführungspläne in Auftrag gegeben. Das Vertragsverhältnis habe ausschliesslich (act. 53 S. 80) zwischen der M._____ AG und F._____ bestanden. Diese sei nicht mit einer umfassenden Planbearbeitung für die Ausführungspläne beauftragt gewesen, sondern sei einzelfallweise beauftragt worden, Pläne zu erstellen. F._____ sei als Hilfsperson für einzelne Verträge beigezogen worden. Das vereinbarte Honorar von CHF 70.– pro Stunde entspreche demjenigen eines Zeichners, also einer Hilfsperson. Die von F._____ zu erstellenden Pläne hätten auf den bereits von der M._____ AG erarbeiteten provisorischen Ausführungsplänen – soweit überhaupt vorhanden – und diese wiederum auf den Projektplänen für das Baugesuch, ebenfalls von der M._____ AG verfasst, beruht. F._____ sei aufgrund ihrer Hilfspersonenfunktion und da sie zu keinem Zeitpunkt in die eigentliche Projektorganisation eingebunden gewesen sei, gar nicht in der Lage und auch nicht verpflichtet gewesen, Mängel, die bereits in den ihr zur Verfügung gestellten Grundlagen vorhanden gewesen seien, zu erkennen. Wegen der bloss fallweise erfolgten Auf-

tragserteilung habe sie Lücken in der Planung nicht erkennen müssen und können. Dies wäre Aufgabe der M._____ AG und der N._____ als Bauleiterin gewesen. Die Bauherrschaft habe sich demnach die geltend gemachten Mängel selber zuzuschreiben, da sie, vertreten durch die fachkundige Projektleitung C._____ und die ihr zuzurechnende Hilfsperson M._____ AG, die massgebenden Planarbeiten wahrgenommen habe. Der Klägerin könnte höchstens im Rahmen der von der N._____ ausgeübten mangelhaften Bauleitungstätigkeit eine gewisse Mitverantwortung zugewiesen werden. Diese sei aber von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen (act. 15 S. 22 ff.). Gemäss Ziff. 6.3.2 BHB bestehe kein Versicherungsschutz für Bauschäden, die auf mangelhafte Bauleitung des Versicherten zurückzuführen sei (act. 15 S. 33).

1.4. Würdigung

1.4.1. Umfang des Versicherungsschutzes

a) Die Haftpflichtversicherung knüpft an das materielle Haftpflichtrecht an. Haftpflicht ist die Pflicht, einem andern gestützt auf eine gesetzliche Haftungsnorm Schadenersatz (oder Genugtuung) zu leisten. Die Haftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Versicherten gegen Schadenersatzforderungen des Geschädigten. Wenn der Versicherte haftpflichtig wird, entsteht sein Versicherungsanspruch, vorausgesetzt dass er gerade für die betreffende Art von Haftpflicht gedeckt ist (Praxis 1973 Nr. 61). Der Anspruch aus dem Versicherungsvertrag besteht darin, dass der Versicherer den Versicherten von der Schadenersatzforderung des Geschädigten befreit, indem er sie begleicht. Hat der Haftpflichtige den Schaden selbst beglichen, hat er einen Entschädigungsanspruch gegen den Versicherer, sofern die Versicherungsbedingungen dem nicht entgegenstehen (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1995, S. 534, 539, 540; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 1995, § 11 Fn 109; RÖLLI/JAEGER, Kommentar zum VVG, Art. 59 N 2).

Die Überwälzung des Schadens auf den Versicherungsnehmer im Prozess oder in gütlichen Unterhandlungen gehört mit zur Schadenentstehung. Der Schaden ist perfekt mit der Anerkennung, einem Vergleich oder rechtskräftigen Urteil (KLIN-

GENBERG, Rettungspflicht und Rettungskosten im Versicherungsrecht nach allgemeinen Grundsätzen und insbesondere in der Haftpflichtversicherung, Zürich 1930, S. 41). Ein Befreiungsanspruch besteht also nur dann, wenn eine Schuld des Versicherungsnehmers gegenüber dem Haftpflichtkläger festgestellt ist (RÖLLI/JAEGER, a.a.O., Art. 59 N 40; vgl. BGH 15 {1955} S. 157 f.). Kläger im Zivilprozess ist regelmässig der Geschädigte, Beklagter formell der Versicherungsnehmer, wobei der Versicherungsnehmer und der Versicherer die gemeinsame Front für die Abwehr der Ersatzforderung bilden. Der Versicherungsnehmer kann die Klage des Geschädigten abwarten (RENOLD, Die allgemeine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Basel 1937, S. 144 f.).

Gemäss Art. 9 lit. a AVB bestehen die Leistungen der Beklagten in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche. Die Beklagte vertritt den Versicherten gegenüber dem Geschädigten; der Versicherte hat sie dabei nach Möglichkeit zu unterstützen. Die Beklagte ist berechtigt, den Schadenersatz dem Geschädigten direkt auszurichten. Ohne vorgängige Zustimmung der Gesellschaft ist der Versicherte nicht berechtigt, Entschädigungsansprüche anzuerkennen oder abzufinden (Art. 17 Abs. 2 und 3 AVB). Bei Anerkennung der Haftpflicht durch den Versicherten ohne Zustimmung der Gesellschaft sowie bei allen gegen die Vertragstreue verstossenden Handlungen des Versicherten fällt jede Leistung der Gesellschaft dahin, es sei denn, dass der Verstoss den Umständen nach als unverschuldet anzusehen ist (Art. 18 AVB). Vorliegend verlangt die Klägerin die Auszahlung der Versicherungssumme, weil Planungsfehler zu einem diese weit übersteigenden Schaden geführt hätten. Dabei geht es im Wesentlichen um Aufwendungen, welche die Klägerin in Erfüllung ihrer Haftpflicht bereits erbracht haben will, und um Aufwendungen, welche zur Erstellung des mängelfreien Werkes noch notwendig sein sollen. Letztere können indessen nicht zur Begründung des Versicherungsanspruchs herangezogen werden, da die Klägerin insoweit von vornherein bislang keinen Schaden erlitten hat. Die Versicherung deckt den Vermögensverlust, den der Versicherungsnehmer erlitten hat, indem er den Geschädigten entschädigt hat (VVG-CARRON, Art. 60 N 1).

b) Die Klägerin als Versicherungsnehmerin hat bei der Beklagten auch die Haftpflicht von F._____ versichert. Es liegt eine Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von Art. 16 f. VVG vor (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 5C.31/2006, E. 2 und 2.1). Grundsätzlich steht dabei der Anspruch auf die Versicherungsleistung ausschliesslich dem versicherten Dritten zu (VVG-HASENBÖHLER, Art. 17 N 25). Der Versicherungsnehmer ist nur befugt, den Ersatzanspruch gegen den Versicherer geltend zu machen, wenn der Versicherte zugestimmt oder wenn dieser den Versicherungsnehmer vorbehaltlos zum Abschluss des Vertrages beauftragt oder wenn dem Versicherungsnehmer eine gesetzliche Versicherungspflicht obgelegen hat (Art. 17 Abs. 2 VVG; VVG-HASENBÖHLER, Art. 17 N 30). Daneben ist die Architektin aber auch als Hilfsperson der Klägerin aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb versichert, sofern ihr die Hilfspersoneneigenschaft zukommt (Art. 2 lit. a Ziff. 3 AVB; TRÜMPY/HÜRLIMANN, Die Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe, Baurecht 1999, S. 84). Die Klägerin macht nirgends geltend, dass ihrer Forderung Versicherungsansprüche von F._____ zugrunde lägen, weil gegen diese Haftpflichtansprüche erhoben worden seien. Es ist daher nachfolgend nur zu prüfen, ob gegen die Klägerin (zu Recht) solche geltend gemacht worden sind.

c) Wie gesehen sind in persönlicher Hinsicht selbständige Unternehmen, deren sich die Klägerin bedient, aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb versichert, soweit die gesetzliche Haftpflicht der Versicherten reicht (Art. 6.4 BHB, im Gegensatz zu Art. 2 lit. a Ziff. 3 AVB). Subunternehmer oder Unterakkordanten der Klägerin sind Hilfspersonen, für deren schädigendes Verhalten sie nach Art. 101 OR einstehen muss. Zieht der Subunternehmer seinerseits eine Hilfsperson (z.B. einen Sub-Subunternehmer) bei, so haftet der Unternehmer, d.h. die Klägerin, auch für diesen Untergehilfen nach Art. 101 OR (GAUCH, a.a.O., N 177).

d) In sachlicher Hinsicht ist das Unternehmerrisiko vom Versicherungsschutz grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. TRÜMPY/HÜRLIMANN, a.a.O., S. 85; SCHLÜCHTER, Praktische und rechtliche Fragen des Versicherungsschutzes, HAVE 2006 S. 100). So bestimmt Art. 7 lit. I AVB, dass Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfül-

lung oder nicht richtiger Erfüllung ausgeschlossen sind, ebenso Ansprüche für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ermittlung und Behebung von solchen Mängeln und Schäden sowie Ansprüche für Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen als Folge solcher Mängel und Schäden. Dieser Ausschluss gilt jedoch nicht für Schäden und Mängel an Bauten, die aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bauleitung erstellt worden sind (Ziff. 6.3.1 lit. a al. 1 BHB). In Ziff. 6.3.2 BHB werden indessen beim General- und Totalunternehmer als Versicherungsnehmer Schäden aufgrund mangelhafter Bauleitung der Versicherten vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Somit beschränkt sich vorliegend der Versicherungsschutz auf Schäden, welche Folge von Planungsfehlern sind.

1.4.2. Finanzielle Beteiligung der Bauherrschaft an der Klägerin

a) Nach Ziff. 6.3.3 lit. e Abs. 1 al. 3 BHB sind Ansprüche aus Schäden und Mängeln an Bauten, die ganz oder teilweise auf Rechnung von Personengesellschaften, Personengemeinschaften oder juristischen Personen, welche am Betrieb des Versicherungsnehmers finanziell beteiligt sind, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, wobei sich der Ausschluss auf jenen prozentualen Teil des Schadens erstreckt, welcher der Eigentumsquote bzw. der finanziellen Beteiligung entspricht. Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Eigentumsquote bzw. die finanzielle Beteiligung 25 % nicht übersteigt.

Im Hinblick auf diese Vertragsklausel wurde der Klägerin mit Beschluss vom 13. September 2004 gestützt auf § 134 Abs. 1 ZPO/ZH (Beweisabnahme während des Hauptverfahrens) Frist angesetzt, um ihr Aktienbuch und allfällige Aktionärsbindungs- oder Treuhandverträge mit Bezug auf die Klägerin einzureichen (act. 28). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2004 reichte die Klägerin ein Schreiben von RA Dr. H._____ gleichen Datums, zwei Treuhandverträge vom 2. Dezember 1994 und zwei Aktionärsverzeichnisse zu den Akten (act. 32 und 33/1-5). Aus diesen Unterlagen ergibt sich keine Beteiligung der Bauherrschaft, d.h. der Mitglieder der Baugesellschaft C._____. Dem Aktionärsverzeichnis vom tt.mm.1994 kann entnommen werden, dass G._____ und Q._____ je 49 Aktien und Q1._____ zwei Aktien von insgesamt 100 Aktien besaßen (act. 33/4). Am 18. September

2000 waren je 50 Aktien im Besitz von G._____ und Q._____ (act. 33/5). Q1._____ besass gemäss dem einen eingereichten Treuhandvertrag eine Aktie treuhänderisch. Als Treugeber figurieren im Vertrag G._____, J._____ und K._____ (act. 33/2). Auch Q._____ besass gemäss dem zweiten Treuhandvertrag eine Aktie treuhänderisch, wobei als Treugeber J._____ und K._____ aufgeführt werden (act. 33/2 und 33/3). RA Dr. H._____ führte in seinem Schreiben aus, weitere Treuhand- und Aktionärsbindungsverträge seien seinem Klienten (G._____) nicht bekannt. Der Verwaltungsrat der Klägerin habe sich vor Jahren intensiv mit den beiden vorhandenen Treuhandverträgen auseinandergesetzt und sei zu folgenden Schlüssen gekommen: Bei der Gründung sei offenbar beabsichtigt gewesen, Q1._____ mit je einer Pflichtaktie der beiden anderen Gründer auszustatten. Bei den beiden Treuhandverträgen seien die Parteien unrichtig bezeichnet worden. Auf eine Berichtigung der Verträge habe jedoch verzichtet werden können, da sie aufgrund der inzwischen ohnehin eingetretenen Veränderungen im Verwaltungsrat der Klägerin hinfällig geworden sei (act. 33/1).

b) Die Beklagte erachtet es als gänzlich realitätsfremd, wenn sich zwei kulturell bzw. in der Werbefilmerei tätige Personen angeblich zur Gründung einer Generalunternehmung zwecks Realisation einer Grossüberbauung zusammenfinden sollten. Weder hätten die angeblichen Gründer der Klägerin, G._____ und Q._____, über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt, noch sei verständlich, wieso gerade sie als Laien bzw. die Klägerin, die nie über fachkundiges Personal verfügt habe, mit der Realisation einer bereits begonnenen Grossüberbauung in D._____ beauftragt werden sollten. Es sei völlig unglaubhaft, dass bei den beiden eingereichten Treuhandverträgen die Parteien unrichtig bezeichnet worden seien. Als Treugeber und mithin als Aktionäre hätten die beiden Bauherren J._____ und K._____ agiert. Damit sei nachgewiesen, dass diese aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Aktionariat zusammen mit G._____ gebildet hätten und allenfalls auch heute noch bildeten. Die beiden Treugeber seien dann allerdings nicht auf den Auszügen aus dem Aktienbuch als Aktionäre vermerkt, was dessen Richtigkeit in Frage stelle. Aufgrund der Unterlagen sei davon auszugehen, dass die Bauherrschaft, namentlich die Bauherren J._____ und K._____, massgeblich bzw. mehrheitlich an der Klägerin finanziell beteiligt oder im Zeitpunkt der Scha-

denereignisse beteiligt gewesen seien und die Anwendbarkeit der Ausschlussklausel ausser Frage stehe (act. 53 S. 52 ff.).

c) Nach Darstellung der Klägerin besitzen J._____ und K._____ nur eine Minderheitsbeteiligung an der Baugesellschaft C._____. L._____ sei mit 55,1 %, K._____ mit 22,5 % und J._____ mit 22,4 % beteiligt. Die einfache Gesellschaft sei in keiner Weise, weder personell noch finanziell, mit der Klägerin verflochten. J._____, K._____ und L._____ seien weder direkt noch indirekt an der Klägerin beteiligt oder beteiligt gewesen. Eindeutig sei, dass L._____ in keiner Weise mit der Klägerin in Zusammenhang stehe, weshalb eine finanzielle Beteiligung der Baugesellschaft C._____, einer Personengesellschaft, klarerweise nicht gegeben sei (act. 48 S. 16, 26, 401, 404 und 448).

d) Die einfache Gesellschaft besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2007, § 12 N 15). Damit die erwähnte Ausschlussklausel zur Anwendung kommt, ist daher erforderlich, dass einzelne Mitglieder der einfachen Gesellschaft mit mehr als 25 % an der Klägerin finanziell beteiligt sind. Ob J._____ und K._____ an der Klägerin insgesamt zu mehr als 25 % wirtschaftlich beteiligt waren oder sind, kann indes- sen dahingestellt bleiben, da die Klage aus andern Gründen abzuweisen ist.

2. Haftpflichtrechtliche Grundlagen

Ein Versicherungsanspruch der Klägerin setzt, wie erwähnt, voraus, dass sie gegenüber der Bauherrschaft haftpflichtig ist, wobei die Haftung auf Planungsfehler beschränkt ist. In Art. 13 des Generalunternehmervertrages vom 2. Dezember 1994 (act. 4/7) wurden für die Abnahme des Bauwerks und die Haftung für Mängel Art. 157 ff. der SIA-Normen 118, Ausgabe 1977/91, vereinbart. Nach Art. 13.2 des Vertrages zeigt der Generalunternehmer dem Bauherrn die Bereitschaft zur Ingebrauchnahme an und leitet dadurch die Abnahme der bereits vollendeten, in sich geschlossenen Werkteile ein. Die noch nicht vollendeten Werkteile bilden Gegenstand einer separaten Abnahme nach der Vollendung des Bauwerks. Die Garantie- und Verjährungsfristen beginnen mit der Abnahme zu laufen (Art. 13.3). Die Rügefrist für offene Mängel beträgt zwei Jahre, die Verjährungsfrist fünf Jah-

re, einschliesslich sog. verdeckter Mängel (Art. 13.4). Art. 174 Abs. 1 SIA 118 bestimmt, dass der Unternehmer für alle Mängel haftet, die der Bauherr während der Garantiefrist rügt. Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk oder der Werkteil gemäss Art. 163 als genehmigt gilt. Der Bauherr hat dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Verbesserung eines gerügten Mangels anzusetzen (Art. 174 Abs. 2 SIA 118). Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne der SIA 118 ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer (Art. 174 Abs. 3 SIA 118). Bei jedem Mangel hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 Satz 1 SIA 118).

Die Klägerin hatte somit darzutun, dass aufgrund von Planungsfehlern, welche von ihr beigezogene Unternehmer oder Planer begangen haben, Werkmängel entstanden, welche die Bauherrschaft fristgerecht gegenüber der Klägerin (und nicht nur gegenüber einem Subunternehmer; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 1991, Art. 163 N 5) gerügt und deren Nachbesserung sie verlangt hat (GAUCH, SIA, Art. 169 N 1). Weiter hatte die Klägerin darzulegen, dass sie bzw. ihre Hilfspersonen die Nachbesserungen im Einvernehmen mit der Beklagten vornahmen, denn die Verbesserung eines Mangels stellt zumindest konkludent die Anerkennung der Haftung für denselben dar, wozu die Klägerin ohne Zustimmung der Beklagten nicht berechtigt war (Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 AVB; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 20).

3. Haftung der Beklagten für F. _____

3.1. Einleitung

Die Klägerin leitet ihren Versicherungsanspruch aus fünf Schadenfällen mit einer Gesamtforderungssumme von CHF 8'820'801.35 bzw. CHF 9'128'347.55 ab (act. 1 S. 13; act. 48 S. 390). Es handelt sich nach Darstellung der Klägerin um Schäden zufolge unvollständiger Planung von Kanalisationsleitungen (Schadenfall Nr. 3 der Schadensmeldung an die Beklagte), fehlender Kanalisation auf dem Tonendach (Schadenfall Nr. 4), vergessener Unterteilung des Kaminschachts

(Schadenfall Nr. 5), falsch geplanter Fugen bei den Kunststeinelementen und ungenügenden Abdichtungen (Schadenfall Nr. 8) sowie falsch geplanter Rollladenkästen und Sturzdetaills (Schadenfälle Nr. 14 und 17; act. 1 S. 13). Die Klägerin wirft dabei der E1._____ AG Planungsfehler bei den Schadenfällen Nr. 3 und 4 (vgl. nachstehend 4.) und der Architektin F._____ Planungsfehler bei sämtlichen Schadenfällen vor. Es ist vorweg zu prüfen, ob die Klägerin für Schäden haftet, welche auf Planungsfehler von F._____ zurückzuführen sind.

3.2. Behauptungen der Klägerin

Nach Darstellung der Klägerin hat die Baugesellschaft C._____ im Mai 1994 die gesamte Architektur-Ausführungsplanung an F._____ übergeben. Am 6. Juni 1994 habe die Architektin dies bestätigt. Dass sie das Bestätigungsschreiben an die M._____ AG und nicht an die Baugesellschaft C._____ adressiert habe, habe lediglich einen praktischen Grund. J._____ habe seine Geschäftstätigkeit am Geschäftsdomizil der M._____ AG ausgeübt und sei dort am besten erreichbar gewesen. Überdies sei auch die Baugesellschaft C._____ an derselben Adresse domiziliert gewesen. Sowohl F._____ als auch J._____ sei klar gewesen, dass er als Gesellschafter der Baugesellschaft C._____ die gesamte Architektur-Ausführungsplanung an die Architektin vergeben und diese die mit J._____ mündlich getroffenen Abmachungen mit ihrem Schreiben vom 6. Juni 1994 an die Baugesellschaft C._____ schriftlich bestätigt habe. F._____ habe ein unter den Ansätzen des SIA-Tarifs liegendes Honorar von CHF 70.– pro Stunde vorgeschlagen, weil sie ihr neues CAD-System habe einsetzen wollen. Gemäss GU-Vertrag vom 2. Dezember 1994 habe die Klägerin die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern übernommen, so auch denjenigen mit der Architektin (act. 48 S. 30 ff.).

Die M._____ AG sei mit dem beschränkten Aufgabenbereich der gestalterischen Leitung beauftragt worden (act. 48 S. 29). Die Klägerin habe die M._____ AG als Unterakkordantin eingesetzt (act. 48 S. 404). Weil sich im Rahmen der Architektur-Ausführungsplanung immer wieder gestalterische Fragen gestellt hätten, habe ein regelmässiger Austausch zwischen der Architektin und der M._____ AG stattgefunden. In ihrem Schreiben vom 4. März 1996 zur Beendigung des Vertrags-

verhältnisses bedanke sich die Architektin für die Zusammenarbeit mit der M._____ AG (act. 48 S. 32 f.).

3.3. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte behauptet, die Bauherrschaft bzw. die M._____ AG habe F._____ jeweils fallweise mit der Erstellung von Plänen beauftragt. Das Schreiben von F._____ vom 6. Juni 1994, worin diese mündliche, mit der M._____ AG getroffene Abmachungen bestätige, sei an letztere gerichtet gewesen. Die Vereinbarung sei daher in diesem Zeitpunkt mit der M._____ AG zustande gekommen. Am direkten Vertragsverhältnis zwischen der M._____ AG und F._____ habe die im Vertrag der Klägerin mit der Bauherrschaft global formulierte Vertragsübernahme durch die Klägerin nichts geändert. Die M._____ AG sei es nämlich gewesen, die nach diesem Vertragsabschluss der Architektin die konkret zu erstellenden Ausführungspläne in Auftrag gegeben habe. Der einzige Hinweis im Vertrag zwischen der Klägerin und der Bauherrschaft auf die globale Übernahme der Verträge sei bedeutungslos, da auch nachher das Vertragsverhältnis von F._____ lediglich zur M._____ AG bestanden habe. Es sei nicht die faktisch gar nicht existente Klägerin, sondern die M._____ AG, welche F._____ mit der Erstellung von Plänen beauftragt habe (act. 15 S. 22 f.).

Was die Vertragsübernahme gemäss Vertrag zwischen Bauherrschaft und Klägerin zu bedeuten habe und wie die Projektorganisation des Bauvorhabens C._____ zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses strukturiert gewesen sei, bleibe unklar und sei auslegungsbedürftig. Die Klägerin habe es unterlassen, die einzelnen Vertragsverhältnisse substantiiert darzulegen (act. 15 S. 15). F._____ habe einer Vertragsübernahme durch die Klägerin nicht zugestimmt (act. 53 S. 67). Die Bauherrschaft habe die M._____ AG mit der Projektierung für das Vorhaben C._____ beauftragt. Auch nach Vertragsabschluss zwischen der Bauherrschaft und der Klägerin sei der M._____ AG die eigentliche Gesamtleitung über die Ausführung des Bauvorhabens zugekommen. Sie sei die strategische Gesamtleiterin und operative Projektleiterin gewesen und sei in der Person von J._____ in Personalunion mit der Bauherrschaft aufgetreten. F._____ sei eine Hilfsperson gewesen,

die nicht von der Klägerin beauftragt worden sei, sondern von der M._____ AG (act. 15 S. 9, 17 f. und 111).

3.4. F._____ als Hilfsperson der Klägerin

Wie bereits erwähnt, wird die vorliegend in Frage stehende Haftung für Hilfspersonen in Art. 101 Abs. 1 OR geregelt: "Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht." Erfüllungsgehilfen sind alle Personen, die mit Wissen und Willen des Schuldners im Rahmen der Vertragserfüllung tätig werden. Gehilfe ist nicht nur, wer der Autorität des Schuldners oder seines Vertreters untersteht, sondern jede Person, welche gemäss Weisungen des Schuldners im Rahmen der Vertragserfüllung tätig wird, auch wenn kein selbständiges Rechtsverhältnis besteht (WEBER, Berner Kommentar, Art. 101 N 40 und 41). Der Erfüllungsgehilfe braucht also zum Schuldner nicht in einem Vertragsverhältnis zu stehen. Ferner braucht zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfe kein ständiges Verhältnis zu bestehen, vielmehr genügt eine einmalige Verwendung bei der Erfüllung. Art. 101 OR setzt kein Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson voraus. Es gehört nicht zum Begriff des Erfüllungsgehilfen, dass der Schuldner ihm gegenüber zur Erteilung von Weisungen und zur Ausübung von Aufsicht befugt ist (KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980, S. 56 f. N 197 f.). Auch Arbeitnehmer des Gläubigers können Erfüllungsgehilfen des Schuldners sein, ausser wenn sie zwar mit Einwilligung des Schuldners, jedoch auf Veranlassung des Gläubigers Erfüllungshandlungen vornehmen. Entscheidend ist, wessen Arbeitsaufsicht der Gehilfe untersteht. Im Falle eines Arbeitsverhältnisses mit dem Gläubiger oder eines Entgegenkommens bei der Gehilfenwahl ist bei Schadensverursachung durch den Erfüllungsgehilfen in der Regel jedoch eine Ermässigung der Schadenersatzpflicht des Schuldners angebracht (WEBER, a.a.O., N 48).

Der Architekt kann Hilfsperson des Bauherrn (BGE 125 III 223; 95 II 53; GAUCH, Werkvertrag, N 1922 und 2743) oder des Generalunternehmers sein (HU-

BER/SCHWENDENER, Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, 2. Aufl. 2005, S. 34). Die Klägerin hatte somit alle Umstände darzutun, aus denen hervorgeht, dass F._____ als ihre Beauftragte die den geltend gemachten Schadenfällen zugrunde liegenden Pläne gezeichnet hat. Da die Klägerin eine vorangegangene Vertragsübernahme behauptet, ist zunächst auf diese näher einzugehen.

3.5. Vertragsübernahme

3.5.1. Vorbemerkungen

Nach – bestrittener – Darstellung der Klägerin hat sie mit Vertrag vom 2. Dezember 1994 den Architekturvertrag mit F._____ von der Baugesellschaft C._____ übernommen. Inhalt des Architekturvertrages sei die gesamte Architektur-Ausführungsplanung gewesen. Der Vertragsinhalt wird nicht weiter präzisiert. Im Bestätigungsschreiben vom 6. Juni 1994 hält die Architektin lediglich fest, dass sie mit der Ausführungs-Planbearbeitung des Objektes C._____ -Strasse ... beauftragt worden sei und auf Stundenbasis nach Aufwand zu CHF 70.– abrechnen werde (act. 4/9). Wie bereits erwähnt, war das Schreiben an die M._____ AG gerichtet. Gemäss GU-Vertrag vom 2. Dezember 1994, Art. 9, nimmt der Generalunternehmer davon Kenntnis, dass der Bauherr mit den Architekten M._____ AG und den Ingenieuren O._____ Verträge abgeschlossen hat. Der Generalunternehmer übernimmt nach dieser Vertragsbestimmung die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern gemäss Beilage I (act. 4/7 S. 9). Diese Beilage liegt allerdings nicht bei den Akten.

Der Abschluss des GU-Vertrags und die behauptete Vertragsübernahme fanden vor der Eintragung der Klägerin ins Handelsregister statt (act. 15 S. 13). Gemäss Art. 645 Abs. 2 OR können solche im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangenen Rechtsgeschäfte von dieser innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister übernommen werden, so dass die für die Gesellschaft Handelnden von ihren Verpflichtungen befreit werden und nur noch die Gesellschaft haftet. Die Klägerin behauptet nicht explizit, dass sie der Übernahme des GU-Vertrages zugestimmt habe. Indessen geht auch die Beklag-

te letztlich davon aus, dass die Klägerin Trägerin der Rechte und Pflichten aus dem GU-Vertrag ist.

3.5.2. Erwägungen des Kassationsgerichts

Im Urteil vom 3. Juli 2008 erwog das Handelsgericht, die Klägerin führe nicht aus, wann und in welcher Form F._____ der Vertragsübernahme durch die Klägerin zugestimmt habe. Zudem sei unklar, wer letztlich das Honorar von F._____ bezahlt habe. Die Klägerin habe auch nicht substantiiert, wer von ihr die angebliche Unterakkordantin F._____ jeweils bei der Planausarbeitung instruiert und überwacht habe. Auch die Ausführungen zur Beendigung des Mandats erhellten nicht, dass eine Vertragsbeziehung zwischen F._____ und der Klägerin bestanden habe. Es werde insbesondere nicht dargelegt, wer ihr seitens der Klägerin das Mandat entzogen habe. Ein Beweisverfahren zur Frage der Vertragsübernahme könne daher mangels substantiierter Behauptungen nicht durchgeführt werden, was bedeute, dass eine Vertragsübernahme durch die Klägerin nicht dargetan sei (act. 62 S. 23 f.).

Das Kassationsgericht erwog dazu, die diesbezüglichen Unklarheiten, Unvollständigkeits oder Unbestimmtheiten lösten die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH aus. Indem das Handelsgericht die Klägerin nicht auf solche ungenügende Substantiierungen aufmerksam gemacht und ihr mittels Ausübung der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Behebung der Mängel gegeben habe, sei das Urteil aufzuheben und an das Handelsgericht zurückzuweisen, damit es vorab der Klägerin Gelegenheit dazu gebe (act. 67 E. II.10). Mit Verfügung vom 19. Januar 2010 forderte der Instruktionsrichter die Klägerin auf, ihre Vorbringen im Sinne der kassationsgerichtlichen Erwägungen zu substantiieren (Prot. S. 36).

3.5.3. Übersicht über die Parteistandpunkte

Die Klägerin hält dafür, einer Vertragsübernahme könne auch konkludent zugestimmt werden. Eine solche Willenserklärung liege vor, wenn der Geschäftswille objektiv allein aus dem Verhalten einer Person abgeleitet werde. Das Verhalten

der Architektin F._____ stelle nichts anderes als eine solche konkludente Zustimmung zur Vertragsübernahme dar, was die Klägerin aus zahlreichen Indizien (Rechnungsstellung, Betreibungsverfahren gegen die Klägerin, Bezahlung der Honorarrechnungen, Instruktion und Überwachung, Versicherungsofferten) ableiten will (act. 73 Rz. 4-30). Die Beklagte bestreitet die klägerische Darstellung und hält die Ausführungen nach wie vor für unsubstantiiert (act. 80 Rz. 9-60).

3.5.4. Würdigung

3.5.4.1. Grundsätzliches

Die Vertragsübernahme besteht in der Auswechslung einer Vertragspartei und kommt durch dreiseitigen Vertrag zwischen den Beteiligten oder zwischen einer Vertragspartei und dem Übernehmer mit nachfolgender Genehmigung der andern Vertragspartei oder auf Grund einer im Vertrag vorbehaltenen Befugnis zustande (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl. 2003, N 3755). Dass der Architekturvertrag zwischen der Bauherrschaft und F._____ eine vorbehaltende Befugnis zur Vertragsübernahme enthalten hätte, wird von keiner Partei vorgetragen. Gleiches gilt für den Abschluss eines dreiseitigen Vertrages. Damit hat die Klägerin in genügender Form zu behaupten, dass F._____ der Vertragsübernahme (die im Verhältnis Klägerin – Bauherrschaft gemäss klägerischer Darstellung am 2. Dezember 1994 erfolgt sein soll) hernach zugestimmt hat.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 OR kann eine solche Zustimmungserklärung resp. -äusserung eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Eine stillschweigende (auch konkludente oder schlüssige) Willensäusserung – wie sie die Klägerin geltend macht – kann nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung unter den konkreten Umständen keine vernünftigen Zweifel hervorruft (BGE 123 III 53 E. 5a = Pra 86 Nr. 87; KUT/SCHNYDER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 12 zu Art. 1 OR; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, Rz. 27.10).

3.5.4.2. Rechnungsstellung

Die Klägerin behauptet, F._____ habe ihre Rechnungen vor der Vertragsübernahme an die Bauherrin gestellt, hernach nur noch an die Klägerin, was zeige, dass F._____ mit der Vertragsübernahme einverstanden gewesen sei (act. 73 Rz. 9-11). Diese Ausführungen sind unsubstantiiert. Die Klägerin erklärt nicht, wann F._____ welche Rechnungen an wen zugestellt haben soll. Gerade was die an sie gerichteten Rechnungen anbelangt, wäre die Klägerin angesichts ihrer Nähe zum Behauptungsgegenstand zur Substantiierung ohne Weiteres in der Lage gewesen. Damit kann die Rechnungsstellungstätigkeit von F._____ nicht in einem Beweisverfahren abgeklärt werden. Überdies kommt dem Rechnungsstellungsvorgang, wenn überhaupt, nur geringe Bedeutung zu (vgl. Ziff. IV.3.5.4.3 hernach).

Unter diesem Titel behauptet die Klägerin weiter, F._____ habe im Rahmen ihrer Tätigkeit gewisse Rechtsgeschäfte im Namen der Auftraggeberin/Unternehmerin geschlossen. So habe F._____ beispielsweise jeweils die R._____ AG für Kopien beauftragt. Diese habe ihre Rechnungen vor der Vertragsübernahme an die Bauherrin gestellt, danach an die Klägerin (act. 73 Rz. 12-15). Auch diese Ausführungen sind unsubstantiiert und keinem Beweisverfahren zugänglich. Mit welchen Unternehmen F._____ im Namen der Klägerin, abgesehen von der R._____ AG, Verträge geschlossen haben soll, ist unklar. Wann die R._____ AG wem welche Rechnungen zugestellt hat, ebenso. Dazu kann auf die vorstehenden Überlegungen verwiesen werden.

Damit ergibt sich, dass F._____ der Klägerin weder Rechnungen für eigene Aufwendungen gestellt hat, noch dass F._____ namens der Klägerin irgendwelche Rechtsgeschäfte eingegangen ist.

3.5.4.3. Bezahlung der Honorarrechnungen von F._____

Gemäss Darstellung der Klägerin zeige, dass die Honorarrechnungen vor der Vertragsübernahme von der Bauherrin und hernach von ihr selber bezahlt worden seien, dass F._____ mit der Vertragsübernahme einverstanden gewesen sei (act. 73 Rz. 19), was von der Beklagten bestritten wird (act. 80 Rz. 24).

Auch im Falle konkludenter Äusserungen dürfen nur Fakten berücksichtigt werden, die vom Erklärenden selbst gesetzt sind und daher ihm zugerechnet werden dürfen; von Dritten stammende, durch Zufall oder eigene Beobachtung gesammelte Informationen können höchstens ergänzende, niemals konstitutive Bedeutung haben (BUCHER, Basler Kommentar, a.a.O., N 19 Art. 1 OR). Aus der Tatsache, dass die Klägerin F._____ Zahlungen geleistet haben will, kann daher nicht geschlossen werden, dass diese der Vertragsübernahme zugestimmt hat. Überdies bleibt die Klägerin auch diesbezüglich substantiierte Behauptungen schuldig. Es ist unklar, wann die Klägerin welche Beträge überwiesen haben will. Zur Substantiierung eigener Zahlungen wäre die Klägerin ohne Weiteres in der Lage. Damit ergibt sich, dass die Klägerin F._____ keine Zahlungen geleistet hat.

Ohnehin ist unerheblich, ob F._____ jeweils der Klägerin Rechnung stellte. Denn ist unklar, ob ein Beauftragter für den Bauherrn oder den Generalunternehmer tätig wird bzw. geworden ist, hilft das Kriterium, auf wessen Kosten der Beauftragte mandatiert worden ist, nicht weiter (HUBER/SCHWENDENER, a.a.O., S. 28 f.). Wie gezeigt, ist unklar, wer letztlich das Honorar von F._____ bezahlte. So schrieb J._____ am 19. Februar 1996 an F._____, ihre Rechnungen seien beglichen worden, und ersuchte sie, "uns [M._____ AG] zu unseren Akten noch Kopien der Stundenrapporte zu schicken". Weiter wies J._____ darauf hin, die Pläne würden jetzt schon deutlich mehr als budgetiert kosten, und: „es wachsen bei der *Bauherrschaft* [Kursivschrift hinzugefügt] die Bedenken, dass wir bei weitem noch nicht am Ende sein könnten“ (act. 16/14). Vergab die Bauherrschaft das Projekt zu einem Global- oder Pauschalpreis an die Klägerin als Generalunternehmerin (act. 4/7 S. 4; act. 48 S. 28), so hätten der Bauherrschaft die Planungskosten eigentlich gleichgültig sein können.

3.5.4.4. Betreibungsverfahren gegen die Klägerin

Die Klägerin hält dafür, F._____ habe gegen sie am 28. November 1996 ein Betreibungsbegehren wegen offener Honorarrechnungen in der Höhe von CHF 19'416.66 gestellt. Nach Ausstellung des Zahlungsbefehls sei F._____ an den Friedensrichter der Gemeinde ... gelangt. Wenn F._____ der Ansicht gewe-

sen wäre, dass weiterhin die Bauherrin ihre Vertragspartnerin sei, hätte sie ihre Forderungen von der Bauherrin eingefordert (act. 73 Rz. 16-18).

Die Beklagte entgegnet, nachdem im März 1996 die Beauftragung von F._____ durch die M._____ AG beendet worden sei, seien die letzten beiden Rechnungen nicht mehr bezahlt worden. F._____ habe sich nicht etwa an den formellen Vertreter der Klägerin, sondern an J._____ gewandt, um sich nach der Bezahlung der Rechnungen zu erkundigen. Dabei habe J._____ namens der Baugesellschaft für den Fall der Weiterverfolgung ihres Anspruches verrechnungsweise Ansprüche geltend gemacht, welche aus einer angeblich unsorgfältigen Planung entstanden sein sollen (act. 80 Rz. 21-23, 27).

F._____ hat gegen die Klägerin die Betreuung eingeleitet, über ein halbes Jahr nachdem ihr Mandat entzogen worden war. Es ist fraglich, ob eine Genehmigung zu einer Vertragsübernahme nachträglich, d.h. nachdem das Vertragsverhältnis bereits beendet ist, überhaupt noch erteilt werden kann. Selbst wenn, ist die Einleitung einer Betreuung zwar ein Indiz für eine solche Genehmigung, unter den konkreten Umständen jedoch ein schwaches.

3.5.4.5. Instruktion und Überwachung von F._____

Die Klägerin legt dar, sie habe nach der Vertragsübernahme des Projekt- und Bauleitungsvertrages mit der N._____ dieser verschiedene Unterlagen ausgehändigt, damit diese gestützt darauf das Bauprojekt habe leiten können. Die N._____ wiederum habe F._____ für ihre Arbeit die provisorischen Ausführungspläne der R1._____ übergeben. Aufgabe von F._____ sei es gewesen, gestützt darauf die endgültige Planung zu erstellen. Darüber hinaus habe die N._____ F._____ auch materiell instruiert. Das ergebe sich aus zahlreichen beigelegten Dokumenten. Auch aus dem beigelegten Baujournal sei ersichtlich, dass die N._____ die Instruktion von und die Aufsicht über F._____ wahrgenommen habe (act. 73 Rz. 20-25).

Die Beklagte bestreitet die Darstellung der Klägerin. Sie bekräftigt, dass die N._____ durch die Bauherrschaft bzw. die M._____ AG mit der Bauleitung beauf-

trägt worden sei. Weder habe die N._____ F._____ die ausgeführten Pläne übergeben, noch habe sie diese materiell instruiert (act. 80 Rz. 25-56).

Auch diesbezüglich sind die Ausführungen der Klägerin gänzlich unsubstantiiert. Unklar ist, wann die N._____ F._____ die Pläne übergeben haben soll. Im übrigen verweist die Klägerin hinsichtlich der behaupteten Instruktion und Überwachung auf Beilagen. Die Beklagte wendet zu Recht ein (act. 80 Rz. 45), dass Substantiierungen in die Rechtsschriften gehören; Beilagen sind grundsätzlich blosser Beweismittel. Wo aus besonderen Gründen ausnahmsweise für eine Behauptung auf ein Aktenstück verwiesen wird, ist der Verweis auf Sachverhaltselemente nur dann genügend, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten sollen (ZR 102 Nr. 15 S. 69). Die Verweisung auf knapp sechzigseitige Auszüge aus dem Baujournal erfüllt diese Voraussetzungen offensichtlich nicht (vgl. act. 74/7). Zudem ist es die Beklagte, die sich in ihrer Rechtschrift substantiiert mit dem Baujournal auseinandergesetzt hat und konkret auf Stellen verweist, aus denen hervorgehen soll, dass F._____ von J._____ beauftragt worden sei – was von der Klägerin unkommentiert geblieben ist.

Auch die übrigen von der Klägerin diesbezüglich eingereichten, und von ihrer Seite ebenso unkommentiert gebliebenen Urkunden sind nicht aussagekräftig. Keine Urkunde vermag eine Instruktion und Überwachung von F._____ seitens der Klägerin hinsichtlich eines Vertragsverhältnisses über eine umfassende Architektur-Ausführungsplanung zu belegen. Act. 74/3 ist ambivalent. Mit diesem Faxschreiben von F._____ an die N._____ übermittelt Erstere einige Pläne mit dem Hinweis, sie möchte betreffend R2._____ noch einige Details mit N1._____ besprechen. Andererseits erwähnt sie, dass der Entscheid betreffend Treppenunterschichten von J._____ getroffen worden sei. Act. 74/4 reicht die Klägerin nicht vollständig ein (vgl. § 186 Abs. 1 ZPO/ZH), es fehlt Seite 2 des handgeschriebenen Textes von F._____. Da der eingereichte Text im Gesamtzusammenhang nicht gewürdigt werden kann, ist auch die Seite 1 des Faxschreibens, worauf die

Klägerin auch nur integral verweist, nicht zu beachten. Auch der Inhalt von act. 74/5 ist ambivalent. In diesem Faxschreiben von F._____ an die N._____ orientiert die Architektin, welche Pläne ihr noch fehlen. Sowohl dem Faxschreiben als auch dem angehefteten Planlieferungsprogramm ist hinsichtlich der im Schreiben erwähnten Ebenen 6 und 7 indes zu entnehmen, dass die Vorrisse von der M._____ AG zu kontrollieren und hernach F._____ auszuhändigen waren, was wiederum eher gegen ein Vertragsverhältnis zur Klägerin spricht. Act. 74/6 ist ein Lieferschein der N._____, womit F._____ das Protokoll einer Koordinationssitzung übermittelt wurde mit dem Hinweis, dass der N._____ noch Pläne und Angaben fehlen, damit die Fachingenieure weiter planen können.

Damit mangelt es an substantiierten und schlüssigen Behauptungen der Klägerin, wer von ihr die angebliche Subunternehmerin F._____ jeweils bei der Planausarbeitung instruiert und überwacht haben soll (vgl. auch act. 48 S. 403 f.; act. 15 S. 23 f.). Dies wäre umso eher zu erwarten gewesen, als die Beklagte ausführlich darlegte, dass ihrer Ansicht nach die Klägerin de facto keinerlei fachspezifische Aufgaben wahrnahm oder irgendeine tragende Funktion ausübte, dass G._____ und Q._____ über keinerlei Fachkenntnisse verfügt haben dürften, um als fachmännische Vertreter einer Generalunternehmerin ein Bauvorhaben der vorliegenden Grösse realisieren zu können, und dass die Klägerin nie über angestellte Baufachleute verfügte (act. 15 S. 7 f.).

3.5.4.6. Entzug des Mandats

In der Replikschrift hat die Klägerin nahegelegt, dass sie F._____ das Mandat entzogen habe (act. 48 S. 34 und 440). Das Kassationsgericht hielt dafür, der Klägerin sei Gelegenheit einzuräumen, ihre Behauptungen zur Beendigung des Mandats zu vervollständigen (act. 67 S. 18 f.). In ihrer entsprechenden Rechtschrift lässt sich dazu die Klägerin indes nicht vernehmen, wie die Beklagte zutreffend feststellt (act. 80 Rz. 25). Damit ist nicht davon auszugehen, dass F._____ das Mandat von der Klägerin entzogen wurde.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich F._____ mit Schreiben vom 4. März 1996 an die M._____ AG zuhanden von J._____ wandte, worin sie noch

ausstehende Pläne auflistete (act. 16/15). Ein Dank für den Auftrag der Bauherrschaft und die Zusammenarbeit mit der M._____ AG findet sich entgegen der klägerischen Darstellung nicht in diesem Schreiben.

3.5.4.7. Versicherungsabschluss

Die Klägerin hat nach ihrer Darstellung vor Abschluss des Versicherungsvertrages drei Offerten einholen lassen, wobei eine Mitversicherung von F._____ angestrebt worden sei. Ein solcher Einschluss mache bloss Sinn, wenn die Klägerin auch verantwortlich gemacht werden könne für Schäden, die sich aus Planungsfehlern von F._____ ergäben. In diesem Zusammenhang verweist die Klägerin auf ihr Schreiben an die Architektin vom 27. Januar 1997, worin sie diese aufforderte, den verursachten Schaden bei der eigens für sie abgeschlossenen Versicherung zu melden (act. 73 Rz. 26-30). Das Schreiben datiert rund ein Jahr nach Beendigung des Mandats. Wie gezeigt ist fraglich, ob in diesem Zeitpunkt dem Vertragsübergang überhaupt noch zugestimmt werden kann. Überdies handelt es sich um ein Schreiben der Klägerin, das schon deshalb nicht als Indiz für eine Genehmigungserklärung von R3._____ herhalten kann.

3.5.4.8. Zusammenfassung

Die Klägerin hatte zu beweisen und zuvor in substantiiert Form zu behaupten, dass F._____ der Vertragsübernahme zugestimmt hat. Mangels behaupteter ausdrücklicher Erklärung kann eine konkludente Erklärung nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens der Architektin angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft.

F._____ hat nach der behaupteten Vertragsübernahme zwischen der Bauherrschaft und der Klägerin kein schlüssiges Verhalten an den Tag gelegt, das auf eine Zustimmung zur Vertragsübernahme schliessen liesse. Vorab wird nicht behauptet, F._____ sei die Abmachung zwischen der Klägerin und der Baugesellschaft vom 2. Dezember 1994 überhaupt zur Kenntnis gebracht worden. Hernach hat F._____ weder der Klägerin Rechnung gestellt noch sind solche seitens der Klägerin beglichen worden. Das Mandat wurde F._____ unstreitig im März 1996

entzogen, indes nicht von der Klägerin. F._____ hat zwar rund sechs Monate nach Beendigung des Mandats gegen die Klägerin wegen ausstehender Honorarforderungen die Betreuung und ein Sühnverfahren eingeleitet. Angesichts der übrigen Umstände ist das nur ein schwaches Indiz für eine Genehmigung zur Übernahme, sollte eine solche nachträglich überhaupt zulässig sein. Auch die von der Klägerin hinsichtlich der behaupteten Instruktion und Überwachung angeführten Umstände vermögen eine Genehmigung durch F._____ nicht überzeugend nahe zu legen. Gleiches gilt für den Abschluss einer Versicherung.

Damit verbleiben erhebliche Zweifel, ob die Architektin der Vertragsübernahme von der Bauherrin auf die Klägerin zugestimmt hat, weshalb eine solche nicht erstellt ist. Allfällige Planungsfehler F._____s vermögen daher keinen Versicherungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten zu begründen.

4. Sanitärleitungen ("Schadenfälle 3 und 4")

4.1. Behauptungen der Klägerin

4.1.1. Bezüglich der falsch geplanten Kanalisation auf der Terrasse (Süd-) West Ebene ... und im Büro ... führte die Klägerin aus, die P._____, ..., D._____, sei mit Vertrag vom 5. April 1995 von der Klägerin mit der Ausführung von Sanitärinstallationen betraut worden. Mit der P._____ sei vereinbart worden, dass sie die E1._____ AG mit der Ausführungsplanung der Sanitärarbeiten beauftrage. Diese habe das Sanitärvorprojekt und die Ausschreibung der Sanitärarbeiten erarbeitet. Sie habe gestützt auf den Ausführungsplan der Architektin und den Schalungsplan des Ingenieurbüros O._____, welcher ebenfalls auf dem Ausführungsplan der Architektin basiert habe, den Einlegeplan Sanitär erstellt. Der Sanitärplaner habe eine Kopie des Ausführungsplans der Architektin als Grundlage genommen und in diesen die Linienführung der Schmutzwasserleitung gezeichnet. Er habe sich bei seiner Entscheidung der Leitungsführung nach dem Ausführungsplan der Architektin und dem Schalungsplan des Ingenieurs zu richten gehabt.

Die vom Sanitärplaner geplante Leitungsführung der Schmutzwasserleitung vom Pumpenschacht zur städtischen Kanalisation sei unmöglich ausführbar gewesen bzw. habe gravierende planerische Mängel aufgewiesen. Der Sanitärplaner habe bei der Planung der Abwasserleitung sowohl gegen bautechnische (Koten und Deckendicke) als auch gegen die schalltechnischen Vorgaben (Schallisolation und vollständiges Einlegen der Leitungen) verstossen (act. 1 S. 14 ff.).

Noch bevor die Leitungen verlegt worden seien, habe R4._____ von der E1._____ AG das Problem erkannt und die Leitungsführung geändert, indem er die Leitung ab dem Pumpenschacht quer durch das Büro ... vorgesehen habe. Am 12. Juni 1995 habe der Sanitärplaner den Einlegeplan Sanitär mit der geänderten Leitungsführung zur Ausführung freigegeben. Die Leitungen seien entsprechend der geänderten Leitungsführung des Sanitärplaners verlegt und der Boden anschliessend betoniert worden.

Mit der geänderten Leitungsführung sei aber das Problem des erforderlichen Gefälles und der zu hohen Leitungsführung nicht gelöst worden. Die Leitung sei nicht vollständig in den Beton eingelegt worden, offenbar um überhaupt ein Gefälle zu erreichen. Die fehlerhafte Sanitärplanung mit der geänderten Leitungsführung quer durch das Büro ... habe zu Mängeln am Gebäude geführt, die man nur durch aufwändige Sanierungsmassnahmen habe beheben können. Die nicht vollständig in den Beton eingelegte Leitung habe eine wesentlich reduzierte Schalldämmung im besagten Büro zur Folge gehabt. Die in den Überzug eingelegte Leitung habe die geplanten Bodenheizungsleitungen gestört. Die Statik der bestehenden Decke sei geschwächt worden. Die Leitungsteile der Terrasse Südwest der Ebene 04 seien vollständig über der Betondecke gewesen und hätten den geplanten Terrassenbodenaufbau verunmöglicht. Die geplante Aufbordnung der Terrassenabdichtung an die Fassade sei nicht möglich gewesen, weil die Leitungen unmittelbar vor dem aufsteigenden Mauerwerk montiert worden seien. Das erforderliche Gefälle von mindestens 2 % sei nicht erreicht worden.

An eine Abnahme des Werkes im Bereich des Büros ... sei nicht zu denken gewesen, insbesondere weil die Schalldämmung der Schmutzwasserleitung ungenügend gewesen sei. Die E1._____ AG sei von der Klägerin am 26. Februar 1996

aufgefordert worden, die Leitungsführung neu zu planen und Sanierungsvorschläge zu unterbreiten. Im Rahmen ihrer Überwachungsaufgabe habe die Klägerin mit Schreiben vom 11. März 1996 und 9. Januar 1997 bei der E1._____ AG beanstandet, dass noch keine Sanierungsvorschläge vorgelegt worden seien. Die E1._____ AG sei jedoch überhaupt nicht gewillt gewesen, die entstandenen Mängel zu beheben, und habe sich in keiner Weise kooperativ gezeigt.

Erst im März bzw. April 1997 habe sie zwei Sanierungsvorschläge einer geänderten Leitungsführung für die Entwässerung in die städtische Kanalisation unterbreitet, wovon die zweite von einem externen Ingenieur, der T._____ AG, mit Bericht vom 15. Mai 1997 zur Ausführung empfohlen worden sei. Die Sanierung habe den Rückbau der im Büro zu hoch eingelegten Leitungen, die Verschlüssung der komplett in den Beton eingelegten Leitungen und die Leitungsführung der Dach- und Schmutzwasserleitungen vom Pumpenschacht über die Terrasse Südwest der Ebene 04 in die städtische Kanalisation vorgesehen und diese Massnahmen seien im Winter 1998 durch die P._____ AG ausgeführt worden (act. 48 S. 50 ff.).

Die Klägerin hat unter Verweisung auf ein Schreiben der Bauherrschaft vom 2. Oktober 1997 (act. 49/22) weiter ausgeführt, dass aufgrund der geschilderten Mängel die Abnahme im Sinne von Art. 161 SIA 118 zurückgestellt und ihr, der Klägerin, Frist zur Mängelbehebung angesetzt worden sei. Die Abnahme des Bereichs Kanalisation im Büro ... sei am 24. August 1998 erfolgt, jedoch mit entsprechenden Vorbehalten bezüglich der Mängel, was eine Rüge der Bauherrschaft an die Klägerin im Sinne von Art. 172 SIA 118 darstelle, welche mithin innerhalb der zweijährigen Frist seit Abnahme des Werkteils erfolgt sei (act. 49/24). Die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelrechte sei eingehalten, da die Klägerin am 16. Juli 2002 für alle noch ausstehenden Mängelforderungen eine Verjährungsverzichtserklärung gegenüber der Bauherrschaft abgegeben habe (act. 48 S. 56 ff.). Die versicherungsrechtlich relevante Schadenanzeige durch die Klägerin an die Beklagte sei am 14. August 1996 mit den Worten erfolgt: "Sanitäreinlagen sind in einzelnen Böden viel zu hoch eingelegt und können nur mit grossem Aufwand richtig gesetzt werden. Eine Korrektur ist wegen der vorgeschriebenen Schalldämmung der Unterlagsböden unumgänglich." (act. 48 S. 60).

4.1.2. Nach klägerischer Darstellung sah der Einlegeplan Sanitär sodann keine Entwässerung der Terrasse Südwest auf der Ebene 04 vor. Der Sanitärplaner der E1._____ AG habe vergessen, eine solche zu planen. Eine Entwässerung sei offensichtlich erforderlich, da ohne Entwässerung sich auf der Terrasse Wasser-rückstau bilden würde. Dass der Ausführungsplan der Architektin keinen Hinweis auf die Entwässerung der Terrasse enthalten habe, sei unerheblich. Wenn die Planung der Sanitärinstallationen der dafür spezialisierten E1._____ AG übertragen worden sei, obliege es ihr, die Entwässerung der Terrasse zu planen.

Am 2. Juni 1995 habe R5._____ von der Bauleitung die fehlende Entwässerung bemerkt und den Sanitärplaner informiert, worauf dieser eine solche in den Pumpenschacht geplant habe. Die Einleitung von Meteorwasser in den Pumpenschacht sei aber unzulässig. Als dies nach der Ausführung im Juli 1995 bemerkt worden sei, sei über die Betondecke eine Entwässerung verlegt worden. Diese sei aber für das geplante Umkehrdach zu hoch gewesen, da sie nicht in die Betondecke eingelegt worden sei. Ein Umkehrdach, bestehend aus Abdichtung aus Flüssigkunststoff, Wärmedämmung, Splitt und Platten, habe nur noch erstellt werden können, indem die Entwässerung über die bereits betonierte Decke verlegt und die Terrasse nochmals betoniert worden sei. Die Sanierung habe aber zur Folge gehabt, dass die ganze Terrassenkonstruktion um rund 20 cm angehoben worden sei, was auch zu einer entsprechenden Anhebung der Fenstertüren des Büros ... und der Wohnung ... geführt habe.

Die zu hohe Verlegung sei erst im Zusammenhang mit der zu hoch liegenden Kanalisation im Büro ... erkannt und am 11. März 1996 von der Klägerin bei der P._____ AG gerügt worden. An eine Abnahme der Terrasse sei nicht zu denken gewesen. Die Abnahme sei zurückgestellt und der Klägerin Frist zur Mängelbehebung angesetzt worden. Nachdem die Bauherrschaft festgestellt habe, dass die Klägerin der E1._____ AG unverhältnismässig viel Zeit für die Ausarbeitung von Sanierungsvorschlägen eingeräumt habe und die Entwässerung der Terrasse immer noch nicht saniert gewesen sei, habe sie mit Schreiben vom 2. Oktober 1997 die Klägerin gerügt und Rückbehalte für die entstandenen Mängel angekündigt. Bei der Abnahme der Terrasse Südwest der Ebene 04 am 24. August 1998

seien entsprechende Vorbehalte gemacht worden. Die Sanierung der Entwässerung der Terrasse sei im Winter 1998/99 durch die P._____ AG erfolgt. Auch hier sei die Schadenanzeige an die Beklagte am 14. August 1996 erfolgt (act. 1 S. 21 ff.; act. 48 S. 61 ff.).

Die Sanierung der Leitungsführung der Abwasserleitung sowie die Planung und Ausführung der Entwässerung der Terrasse Südwest der Ebene 04 hat nach Angaben der Klägerin Schäden in der Höhe von gesamthaft CHF 504'252.75 verursacht, welche sie geltend macht. Darin enthalten sind Mietzinsausfälle von CHF 43'816.75 und CHF 244'800.– sowie nicht gedeckte Betriebskosten von CHF 14'398.90. Das Büro ... habe statt auf den 1. Oktober 1996 erst auf den 1. Februar 1999 vermietet werden können. Auch einzelne Wohnungen hätten statt per 1. Oktober 1996 erst später und zum Teil unter Gewährung von Mietzinsreduktionen vermietet werden können. Einzelne Arbeiten seien noch ausstehend. Wegen der angehobenen Terrassenbodenkonstruktion müsse auch die Aufbordnung der Abdichtung der Fassade erhöht werden, was eine Eingerüstung und grossflächige Nachbesserung des Verputzes erfordere (act. 48 S. 71 ff.).

4.1.3. Die Klägerin führte weiter aus, dass die Erstellung eines Schwimmbades vorgesehen gewesen sei. Dieses sollte mit einem Tonnendach mit Deckenoberlicht überdacht werden. Die Architektin F._____ habe mit Datum vom 17. August 1994 den Ausführungsplan für die Ebene 03 erstellt, welcher im Rahmen des Planungsprozesses mehrmals revidiert und in der Version vom 13. Mai 1995 freigegeben worden sei. Dieser Plan habe der E1._____ AG für die Erstellung des Einlegeplanes Sanitär gedient. Der Einlegeplan Sanitär sehe keine Entwässerung des Tonnendaches und keinerlei Anschluss an die Kanalisation vor. Die unerlässliche Entwässerung sei vergessen worden. Es liege ein Planungsfehler vor, für den der Sanitärplaner einzustehen habe.

Das Tonnendach sei am 23. bzw. 26. Juni 1995 ohne Entwässerung und Kanalisationsanschluss erstellt worden. Am 19. Februar 1996 habe ein Baustellenrundgang mit R4._____ von der E1._____ AG und R5._____ von der N._____ stattgefunden. Gegenstand seien die festgestellten Entwässerungsprobleme, namentlich im Bereich des Tonnendachs, gewesen. Die vergessene Planung der Entwässe-

rung des Tonnendachs und des Anschlusses an die Kanalisation hätten zu Mängeln am Gebäude geführt, welche man ohne Verzug habe beheben müssen, um weit grösseren Schaden abzuwenden.

Im Rahmen der Sanierung des Tonnendachs habe dessen Entwässerung neu geplant werden müssen. Am 11. März 1996 habe die Klägerin bei der Bauleitung die mangelnde Entwässerung beanstandet. Wegen der Mängel habe eine Abnahme des Tonnendachs durch die Bauherrschaft nicht stattgefunden. Vielmehr habe die Klägerin Sanierungsschritte eingeleitet. Am 28. März 1996 habe die E1._____ AG der Bauleitung Vorschläge zur Tonnendachentwässerung unterbreitet. Nach mehrmaliger Überarbeitung der Vorschläge und nachdem die Klägerin am 9. Januar 1997 ein weiteres Mal die E1._____ AG gerügt habe, sei eine taugliche Sanierungsvariante der Tonnendachentwässerung zur Ausführung freigegeben worden. Die P._____ AG habe die Sanierung im Frühjahr 1997 ausgeführt.

Die Behebung der Mängel sei eingeleitet worden, bevor es zu einem Abnahmeversuch durch die Bauherrschaft gekommen sei. Eine Rüge der Bauherrschaft sei daher nicht erforderlich gewesen. Bei der Abnahme des Tonnendachs am 24. August 1998 seien die Mängel behoben gewesen. Die Schadenanzeige an die Beklagte sei mit Schreiben vom 14. August 1996 erfolgt. Aufgrund der Komplexität des eingetretenen Schadens und aufgrund des zu diesem Zeitpunkt kaum abschätzbaren effektiv erforderlichen Sanierungsumfangs sei der Schaden mit "Bei der Planung ist ein Teil der Kanalisation vergessen worden." umschrieben worden. Der nachträgliche Einbau einer Tonnendachentwässerung habe gesamthaft Kosten von CHF 37'117.75 verursacht (act. 48 S. 94 ff.). In Rz 98 der Klagebegründung und Rz 237 der Replik schrieb die Klägerin allerdings, im Zusammenhang mit der Sanierung der Entwässerung des Tonnendachs entstünden weitere Kosten von CHF 30'000.–, wobei sie sich auf eine Kostenzusammenstellung der Bauleitung berief. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht klar sei, ob diese Arbeiten überhaupt ausgeführt wurden oder nicht (act. 15 S. 66). Die Frage kann allerdings offen bleiben.

4.1.4. Einen weiteren Planungsfehler sieht die Klägerin in der nicht geplanten Entwässerung des Podestes vor dem Seiteneingang zu den Sporträumen. Die

Architektin habe einen solchen Eingang im Ausführungsplan geplant. Für den Bereich des Seiteneingangs seien Sanitärinstallationen zur Entwässerung des Vorplatzes vor dem Seiteneingang erforderlich gewesen, ansonsten sich eine Art Wanne bilde, in der sich Wasser sammle. Sowohl den Plänen der Architektin als auch den von der E1._____ AG erstellten Installations- und Einlegeplänen seien keine Hinweise auf die Art der Entwässerung des Podestes vor dem Seiteneingang zu entnehmen. Die Entwässerung sei vergessen worden. Es wäre namentlich dem Sanitärplaner obliegen, eine solche zu planen. Der Vorplatz zu den Sporträumen sei daher ohne Entwässerung ausgeführt und betoniert worden. Danach sei namentlich bei Regenwetter ersichtlich geworden, dass aufgrund des fehlerhaften Ausführungsplans des Sanitärplaners der Vorplatz und mithin das Werk mangelhaft gewesen seien.

Die Bauleitung habe den Fehler im Februar 1996 bemerkt. Der Klägerin sei klar gewesen, dass das Podest unverzüglich saniert werden müssen. Ein Abnahmeversuch der Bauherrschaft habe vor der Sanierung nicht stattgefunden. Auch dieser Schaden sei mit dem Hinweis "Bei der Planung ist ein Teil der Kanalisation vergessen worden." am 14. August 1996 bei der Beklagten angezeigt worden. Die Sanierungsarbeiten seien im September 1997 und März 1998 (R6._____ AG) sowie am 30. März 1998 (R7._____ AG) ausgeführt worden. Der Schaden belaufe sich, inklusive noch auszuführende Verkleidungen offener Leitungen, auf CHF 12'419.45. Am 24. August 1998 habe die Abnahme durch die Bauherrschaft stattgefunden (act. 48 S. 110 ff.).

4.1.5. Der Sanitärplaner, die E1._____ AG, hat es sodann gemäss Klägerin auch unterlassen, für die Lichtschächte der Ebene 02 eine Entwässerung vorzusehen. Die Fertigschächte seien daher im Juli 1996 ohne Entwässerung versetzt worden. Der Fehler sei von der Bauleitung am 29. Juli 1996 bemerkt worden, nachdem sie von der R8._____ AG abgemahnt worden sei. Auch hier sei die Sanierung vor einem Abnahmeversuch der Bauherrschaft vorgenommen worden. Bei der Abnahme am 12. September 1997 sei der Mangel behoben gewesen. Die Schadenanzeige an die Beklagte sei am 14. August 1996 erfolgt. Die nachträgliche Sanie-

rung der Schächte habe Kosten von insgesamt CHF 40'089.80 verursacht (act. 48 S. 122 ff.).

4.1.6. Für die Zeit vom 1. Januar 1998 bis zum 31. Dezember 2005 macht die Klägerin sodann 5 % Zins auf den angefallenen Kosten von CHF 593'879.75 geltend. Zudem habe die M._____ AG einen Mehraufwand bei der Bauleitungstätigkeit gehabt, welcher bei einem Stundenansatz von CHF 210.– mit CHF 54'880.20 zu Buche schlage (act. 1 S. 61; act. 48 S. 138 ff.).

4.2. Behauptungen der Beklagten

4.2.1. Die Beklagte hat bestritten, dass F._____ die massgebenden Pläne gemacht und es sich hierbei überhaupt um Ausführungspläne gehandelt habe. Als eigentliche Architektin, welche insbesondere die Gesamtleitung innegehabt habe, müsse die M._____ AG bezeichnet werden. Das Ingenieurbüro O._____ sei nicht von der Klägerin beauftragt worden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass ein Vertrag mit der Bauherrschaft bzw. der M._____ AG bestanden habe. Die E1._____ AG habe zwar das Vorprojekt für die Sanitärplanung und die Ausschreibungsunterlagen erstellt, doch sei der Auftrag dafür nicht von der Klägerin erteilt worden, sondern von der Bauherrschaft oder der M._____ AG.

4.2.2. Beim Vertrag zwischen der P._____ AG und der Klägerin vom 5. April 1995 habe es sich um einen reinen Werkvertrag gehandelt; daran habe auch die von der E1._____ AG, welche von der P._____ AG beigezogen worden sei, zu erbringende Leistung nichts geändert. Ansprüche der Klägerin gegenüber der P._____ AG hätten sich nach Werkvertragsrecht, genauer nach der SIA Norm 118, zu richten; planerische Leistungen von Subplanern wie der E1._____ AG müssten ebenfalls auf dieser Grundlage beurteilt werden. Es handle sich demnach nicht um solche planerische Leistungen, welche von der Versicherungsdeckung umfasst seien. Entscheidend sei zudem, dass im Vertrag vereinbart worden sei, dass in Erweiterung von Art. 25 der SIA Norm 118 der Unternehmer die Masse und Höhenquoten der Ausführungspläne in jedem Fall vor Ausführung der Arbeit auf eigene Verantwortung nachzuprüfen und allfällige Unstimmigkeiten der Bauleitung sofort mitzuteilen habe. Damit habe die P._____ AG die vollumfängliche Verantwortung

für die Leistungen der Subplanerin übernommen. Zudem sei vereinbart worden, dass die vollständigen Ausführungspläne der Bauherrschaft zur Genehmigung vorgelegt würden. Daher hätte die fachkundige Bauherrschaft die vorhandenen Planungslücken erkennen können und müssen. Nachdem das Problem der Führung der Schmutzwasserleitung erkannt worden sei, hätten die Bauherrschaft, die M._____ AG und die Bauleitung das Problem analysieren und lösen sollen; die beiden letzteren seien auch für die Freigabe zuständig gewesen (act. 53 S. 321 f.). Ein grosser Teil des Schadens hätte sich dadurch noch abwenden lassen. Auch bei der Entwässerung der Terrasse Südwest der Ebene 04 hätte eine Neuplanung Schäden weitgehend vermieden. Wiederholt hat die Beklagte sodann geltend gemacht, die Mängel seien auf Projektänderungen und mangelhafte Kommunikation bzw. Koordination zurückzuführen (act. 15 S. 45 ff.).

4.2.3. Am 2. Oktober 1997 sei zwar eine Mängelrüge der Bauherrschaft an die Klägerin gerichtet worden (act. 49/22), doch seien die vorliegend geltend gemachten Mängel nicht enthalten. Unerheblich sei, dass die Klägerin bei ihren Unternehmern und Subplanern den Mangel gerügt habe. Eine Prüfung des Teilwerks sei vorgenommen worden. Entsprechend liege in Anwendung von Art. 163 SIA 118 eine Genehmigung des behaupteten Mangels und damit eine Abnahme vor. Entsprechend hätten die zweijährige Rüge- und die fünfjährige Verjährungsfrist bereits ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen. Die später im Protokoll vom 24. August 1998 erfolgte Aufführung der Kanalisationsleitung im Büro ... als Mangel hätte von der Klägerin zurückgewiesen werden müssen. In Anwendung von Art. 164 Abs. 3 SIA 118 gelte die Teilabnahme als erfolgt, wenn nach Anzeige der Nachbesserung innert Monatsfrist die nochmalige Prüfung des Werks unterblieben sei. Die Klägerin habe nicht geltend gemacht, dass nach dem 24. August 1998 eine erneute Prüfung stattgefunden habe bzw. eine erneute Teilabnahme zurückgestellt worden sei. Das Büro sei offenbar am 1. Juli 1998 in Gebrauch genommen worden, spätestens aber ab behauptetem Mietbeginn per 1. Februar 1999, was der Mangelhaftigkeit entgegenstehe. An diesen Daten sieht die Beklagte den Beginn der Rüge- und Verjährungsfristen, allerspätestens aber am 31. Januar 2000, da die Nachbesserungsfrist am 31. Dezember 1999 abgelaufen sei. Die Verjährungsverzichtserklärung sei bis 31. Januar 2004 befristet. Die Verjäh-

zung sei daher im Verhältnis Klägerin – Bauherrschaft spätestens per 31. Januar 2005 eingetreten (act. 53 S. 92 ff.). Die Beklagte hat zudem die Verjährungseinrede nach Art. 46 VVG und Art. 27 AVB erhoben. Mit der - unbefugten - Vornahme von Nachbesserungsarbeiten habe die Klägerin ihre Haftpflicht anerkannt, wodurch der Fristenlauf ausgelöst worden sei (act. 53 S. 101, 124, 131 und 139; act. 15 S. 37).

4.2.4. Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, sie sei erstmals am 27. Mai 1998 mit den Schadenfällen 3, 4 und 5 konfrontiert worden. Die Schadenanzeige vom August 1996 habe sie nicht erhalten (act. 15 S. 44). Die Klägerin habe die Nachbesserungsarbeiten ohne Zustimmung der Beklagten erbracht und damit gegen die ihr zukommenden versicherungsvertraglichen Obliegenheiten verstossen, weshalb die Versicherungsleistung dahinfalle (act. 15 S. 61, 69 und 75; act. 53 S. 99, 109, 112 und 123, 131 und 139). Wiederholt hat die Beklagte auch darauf hingewiesen, dass die Klägerin Nachbesserungsversuche unternommen habe, ohne dass Mängelrügen und die Geltendmachung von Mängelrechten seitens der Bauherrschaft vorgelegen hätten, weshalb die Bauherrschaft gegenüber der Klägerin keine Mängelbehebung hätte durchsetzen können (act. 53 S. 92, 105, 122, 130 und 137). Die Mietzinsausfälle habe die Bauherrschaft bei der Klägerin nie geltend gemacht, weshalb diese Forderungen im Verhältnis Bauherrschaft – Klägerin verjährt seien (act. 53 S. 114 f.). Beim Bauleitungsaufwand handle es sich nicht um einen von der Bauherrschaft gegenüber der Klägerin geltend gemachten oder bereits vergüteten Anspruch. Er wäre im Verhältnis der Klägerin zur Bauherrschaft verjährt (act. 53 S. 141).

4.3. Würdigung

4.3.1. Vorbemerkungen

Vorab ist bei der Beurteilung dieser wie auch der weiteren Schadenfälle darauf hinzuweisen, dass sich das Gericht nur mit den für den Entscheid relevanten Tat- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen hat. Weder hat es sich mit allen denkbaren Eventualbegründungen zu befassen, noch hat es weitere Parteivorbringen zu prüfen und zu beurteilen, die am Ausgang des Verfahrens nichts ändern (ZR 105

Nr. 10 S. 44). Das Gericht muss darnach trachten, nur diejenigen Tatsachen her- auszugreifen, die von rechtlicher Bedeutung sind (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 156). Fehlt es nur an einer Voraussetzung, welche zur erfolgreichen Geltendmachung eines versicherungsrechtlichen An- spruchs der Klägerin erforderlich ist, so erübrigt es sich grundsätzlich, die weite- ren Voraussetzungen zu prüfen.

4.3.2. Kanalisationsleitung und Entwässerung Terrasse

4.3.2.1. Folgt man der klägerischen Darstellung, so ergingen die massgeblichen Schadenanzeigen an die Beklagte am 14. August 1996 (act. 4/14a und 4/14b). Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits wiederholt – erstmals am 26. Februar 1996 – die E1._____ AG aufgefordert, Sanierungsvorschläge bezüglich der man- gelhaften Kanalisationsleitung vorzulegen. Im Frühling 1997 gingen solche bei der Klägerin ein, wovon der zweite nach externer Überprüfung im Winter 1998 zur Ausführung gelangte. Bezüglich der Terrasse war die fehlende Entwässerung schon im Juni 1995 entdeckt und anschliessend nachgeholt worden. Dieser man- gelhafte erste Nachbesserungsversuch wurde im Juli 1995 bemerkt, der zweite mangelhafte Nachbesserungsversuch im Frühling 1996. Der schriftlichen Rüge an die P._____ AG vom 11. März 1996 waren angeblich mehrere mündliche Rügen vorausgegangen (act. 48 S. 66 f.).

Somit steht fest, dass die Klägerin ihrer Obliegenheit zur ungesäumten Anzeige- erstattung dieser Schadenfälle bei der Beklagten gemäss Art. 16 AVB nicht nach- gekommen ist. Nach Art. 17 Abs. 1 und 2 AVB übernimmt die Versicherung die Behandlung eines Schadenfalls; sie vertritt den Versicherten gegenüber dem Ge- schädigten. Diese Vertretung war vorliegend zumindest solange obsolet, als noch keine Abnahme stattgefunden hatte und die Klägerin bzw. ihre Unterakkordanten sich um die Sanierung der Mängel bemühten. Art. 61 Abs. 1 VVG schreibt nun al- lerdings vor, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des be- fürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Er muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen. Nur wenn der Anspruchsbere- rechtigte den Schadenfall ordnungsgemäss und vollständig angezeigt hat, braucht

der Versicherer nicht noch eigens um die Abgabe von Weisungen angegangen zu werden (VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 18). Da die Schadensmeldung verspätet erfolgte, konnte die Beklagte bis zur Schadensmeldung keine Weisungen erteilen. Der Versicherungsnehmer, welcher schuldhaft die Einholung von Weisungen versäumt, hat insoweit den Schaden selbst verschuldet, als der Versicherer wirksamere Massregeln hätte treffen können (KLINGENBERG, a.a.O., S. 31; Art. 18 Abs. 1 AVB).

Die Beklagte wirft der Klägerin vor, die M._____ AG und die Bauherrschaft wie auch die Bauleitung hätten einen grossen Teil des geltend gemachten Schadens wegen der mangelhaften Kanalisationsführung noch abwenden können, wenn das Betonieren der Decke verschoben, das Problem analysiert und gelöst worden wäre (act. 15 S. 15). Auch bei der fehlenden Terrassenentwässerung hätten bei einer Neuplanung die von der Klägerin geltend gemachten Schäden weitgehend vermieden werden können (act. 15 S. 51). Die Beklagte unterlässt es allerdings, die Problemlösungen aufzuzeigen, welche Schäden weitgehend vermieden hätten, was ihre Sache gewesen wäre (KLINGENBERG, a.a.O., S. 35).

4.3.2.2. Die Klägerin hat in der Replik behauptet, sie habe die Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beklagten ausführen lassen. Deren Vertreter, I._____, habe auf der Baustelle mehrfach einen Rundgang gemacht und sei über den Baufortschritt bzw. über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen stets im Bilde gewesen. Dazu hat sie auf die angeblich detaillierten Ausführungen unter Rz 168 der Replik verwiesen, wo allerdings nur die Schadenanzeige der Klägerin an die Beklagte vom 14. August 1996 erwähnt wird (act. 48 S. 70). Weiter hat die Klägerin ausgeführt, sie habe zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Weise einen Anhaltspunkt von Seiten der Beklagten erhalten, der auf eine Nichtzustimmung zu den Sanierungsmassnahmen hätte schliessen lassen können. Die Sanierungsmassnahmen seien zudem unaufschiebbar erforderlich gewesen, um weitere Schäden am Gebäude zu verhindern (act. 48 S. 493 f.). Unter Hinweis auf diese (bestrittenen) Ausführungen der Klägerin hat das Handelsgericht im Urteil vom 3. Juli 2008 erwogen, die Behauptungen über die Wahrnehmungen I.____s seien gänzlich unsubstantiiert und daher einem Beweisverfahren nicht zugänglich.

Es sei daher davon auszugehen, dass die Klägerin die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beklagten habe vornehmen lassen (act. 62 S. 36).

4.3.2.3. Das Kassationsgericht hat dazu ausgeführt, die Klägerin habe in ihrer Replikschrift in Rz 856-871 sowie bereits in der Klageschrift in Rz 435 f. weitere Ausführungen über die Wahrnehmungen von I._____ gemacht, nämlich über einen Rundgang am 27. August 1998 und dabei 'festgelegte' Schadensfälle. Dazu habe sich das Handelsgericht nicht geäußert. In diesem Versehen liege eine Verletzung des Gehörsanspruchs. Abgesehen davon sei bei den handelsgerichtlichen Erwägungen auch die Rüge der Verletzung der Fragepflicht begründet. Wenn die Klägerin vor Handelsgericht die beklagte Zustimmung zu den Nachbesserungsarbeiten behauptet habe und das Handelsgericht diese Behauptung als gänzlich unsubstantiiert erachtete, hätte es die Klägerin vorab zur Substantiierung auffordern müssen. Im neuen Urteil werde das Handelsgericht daher nicht mehr festhalten dürfen, dass die Ausführungen der Klägerin über die behaupteten Wahrnehmungen I._____'s unsubstantiiert seien, wenn der Klägerin nicht vorgängig Gelegenheit zur Substantiierung geboten würde (act. 67 S. 22-24). Mit Verfügung vom 19. Januar 2010 forderte der Instruktionsrichter die Klägerin auf, ihre Vorbringen im Sinne dieser Erwägungen zu substantiieren (Prot. S. 36).

4.3.2.4. In ihrer entsprechenden Eingabe führt die Klägerin aus, im Bauobjekt hätten ab 27. Mai 1998 sieben gemeinsame Rundgänge, insbesondere mit I._____, stattgefunden. Auch in den Räumlichkeiten der Beklagten habe man sich für gemeinsame Sitzungen getroffen, gesamthaft deren drei. An den Rundgängen sei die Beklagte jeweils über den aktuellen Stand der Mängel und die geplanten Sanierungsarbeiten informiert worden. An den Sitzungen bei der Beklagten seien sowohl die Mängel als auch die erforderlichen Sanierungsmassnahmen und deren Kosten im Einzelnen besprochen worden (act. 73 Rz. 33-35). Diese Ausführungen sind weiterhin gänzlich unsubstantiiert. Es bleibt unklar, anlässlich welchen Treffens über welche Mängel informiert worden sein soll, und wann – anlässlich der Rundgänge – wer wen über welche Sanierungsmassnahmen informierte. Gleiches gilt für die Kostenbesprechungen anlässlich der Sitzungen. Dazu

ist zu sagen, dass die Sanierungen an der Kanalisationsleitung und der Terrasse gemäss Klägerin im Winter 1998/99 stattgefunden haben sollen – die erste Sitzung indes, anlässlich welcher die Kosten besprochen worden sein sollen, fand erst danach, am 19. September 2000 statt (act. 73 Rz. 33). Mit ihren weiteren Behauptungen macht die Klägerin substantiiertere Ausführungen zu drei Rundgängen, darauf ist näher einzugehen.

Der erste Rundgang habe am 27. Mai 1998 stattgefunden. Die Anwesenden, darunter I._____ von der Beklagten, hätten sich geeinigt, sämtliche Schadenfälle zu nummerieren. In diesem Zeitpunkt habe es sich um zwölf Fälle gehandelt, die an diesem Rundgang gemeinsam besichtigt und besprochen worden seien. Die Nummerierung entspricht der, die im Prozess verwendet wird. Man habe sich darauf geeinigt, drei Pilotfälle (Schadenfälle Nr. 5, 6, 7) durchzuziehen. Diese hätten zeigen sollen, wie die übrigen Mängel versicherungsmässig abzuwickeln seien. Im Anschluss an den Rundgang habe die Klägerin der Beklagten eine erste Übersicht über die drei Pilotfälle zukommen lassen. Dem Schreiben seien die Fotos beigelegt gewesen, welche die ausgeführten Sanierungsmassnahmen hätten illustrieren sollen. Der zweite Rundgang habe am 7. September 1998 stattgefunden. Dabei seien vor allem die drei Pilotfälle besprochen worden. Am 17. Februar 1999 sei bei der Klägerin ein Schreiben des Architekten R9._____ eingegangen mit den 'Begutachtungen' der Schadenfälle 6 und 7 und dem Hinweis, dass die Begutachtung des Schadenfalls 5 noch folgen werde. Angesichts dessen mute es etwas seltsam an, wenn die Beklagte den Anschein erwecken wolle, die Beklagte sei nie über Mängel informiert gewesen und die Sanierungen seien eigenmächtig vorgenommen worden. Richtig sei vielmehr, dass die Beklagte fortwährend informiert worden sei, nicht nur über Mängel, sondern auch über die möglichen und notwendigen Sanierungen, die daraus resultierenden Kosten, den Zeitrahmen usw. Ein weiterer Rundgang habe am 26. August 1999 stattgefunden. Dabei habe I._____ eine Stellungnahme hinsichtlich einer allfälligen Schadensbeteiligung der R10._____ Versicherung angekündigt (act. 73 Rz. 40-50). In act. 1 Rz 435 f. und act. 48 Rz 33 f. und Rz 856-871 finden sich keine weitergehenden klägerischen Parteibehauptungen.

4.3.2.5. Die Beklagte hat bereits in den ersten beiden Rechtsschriften geltend gemacht, die Klägerin habe die Nachbesserungen ohne ihre Zustimmung ausgeführt (act. 15 S. 61), und bestritten, dass I._____ über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen im Bilde gewesen sei (act. 53 S. 337). In ihrer Eingabe vom 9. August 2010 hielt sie daran fest (act. 80 Rz. 61-70).

4.3.2.6. Mit Ausnahme der Ausführungen zu den Schadenfällen 5-7, die unter diesem Titel 4. nicht zu thematisieren sind, sind die Behauptungen der Klägerin weiterhin unsubstantiiert. Es bleibt hinsichtlich der Schadenfälle 3 und 4 unklar, wann die Beklagte mit welchen konkreten Sanierungsmassnahmen konfrontiert worden ist und wann sie diesen zugestimmt haben soll. Die klägerische Darstellung erhellt vielmehr, dass man sich hinsichtlich der Sanierungsarbeiten bewusst auf die Abwicklung der Fälle 5-7 fokussiert und die Regelung der Schadenfälle 3 und 4 ausgespart hat. Und selbst wenn die klägerische Darstellung zutreffen würde, dass die Beklagte über die geplanten Sanierungsmassnahmen auch bezüglich der Schadenfälle 3 und 4 orientiert worden wäre, könnte daraus keine Kostengutsprache der Beklagten abgeleitet werden.

4.3.2.7. Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beklagten vornehmen liess. Dadurch hat die Klägerin ihre Verantwortung für die Schadenfälle anerkannt, ohne dass die Beklagte diesem Vorgehen vorgängig zugestimmt hätte, wie dies Art. 17 Abs. 2 AVB vorsieht. Nach Art. 18 Abs. 2 AVB zieht dies den Verlust versicherungsrechtlicher Ansprüche nach sich. Eine Einschränkung besteht nur dann, wenn der Verstoss den Umständen nach als unverschuldet anzusehen ist. Zu denken ist an die Minderung des Schadens unmittelbar nach dem Schadensereignis (vgl. KLINGENBERG, a.a.O., S. 47). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Klägerin umständehalber daran gehindert gewesen wäre, die Zustimmung der Beklagten rechtzeitig einzuholen. Für die geltend gemachten Ansprüche aus den bereits ausgeführten Sanierungen besteht daher keine Versicherungsdeckung.

4.3.3. Tonnendach, Podest und Lichtschächte

Die Klägerin hat bezüglich der Entwässerung des Tonnendachs, des Podestes vor dem Seiteneingang zu den Sporträumen und der Lichtschächte der Ebene 02 ausgeführt, dass seitens der Bauherrschaft keine Mängelrüge erhoben worden sei und wegen der Mängel keine Abnahme stattgefunden habe, bevor die Mängel behoben worden seien. Vom Vorliegen eines Mangels im Rechtssinne kann indessen erst gesprochen werden, wenn das Werk abgeliefert ist. Bis dahin dauert die Herstellung noch an und das Werk wird auch vom Unternehmer selbst als noch unvollendet betrachtet. Vor der Ablieferung – welche mit der Abnahme gleichzusetzen ist (GAUCH, Werkvertrag, N 97) – lösen "Mängel" keine Mängelrechte aus (BGE 117 II 263; KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl. 1995, Rz 37 und 236). Es fragt sich daher, ob die Klägerin Mängelbehebungskosten, die ihr entstanden sind, auf die Beklagte überwälzen kann, ohne dass die Bauherrschaft Nachbesserung verlangt hätte. Die Frage ist zu verneinen. Zwar entstehen die versicherungsvertraglichen Pflichten gemäss Art. 16 AVB nach Eintritt eines Schadenfalles, was keine subjektive Kenntnis der Parteien voraussetzt. Beim Haftpflichtrecht geht es indessen immer um die Verursachung eines Schadens des einen durch einen andern und dann um die Frage, ob der Schaden von diesem andern zu vergüten sei oder nicht (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 3 f.). Solange die Klägerin das mangelhafte Werk oder ein Teil desselben der Bauherrschaft nicht abgeliefert hat, ist dieser kein Schaden entstanden. Somit besteht für die fehlende Entwässerung des Tonnendachs, die nicht geplante Entwässerung des Podestes vor dem Seiteneingang zu den Sporträumen und die fehlende Entwässerung der Lichtschächte der Ebene 02 (vgl. Ziff. IV.4.1.3-4.1.5) auch aus diesem Grunde kein Versicherungsanspruch.

4.3.4. Noch nicht entstandene Kosten

Bezüglich der Kanalisationsleitung im Büro ... hat die Bauherrschaft den Mangel mit Schreiben vom 2. Oktober 1997 an die Klägerin ausdrücklich gerügt (act. 49/22 Ziff. 13), nicht jedoch die fehlende Entwässerung der Terrasse Südwest auf der Ebene 04. Beide Mängel werden im Abnahmeprotokoll vom 24. August 1998 vorbehalten, wobei eine Nachbesserungsfrist bis 31. Dezember 1999 eingeräumt

wurde (act. 49/24). Entgegen der Auffassung der Beklagten gibt es keine Anhaltspunkte, dass am 2. Oktober 1997 eine Teilabnahme erfolgte und die Bauherrschaft auf die Geltendmachung der fehlenden Entwässerung der Terrasse verzichtet hat. Es ist von der Abnahme per 24. August 1998 auszugehen. Wie die Klägerin zutreffend ausgeführt hat, verjähren die Mängelrechte des Bauherrn fünf Jahre nach Abnahme des Werks oder Werkteils. Die Verjährungsverzichtserklärung der Klägerin vom 16. Juli 2002 gegenüber der Bauherrschaft ist bis 31. Januar 2004 befristet (act. 49/25). Allerdings beschränkt die Verjährungsproblematik zwischen Klägerin und Bauherrschaft nur Mängel, welche bis zum Ablauf der Verjährungsfrist noch nicht behoben worden sind. Für solche noch nicht entstandenen Mängelbehebungskosten kann die Klägerin, wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. IV.1.4.1a), ohnehin keine Versicherungsdeckung erhalten.

Das soeben Gesagte gilt für weitere Positionen: Die Klägerin hat nicht behauptet, dass die M._____ AG von ihr die Bezahlung des aufgeführten Mehraufwands von CHF 54'880.20 für Bauleitungstätigkeit eingefordert und sie diesen Betrag bezahlt hätte (act. 48 S. 138 ff.). Sie hat auch nicht behauptet, dass sie der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle und nicht gedeckten Betriebskosten ersetzt hätte. Hat die Klägerin mangels Zahlung keinen Vermögensverlust erlitten, steht dies einem versicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Beklagte entgegen. Dasselbe gilt für Kosten noch ausstehender Sanierungen.

4.3.5. Zusammenfassung

Die Klägerin besitzt somit gestützt auf die Schadenfälle 3 und 4 keine versicherungsrechtlichen Ansprüche gegen die Beklagte. Unter diesen Umständen braucht die Frage der versicherungsrechtlichen Verjährung nicht geprüft zu werden.

5. Kaminschächte und Kältebrücken ("Schadenfall 5")

5.1. Behauptungen der Klägerin

5.1.1. Nach klägerischer Darstellung sah das Bauprojekt diverse Vertikalschächte vor, in denen nebst den Kaminen der Cheminées der Wohnungen auch Sanitärlei-

tungen geführt wurden. Die Architektin habe diese Vertikalschächte geplant und zur Ausführung freigegeben. Der Ingenieur habe auf dieser Basis seine Schaltungspläne erstellt, welche wiederum von der Architektin kontrolliert worden seien. Die R8._____ AG habe die Aussparungen für die Schächte planmässig vorgenommen und die Decken entsprechend betoniert.

In der Baubewilligung sei festgehalten, dass die Installationsschächte und Leitungsdurchführungen gemäss Verfügung der kantonalen Gebäudeversicherung vom 7. November 1977 bzw. 12. März 1984, die Kaminanlagen gemäss den verbindlichen Richtlinien vom 10. Februar 1983 und die lufttechnischen Anlagen gemäss den verbindlichen Richtlinien vom 29. Juli 1982 zu erstellen seien. Diese Bestimmungen verlangten bei Kaminschächten eine Trennung von Kaminteil und Installationsteil. Nach dem Betonieren habe der Baumeister am 27. Februar bzw. 15. März 1996 mit dem Einbau der Kaminelemente für die Cheminées der Wohnungen begonnen. Der Vertreter der Feuerpolizei, ..., habe jedoch bei der Kontrolle der teilweise noch offenen und zum Einbau der Entlüftungs- und Sanitärleitungen bereiten Schächte am 24. Juli 1996 festgestellt, dass bei den Vertikalschächten die durch die feuerpolizeilichen Vorschriften zwingend vorgeschriebene Backsteinabschottung von 10 cm Dicke zwischen den Kaminzügen und den übrigen Leitungen gefehlt habe.

Die von der Architektin zur Ausführung freigegebenen Pläne hätten weder einen Hinweis auf eine derartige Trennung der Schächte zwischen Installationen und Kaminen noch einen Verweis auf einen allfälligen Detailplan enthalten. Die Trennung der Schächte zwischen den Installationen und den Kaminen seien von der Architektin vielmehr schlicht vergessen worden. Deren Ausführungspläne hätten diesbezüglich einen Planungsfehler aufgewiesen.

Es seien umfangreiche Sanierungsmassnahmen erforderlich gewesen, um die Mängel zu beheben. Der nachträgliche Einbau der Backsteinabschottung habe grosse Schwierigkeiten bereitet, weil für den Einbau kein Platz mehr vorhanden gewesen sei. Die Leitungen und Abzüge hätten samt ihren Zuleitungen völlig getrennt und neu gruppiert werden müssen. Die Bauherrschaft sei gezwungen gewesen, die Schachteinteilung von Grund auf neu planen zu lassen. Zudem habe

man auch die zu knappen Schachtseitenwände ändern müssen. Die bereits erstellten Schachtrück- oder Schachtseitenwände hätten teilweise abgebrochen und Bodenaussparungen vergrössert oder verschoben werden müssen. Bereits in Beton eingelegte Leitungen habe man verlegen müssen. Es habe Bauverzögerungen und Verzögerungen beim Bezug der Wohnungen gegeben (act. 48 S. 146 ff.).

Der Klägerin und der Bauleitung sei klar gewesen, dass die Sanierung der Vertikalschächte unverzüglich in Angriff genommen werden musste, weil ansonsten die Bauarbeiten nicht hätten weitergeführt werden können. Noch bevor überhaupt ein Abnahmeversuch durch die Bauherrschaft stattgefunden habe, seien Sanierungsmassnahmen zur Verbesserung der Vertikalschächte eingeleitet worden. Eine Rüge der Bauherrschaft sei daher nicht erforderlich gewesen. Am 27. Januar 1997 habe die Klägerin bei der Architektin die festgestellten Mängel gerügt und den daraus entstandenen Schaden geltend gemacht. Nachdem die Sanierung der Vertikalschächte ausgeführt und die Backsteinabschottung eingebaut worden sei, sei der Werkteil Vertikalschächte von der kantonalen Feuerpolizei und der Bauleitung abgenommen worden. Die Bauherrschaft sei zu keinem Zeitpunkt involviert gewesen. Die Klägerin mache ausschliesslich den Verzögerungsschaden und die Mehrkosten aus der Sanierung der Vertikalschächte geltend (act. 48 S. 151 ff.).

Die versicherungsrechtlich relevante Schadenanzeige durch die Klägerin an die Beklagte sei am 10. März 1997 erfolgt. Am 28. August 1998 seien die ersten Kostenzusammenstellungen an die Beklagte zugestellt worden (act. 48 S. 154).

5.1.2. Die Klägerin wirft der Architektin weiter vor, keine Hinweise auf Schleppungen der Kaminzüge in den Wohnungen ... und ... gemacht zu haben. Sie habe in den Grundriss-Ausführungsplänen vorgesehen, dass bei den Wohnungen ... bis ... sowie ... und ... die Kaminzüge an den Aussenwänden zu erstellen und jeweils auf der darüber liegenden Terrasse fortzusetzen seien. Um eine Kollision mit den auf der Terrasse geplanten Brüstungen und Balustraden zu verhindern, hätten die Kaminzüge um ein bestimmtes Mass von der Fassade weggezogen bzw. geschleppt werden müssen. Die Schleppung werde dabei mit einem speziellen keilförmigen Kaminzwischenstück erreicht, welches dem Kaminzug eine Richtungsänderung um wenige Grade gebe. In den Ausführungsplänen der Architektin hät-

ten Hinweise auf Schleppungen oder auf einen Detailplan zu solchen gefehlt. Die Architektin habe die Ausführungspläne freigegeben. Der Baumeister habe gemäss diesen Vorgaben die Kaminzüge ab 15. März 1996 ohne Schleppungen erstellt. Er habe die Kaminzüge senkrecht auf die Terrassen geführt. Bei der Erstellung des Auflagers für die Brüstungen und Balustraden habe sich dann gezeigt, dass der Trägerriegel aufgrund des fehlenden Platzes nicht erstellt werden können. Die bereits erstellten Kaminaufbauten über Dach und die Kaminzüge in der jeweiligen darunter liegenden Wohnung hätten aufgrund der fehlenden Schleppungen abgebrochen und wieder neu aufgebaut werden müssen (act. 48 S. 155 ff.).

Die fehlenden Schleppungen seien im April 1996 von der Bauleitung bemerkt worden. Ein Abnahmeversuch durch die Bauherrschaft habe nicht stattgefunden und eine Rüge ihrerseits sei nicht erforderlich gewesen. Am 27. Januar 1997 habe die Klägerin die Mängel bei der Architektin gerügt. Nach Behebung der Mängel an den Kaminzügen – welche offenbar im Wesentlichen bis März 1997 erfolgte (act. 48 S. 162 ff.) – habe die Bauherrschaft am 29. September 1998 den bis 31. Dezember 1997 entstandenen Verzögerungsschaden geltend gemacht. Die Klägerin selbst mache vorliegend ausschliesslich den Verzögerungsschaden und die Mehrkosten aus der Sanierung der Kaminzüge geltend (act. 48 S. 158 ff.).

Auch hier sei die Schadenanzeige an die Beklagte am 10. März 1997 erfolgt (act. 48 S. 161).

5.1.3. Die Vertikalschächte fanden gemäss Klägerin ihren Abschluss jeweils in einer Dachaufbaute über der entsprechenden Terrasse. Diese Dachaufbauten habe die Architektin geplant und zur Ausführung freigegeben. In den Dachaufbauten seien jedoch Kältebrücken eingebaut gewesen. Das Schachtmauerwerk stehe ohne Isolation direkt auf dem Betonboden unter der Terrassenkonstruktion. Diese enthalte eine Wärmedämmung, weshalb der Betonboden unter der Terrassenkonstruktion isoliert sei und daher auf der warmen Seite der Gebäudehülle liege. Nach der Ausführung habe die Bauleitung im Oktober 1996 die Kältebrücken festgestellt. Die Dachaufbauten hätten abgebrochen und gestützt auf neue Pläne wieder aufgebaut werden müssen. Die Arbeiten seien zwischen Oktober 1996

und Januar 1997 erfolgt. Am 27. Januar 1997 habe die Klägerin bei der Architektin die festgestellten Mängel gerügt und den daraus entstandenen Schaden geltend gemacht. Die Schadenanzeige an die Beklagte sei am 10. März 1997 erfolgt. Die Sanierung habe stattgefunden, bevor überhaupt ein Abnahmeversuch durch die Bauherrschaft stattgefunden habe, weshalb auch keine Rüge der Bauherrschaft erforderlich gewesen sei. Geltend gemacht werde vorliegend einzig der Verzögerungsschaden und die Mehrkosten aus der Sanierung (act. 48 S. 185 ff.).

Kältebrücken habe es wegen der mangelhaften Planung durch die Architektin auch bei Liftüberfahrten gegeben. Die Liftschächte hätten die Terrasse der Ebene 09 des Gebäudes C.____-Strasse Nr. 5 bzw. der Ebene 07 des Gebäudes C.____-Strasse Nr. 1 überragt. Dabei habe sich die gleiche Kältebrücken-Problematik wie bei den Dachaufbauten für die Kaminschächte ergeben (act. 48 S. 207 ff.). Für alles weitere (Ausführung, Sanierung, Rüge, Mängelanzeige, Schaden) kann auf das zu den Kältebrücken bei den Vertikalschächten Gesagte verwiesen werden.

Eine dritte Kategorie von Kältebrücken beschreibt die Klägerin beim Balustraden-aufbau. Die Architektin habe auf der Terrasse der Ebene 04 einen nicht isolierten und zu schmalen Betonriegel unter dem Fusslauf der Balustraden geplant. Der Ingenieur habe dies in die Schalungspläne übernommen, welche die Architektin kontrolliert habe. Der von der Architektin geplante Aufbau sei fehlerhaft gewesen. Auch hier kann betreffend Ausführung, Sanierung, Rüge, Mängelanzeige bei der Beklagten und Schaden auf das zu den Kältebrücken bei den Vertikalschächten Gesagte verwiesen werden. Im Unterschied zu jenen Kältebrücken fand die Sanierung aber angeblich später, nämlich zwischen dem 6. März 1998 dem 17. April 1998 statt (act. 48 S. 223 ff.).

Die vergessene Planung der Backsteinabschottungen in den Vertikalschächten und die vergessene Schleppung der Kaminzüge sowie die beschriebenen Kältebrücken zogen gemäss Klägerin Kosten von gesamthaft CHF 1'035'012.– nach sich (act. 48 S. 238).

5.2. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte hat wiederum bestritten, dass F._____ die massgebliche Planerin gewesen sei. Sie sei nur fallweise von der M._____ AG beigezogen worden. Es habe sich nur um Rohbaupläne im Entwurfstadium gehandelt. Die Mängel hätten sich vermeiden lassen, wenn die M._____ AG und die Bauherrschaft von Anfang an eine vollständige Planung in Auftrag gegeben hätten.

Statt der Schleppung der Kaminzüge hätte man auch die Brüstungen unterbrechen können. Bei der Schleppung handle es sich um eine Luxuslösung. Die Schadenanzeige an die Beklagte vom 10. März 1997 (act. 4/101) habe die M._____ AG und nicht die Klägerin gemacht. Aus der Schadenanzeige ergäben sich die Rollen der M._____ AG als Gesamtleiterin und von J._____ in seiner Doppelfunktion als Architekt und Vertreter der Bauherrschaft deutlich. Es werde darin ausgeführt, dass J._____ im Augenblick mit der Fertigstellung des Baus sehr beschäftigt sei. Die M._____ AG bezeichne sich also als zuständige Architektin. Die Klägerin habe mit der Ausführung der Nachbesserungsarbeiten nicht zugewartet, bis das Einverständnis der Beklagten vorgelegen hätte. Die Versicherungsleistung falle daher dahin.

Bei den Kältebrücken wäre es möglich gewesen, eine Isolation nachträglich vorzunehmen, ohne dass Abbrüche erforderlich gewesen wären. F._____ habe den Aufbau des Liftschachts mit einer Kältebrücke im Bereich des Balustradenaufbaus und den nicht isolierten Betonriegel nicht geplant. Die M._____ AG und die Bauherrschaft hätten die fehlende Isolation in den Plänen und während der Bauausführung bemerken müssen. Der geltend gemachte Schaden hätte sich vermeiden lassen, wenn die M._____ AG, die Bauherrschaft und die N._____ für eine vollständige Planung besorgt gewesen wären.

Bei ihrer Schadensberechnung habe die Klägerin diejenigen Kosten, welche ohnehin entstanden wären, nicht abgezogen. Die Bauherrschaft habe die Mängel nicht rechtzeitig gerügt. Zudem hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass zwischen den Parteien ein Selbstbehalt der Klägerin von CHF 20'000.– pro Scha-

denereignis vereinbart worden sei und jeder geltend gemachte Bautenschaden ein Schadenereignis darstelle (act. 15 S. 77 ff.).

Es müsse, so die Beklagte in der Duplik, von einer Ingebrauchnahme und Abnahme des ganzen Gebäudes per 15. Dezember 1996, spätestens per 1. März 1997 ausgegangen werden. Die Rüge- und Verjährungsfrist habe zu diesem Zeitpunkt begonnen. Entsprechend sei die Verjährung – mit Ausnahme der geltend gemachten Zinsen, welche aber jeglicher Grundlage entbehrten (act. 48 S. 186) – fünf Jahre später eingetreten. Die Verjährungsverzichtserklärung der Klägerin vom 16. Juli 2002 sei daher bedeutungslos. Die Schadenanzeige an die Beklagte sei verspätet und zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Klägerin die Regulierung des Schadens bereits eigenmächtig vorgenommen gehabt habe. Versicherungsrechtlich seien die Ansprüche verjährt. Die Bauherrschaft habe die Mietzinsausfälle gegenüber der Klägerin nie geltend gemacht bzw. weiter verfolgt. (act. 53 S. 146 ff.).

5.3. Würdigung

5.3.1. Die Klägerin sieht beim Schadenfall 5 die Grundlage für einen versicherungsrechtlichen Anspruch einzig in Planungsfehlern, welche die Architektin F._____ begangen haben soll. Da aber, wie unter Ziff. IV.3.5 dargelegt, weder von einer Vertragsübernahme noch von einem Auftragsverhältnis der Klägerin hinsichtlich F._____ auszugehen ist, fehlt es an einer Haftung der Klägerin für F._____, so dass von vornherein kein versicherungsrechtlicher Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte besteht.

5.3.2. Die hier zu beurteilenden Mängel wurden allesamt von der Klägerin bzw. ihren Unterakkordanten beseitigt, bevor seitens der Bauherrschaft eine Mängelrüge erhoben worden war. Es gilt daher das unter Ziff. IV.4.3.3 Gesagte, weshalb auch aus diesem Grund keine Versicherungsdeckung gegeben ist.

5.3.3. Mit Ausnahme der Kältebrücken beim Balustradenaufbau (vgl. act. 67 E. 18) erfolgte die Schadenanzeige an die Beklagte zu einem Zeitpunkt, als die Sanierungsarbeiten bereits durchgeführt waren. Somit hat die Klägerin diese Sanierungen eigenmächtig durchgeführt, weshalb die Beklagte diesbezüglich zu Recht das eigenmächtige Vorgehen der Klägerin rügt, was den Verlust versicherungsrechtlicher Ansprüche nach sich zieht (Art. 18 Abs. 2 AVB; vgl. Ziff. IV.4.3.2.7).

5.3.4. Die Mietzinsausfälle hat die Bauherrschaft zwar mit Schreiben vom 24. September 1998 bei der Klägerin geltend gemacht (act. 49/55). Die Klägerin behauptet aber nicht, diese Forderung beglichen zu haben, weshalb ihr kein Versicherungsanspruch auf Erstattung zusteht (vgl. Ziff. IV.1.4.1a). Angesichts der bis 31. Januar 2004 befristeten Verjährungsverzichtserklärung der Klägerin (act. 49/25) ist zudem die Verjährung zwischen der Klägerin und der Bauherrschaft eingetreten (zur Bedeutung der Verjährungsverzichtserklärung s. hinten Ziff. IV.7.3.4).

5.3.5. Eine weitere Schadensposition von CHF 41'359.50 macht die Klägerin für die Zusammenstellung der einzelnen Schadenspositionen und die Instruktion des

Rechtsvertreter durch die M._____ AG geltend (act. 1 S. 119 ff.). Die Beklagte hat in der Klageantwort nicht nur die mangelhafte Substantiierung dieses Anspruchs gerügt, sondern auch vorgetragen, dass diese Kosten nicht von der gesetzlichen Haftpflicht im Verhältnis der Klägerin zur Bauherrschaft umfasst seien. Die Klägerin unterlasse es, weitere Anspruchsgrundlagen für diese Kosten aufzuführen. Es handle sich um Leistungen, welche die Klägerin selber hätte vornehmen müssen (act. 15 S. 98). In der Replik hat die Klägerin ihre Darstellung nicht ergänzt (act. 48 S. 119 ff. und S. 576).

Die Zusprechung dieser Schadensposition muss aus mehreren Gründen scheitern. Vorab blieb gänzlich unsubstantiiert, wer seitens der M._____ AG welche Tätigkeiten in den über 196 Arbeitsstunden erbracht haben will, so dass die Behauptungen der Klägerin einem Beweisverfahren nicht zugänglich sind und auch nicht überprüft werden kann, ob die Aufwendungen geboten waren (vgl. SCHNYDER/WEBER [Hrsg.], VVG Totalrevision, Zürich 2006, Seite 237). Sodann unterlässt es die Klägerin darzulegen, inwiefern sie als Versicherungsnehmerin überhaupt einen Schaden durch Aufwendungen einer Drittperson, der M._____ AG, erlitten hat. Sie behauptet weder, der M._____ AG diese Kosten ersetzt zu haben, noch bringt sie vor, von dieser belangt worden zu sein. Selbst wenn die Klägerin die M._____ AG mit den Schadensermittlungen beauftragt und ihr die Kosten dafür ersetzt hätte, wäre nicht ersichtlich, gestützt auf welche vertragliche oder gesetzliche Bestimmung die Beklagte diese Kosten übernehmen müsste. Art. 67 VVG, in dessen Absatz 5 eine hälftige Kostenübernahme der Parteien vorgesehen ist, geht davon aus, dass die Schadensermittlung von beiden Parteien gemeinsam vorgenommen wird oder sich eine Partei der Aufforderung der andern zur Mitwirkung bei der Feststellung des Schadens widersetzt hat. Die Klägerin macht nicht geltend, dieses Prozedere eingeschlagen zu haben. Unterliegt die Klägerin beim Hauptanspruch, besteht auch keine prozessrechtliche Grundlage, die Beklagte zu Kostenersatz zu verpflichten.

6. Balustradenaufleger, Fugenausgestaltung, Abdichtungen ("Schadenfall 8")

6.1. Behauptungen der Klägerin

Die unter diesem Schadenfall dargestellten Mängel wurden gemäss Klägerin bis anhin nicht behoben. Die Sanierung der aus den falsch geplanten Balustradenauflegern, der Fugenausgestaltung und den Abdichtungsarbeiten bei Kunststeinelementen sowie den falsch geplanten Abdichtungsarbeiten entstandenen Schäden sei – so die Klägerin – aufgrund der Komplexität und weil vorab festgestellt werden sollte, wer für die eingetretenen Schäden verantwortlich sei, bzw. wer die Kosten für die Sanierung zu tragen habe, nicht ausgeführt worden. Die Sanierung und die geltend gemachten Kosten zur Behebung der aufgrund der mangelhaften Planung der Architektin entstandenen Mängel seien unausweichlich, um weitere, erhebliche Schäden zu vermeiden. Die bestehenden Mängel führten dazu, dass Wasser hinter den Fassadenverputz eindringe und zu Abplatzungen desselben bzw. wegen der Feuchtigkeit zur Beschädigung des Mauerwerks und mithin der Bausubstanz führe (act. 48 S. 239 f.).

Die Klägerin hat weiter ausgeführt, dass bislang keine Gesamtabnahme des Gebäudes oder eine Teilabnahme der Balustraden und Brüstungen stattgefunden habe. Die Mangelhaftigkeit der Auflager sei durch die Projektleitung C._____ in den im Auftrag der Klägerin erstellten Abnahmeprotokollen vom 15. August 1998, 3. September 1998, 15. Oktober 1998, 12. November 1998 und 19. April 1999 festgehalten worden. An eine Abnahme der Kunststeinbalustraden und -brüstungen durch die Bauherrschaft sei daher ohne Sanierung nicht zu denken. Mit Schreiben der Bauherrschaft an die Klägerin vom 5. Oktober 1998 sei letztere aufgefordert worden, die aufgrund der fehlerhaften Planung der Architektin entstandenen Mängel im Bereich der Kunststeinbalustraden und -brüstungen zu beheben. Die Bauherrschaft habe in diesem Schreiben auch angekündigt, dass sie bestimmte Zahlungen an die Klägerin bis zur Behebung der aufgetretenen Mängel zurückbehalten werde. Die Abnahme sei aufgrund der wesentlichen Mängel im Sinne von Art. 161 SIA 118 zurückgestellt und der Klägerin Frist zur Mängelbehebung angesetzt worden. Damit seien die Mängelrechte rechtzeitig geltend ge-

macht worden. Eine Verjährung der Mängelrechte sei nicht eingetreten, weil noch keine Abnahme stattgefunden und die Klägerin zudem am 16. Juli 2002 gegenüber der Bauherrschaft eine Verjährungsverzichtserklärung abgegeben habe. Die versicherungsrelevante Schadenanzeige an die Beklagte sei mit Schreiben vom 13. März 1998 erfolgt (act. 48 S. 253 ff.). Auch die Abnahme des Werkteils Aufbordungen/Fassade habe wegen Mängel nicht stattgefunden, weshalb eine Rüge der Bauherrschaft nicht erforderlich gewesen sei. Vielmehr sei die Abnahme durch die Bauherrschaft zurückgestellt worden (act. 48 S. 262). Hier sei die Schadenanzeige an die Beklagte mit Schreiben vom 2. Dezember 1999 erfolgt (act. 48 S. 264).

Zur Abklärung der Verantwortlichkeiten von allen möglichen Beteiligten, darunter auch die Beklagte, sei mit Vereinbarung vom 8. Juni 2001 der Experte S._____ mit der Ausarbeitung eines Gutachtens beauftragt worden. Das Gutachten datiere vom 21. Mai 2002. In der Vereinbarung sei festgehalten, dass die tatbeständlichen technischen Feststellungen und Beurteilungen des Gutachters in ihrer Verbindlichkeit denjenigen einer vom Gericht angeordneten Beweiserhebung entsprechen. Der Gutachter habe in Bezug auf die Planung und Ausführung der Balustraden und Brüstungen festgehalten, dass es bei der ausgeführten Mörteldicke praktisch unmöglich sei, eine direkte und hohlraumfreie Mörtelverbindung zwischen Untergrund und Fussplatte zu erreichen. Die Architektin habe keine Detailpläne erstellt, welche als bereinigte Ausführungspläne bezeichnet werden könnten (act. 48 S. 265 ff.). Das Gutachten enthalte im Anhang eine Kostenschätzung der M._____ AG, welche vom Gutachter überprüft und als zutreffend genehmigt worden sei. Diese Kostenzusammenstellung sei daher für die Parteien verbindlich. Die Kosten würden sich gemäss dieser Aufstellung im Anhang des Gutachtens gesamthaft auf CHF 5'057'457.50 belaufen (act. 48 S. 272). Darin seien tatsächlich entstandene Kosten von CHF 944'359.70 enthalten. Unter Berücksichtigung der bis 31. Dezember 2005 aufgelaufenen Zinsen auf den bisher entstandenen Kosten ergebe sich ein Anspruch aus dem Schadenfall 8 und den Abdichtungsarbeiten von CHF 5'246'329.45 (act. 48 S. 318 f.).

6.2. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte hat u.a. bestritten, dass es sich bei den Plänen um Ausführungspläne handle; vielmehr seien es Detailskizzen gewesen, deren Freigabe hinsichtlich der Ausfertigung von Ausführungsplänen im Verantwortungsbereich der Gesamtleitung, M._____ AG, und der Bauleitung gelegen habe. Die M._____ AG habe beinahe ein Jahr vor Versetzung der Kunststeinbrüstungen und -balustraden das Auftragsverhältnis mit F._____ beendet gehabt. Diese habe daher aufgrund ihrer Prinzipienskizzen keinerlei Einfluss auf die Ausführung nehmen können und als Hilfsperson der Gesamtleitung, welche durch die M._____ AG wahrgenommen worden sei, auch keine Prüfungs- oder Abmahnungspflicht bezüglich der Ausführung der Versetzarbeiten gehabt (act. 15 S. 101 ff.). Die notwendigen Ausführungspläne seien nicht erstellt worden (act. 48 S. 108).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sich die Klägerin, die betroffene Unternehmerin und weitere potenzielle Haftungsadressaten zusammen mit ihren Betriebshaftpflichtversicherungen am 8. Juni 2001 einigten, eine umfassende technische Abklärung durch S._____ vornehmen zu lassen. Unrichtig sei das Gutachten dort, wo die Mitverantwortung F._____s im Umfang von 10 % festgehalten werde (act. 15 S. 109 f.). Der Gutachter habe nämlich selbst ausgeführt, dass keine umfassende Planbearbeitung durch F._____ nach Kategorie VI mit dem entsprechenden Schwierigkeitsgrad vorliege, dass der Stundenansatz für F._____ klar gegen eine solche Beauftragung spreche, welcher höchstens dem Honorar eines Zeichners entspreche und dass bei der Planung durch die Bauherrschaft und die sie vertretende Gesamtleitung offensichtlich gespart worden sei, so dass der Ruf nach (Ausführungs-)Plänen ein häufiger Eintrag im Baujournal der Bauleitung gewesen sei. Zudem habe der Gutachter klar und unmissverständlich festgehalten, dass für ihn die Frage der Verantwortung für die Planung, speziell für die Qualität und den Detaillierungsgrad der Baupläne, nicht beantwortbar sei. Bei der Kostenaufstellung handle es sich um eine provisorische Kostenschätzung, welche in keinem Fall den rechtsgenügenden Nachweis der tatsächlichen Sanierungskosten zu erbringen vermöge. Das Quantitativ werde daher bestritten (act. 15 S. 114 f.). Soweit Nachbesserungen bereits erfolgt bzw. Schadenersatzansprüche beglichen

worden seien, seien diese ohne Zustimmung der Beklagten erfolgt, weshalb die Versicherungsleistung dahinfalle (act. 15 S. 122, 197 und 207; act. 53 S. 221).

Weiter hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 161 Abs. 2 SIA 118 der Bauherr beim Zurückstellen einer Abnahme verpflichtet sei, dem Unternehmer ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel anzusetzen. Seit der Teilabnahme vom 3. September 1998 sei dies jedoch nicht mehr der Fall gewesen. Auch könne keine nochmalige Prüfung des Werkes ausgemacht werden (Art. 164 SIA 118). Mithin sei trotz allfälliger Mängel von einer Abnahme des Werkes nach der letzten Teilabnahme spätestens im April 1999 auszugehen. Es widerspreche auch den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers, die Abnahme auf ungewisse Zeit hinauszuschieben. Genau dies sei aber vorliegend das Bestreben der Klägerin, wobei die Abnahme bislang um bereits mehr als zehn Jahre hinausgeschoben worden sein soll (act. 53 S. 200 f.). Im Verhältnis Klägerin – Bauherrschaft sei die Verjährung spätestens per 20. April 2004 eingetreten (act. 53 S. 205). Das Schreiben der Bauherrschaft vom 5. Oktober 1998 (act. 49/81) genüge den Anforderungen an eine Mängelrüge nicht (act. 53 S. 201).

6.3. Würdigung

6.3.1. Da die Klägerin ihren Versicherungsanspruch auch bei diesen Mängeln einzig auf Planungsfehler von F._____ zurückführt, gilt zunächst das unter Ziff. IV.3.5 Gesagte. Eine Haftung der Klägerin für solche Planungsfehler ist nicht rechtsgenügend dargelegt.

6.3.2. Mutmassliche Kosten für noch nicht ausgeführte Mängelbehebungen lösen keinen Versicherungsanspruch aus, wie bereits früher ausgeführt worden ist (Ziff. IV.1.4.1a). Wäre die Sanierung der behaupteten Mängel unausweichlich, so wäre zu erwarten, dass die Bauherrschaft das in den SIA 118-Normen vorgesehene Prozedere durchführen und bei Ausbleiben der Mängelbehebung gegen die Klägerin als Generalunternehmerin klageweise vorgehen würde. Wollte sich die Bauherrschaft unter Rückbehalt eines Teils des Werklohns mit dem Ist-Zustand abfinden (vgl. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA 118) – was die Klägerin allerdings nicht

behauptet – so wäre es an ihr, unter Einbezug der Beklagten den Prozessweg gegen die Bauherrschaft zu beschreiten.

6.3.3. In der Vereinbarung zum Gutachtensauftrag haben die Beteiligten festgehalten, dass die tatbeständlichen technischen Feststellungen und Beurteilungen des Gutachters in ihrer Verbindlichkeit denjenigen einer gerichtlich angeordneten Beweiserhebung entsprechen. Der Gutachter hatte bei der Ausarbeitung des Gutachtens u.a. die bereits erfolgten Nachbesserungsarbeiten zu berücksichtigen. Im Fragenkatalog lautete die Frage 3 lit. K: "Wie beurteilt der Gutachter die Schätzungen der M._____ AG über die mit diesen Sanierungsmassnahmen und der Beseitigung bereits eingetretener Mängelfolgeschäden verbundenen Kosten?" (act. 4/154 S. 2 und 4). Zu den Sanierungskosten führte der Gutachter aus, dass die von der M._____ AG erarbeitete Kostenschätzung im Anschluss an die Orientierungssitzung vom 7. Februar 2002 in ... ergänzt worden sei. Die Preise basierten auf Offerten, Abrechnungen und Erfahrungswerten. Herr S1._____, freier Mitarbeiter der S._____ ... AG, habe die Ausmasse und Einheitspreise überprüft. Die Sanierungskosten inkl. sämtlicher Nebenkosten würden sich auf CHF 5'057'457.50 belaufen. Für eine detaillierte Kostenerfassung werde das Vorgehen gemäss Anhang 40 "Empfehlung für das weitere Vorgehen" vom 7. Februar 2002 empfohlen (act. 4/152 S. 19).

6.3.4. Vom Wortlaut der Vereinbarung her ist die Kostenschätzung der M._____ AG nicht verbindlich. Es handelt sich dabei nicht um tatbeständliche technische Feststellungen und auch nicht um tatbeständliche technische Beurteilungen. „Schätzen“ bedeutet ohne exaktes Messen, nur auf Erfahrung gestützt, näherungsweise Bestimmen (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 4. Aufl., Mannheim 2001). Wären die "Beurteilungen" umfassend zu verstehen, würde die Einschränkung bei den Feststellungen auf das tatbeständliche Technische keinen Sinn machen. Der Gutachter hat die Kostenschätzung durch eine Partei des Gutachtensauftrags vornehmen lassen, was der gewünschten Neutralität des Gutachtens widerspricht (act. 4/154 S. 2). Er liess durch S1._____ offensichtlich nur einen Teil der Kostenschätzung überprüfen, nämlich die Ausmasse und Einheitspreise. Zudem geht der Gutachter selber nicht von der Verbindlichkeit der Kos-

tenschätzung aus, wenn er eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgibt. Die Klägerin kann daher die Beklagte nicht auf dieser Kostenzusammenstellung be-
haften.

Die angeblich bisher aufgelaufenen Kosten sind mangelhaft substantiiert worden (vgl. act. 53 S. 408 f.). Aus der Tabelle act. 48 S. 272 ff. ist nicht nachvollziehbar, welche Schäden welche Massnahmen erforderten, deren Kosten die Klägerin zu tragen hatte. Diese hat auch nicht dargelegt, dass sie die einzelnen Schäden jeweils der Beklagten vorab angezeigt hat und die allenfalls eingeleiteten Massnahmen mit deren Zustimmung vornehmen liess. Die Klägerin hat lediglich behauptet, es hätten ein reger Austausch zwischen der Klägerin und der Beklagten über die aufgetretenen Schäden und mehrfache Rundgänge von I._____ auf der Baustelle stattgefunden (act. 48 S. 628). Weshalb sie daraus auf eine Zustimmung der Beklagten schliesst, ist nicht ersichtlich, wobei die Behauptungen der Klägerin ohnehin gänzlich unsubstantiiert sind. So bleibt insbesondere offen, wer seitens der Parteien worüber und mit welchem Inhalt verhandelte und welche Massnahmen I._____ wann zur Kenntnis genommen haben soll. Auch ist unklar, welche Massnahmen derart dringend waren, dass die Zustimmung der Beklagten nicht rechtzeitig hätte eingeholt werden können (act. 48 S. 628).

Die geltend gemachten Inkonvenienzentschädigungen für Mieter sind ungenügend substantiiert, worauf die Beklagte schon in der Klageantwort wiederholt hingewiesen hatte (act. 15 S. 116 ff.). Solche Inkonvenienzentschädigungen hätten die Mieter bei der Vermieterschaft einfordern müssen. Ob sie dies getan haben und die Vermieterschaft wiederum die Klägerin belangt hat, steht nicht fest. Wäre dies der Fall gewesen, hätte die Klägerin gestützt auf Art. 9 lit. a AVB die Versicherungsleistungen der Beklagten, die in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche bestehen, anfordern müssen. Keinesfalls hätte sie die Forderungen der Vermieterschaft oder einzelner Mieter ohne Zustimmung der Beklagten abfinden dürfen. Hat dies die Klägerin getan, entfällt ein Versicherungsschutz gestützt auf Art. 18 Abs. 2 AVB von vornherein. Das gleiche gilt für Sanierungsmassnahmen, welche die Klägerin eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beklagten, durchführen liess.

6.3.5. Wiederum kann offen bleiben, ob die geltend gemachten Ansprüche versicherungsrechtlich verjährt wären.

6.3.6. Gemäss Art. 161 Abs. 1 SIA 118 kann das Werk oder der Werkteil dem Bauherrn in gegenseitigem Einverständnis zum Weiterbauen oder zur Ingebrauchnahme überlassen werden, wenn sich bei der gemeinsamen Prüfung wesentliche Mängel zeigen; die Abnahme wird zurückgestellt. Die einverständliche Gebrauchsüberlassung bewirkt also keine Abnahme des an einem wesentlichen Mangel leidenden Werkes oder Werkteils (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 1991, Art. 161 N 6; *ders.*, Werkvertrag, N 2617). Die Verjährung der Mängelrechte des Bauherrn knüpfen an die Abnahme des Werkes oder Werkteils an (Art. 180 Abs. 1 SIA 118). Die Verzögerung der Abnahme bewirkt, dass der Gefahrenübergang sowie der Beginn der Garantiefrist und der Verjährung für Mängelrechte zum Nachteil des Unternehmers hinausgeschoben werden (GAUCH, Werkvertrag, N 2619; ZR 36 Nr. 186). Die Bauherrschaft hatte der Klägerin mit Schreiben vom 3. Oktober 1998 eine Nachfrist bis zum 31. Dezember 1998 angesetzt, um „Mangelhafte Kunststeinarbeiten (alle Terrassen, Balustraden, Säulen, Fugen Oberflächen, Wassernasen, ungenaues Versetzen, zahlreiche Beschädigungen, Rollladenblenden ...)“ zu erledigen, und die Abnahme ausdrücklich zurückgestellt (act. 49/81). Die Klägerin könnte sich daher gegenüber der Bauherrschaft nicht auf den Eintritt der Verjährung bezüglich Ansprüchen aus diesen Mängelrechten berufen.

7. Rollladenkästen und -deckel sowie Sturzdetaills ("Schadenfälle 14 und 17")

7.1. Behauptungen der Klägerin

Nach klägerischer Darstellung wurden am Bau 300 Fenster und Balkontüren eingesetzt, wobei alle – mit Ausnahme der Treppenhausfenster – mit Holzrollläden zu versehen gewesen seien. Diese seien in Rollladenkästen im Mauerwerk über den Fenstern bzw. Balkontüren untergebracht. Durch abmontierbare Deckel im Gebäudeinnern könnten die Rollläden in den Kästen montiert und gewartet werden. Die Architektin habe die Detailpläne aller Rollladenkästen und -deckel erstellt. Sie habe dabei die besonderen Vorgaben des Schallschutznachweises vom

29. November bzw. 17. Dezember 1993 und der SIA Norm 181 (Schalldämmwert entlang der C.____-Strasse von mindestens R'_w 40 dB) zu beachten gehabt. Bei besonderen Anforderungen an den Schallschutz hätte die Architektin der Bauherrschaft den Beizug eines Spezialisten beantragen müssen, was sie aber nicht getan habe. Sie habe die Art und den Typ des Rollladenkastendeckels bestimmt. Die Rollladenkästen seien von der S2.____ AG in der Zeit vom 9. August 1996 bis 12. Juli 1997 ausgeführt worden. Nach Fertigstellung bzw. bei der Abnahme der Fenster und Rollläden sei festgestellt worden, dass die meisten Fassadenöffnungen ungenügende Schalldämmwerte aufwiesen. Mit der gewählten Konstruktion der Deckel könnten die verlangten Schallschutzanforderungen nicht erreicht werden. Man habe bestenfalls einen Schalldämmwert von etwa R'_w 29-33 dB erreicht. Die gemäss Baubeschrieb und Generalunternehmervertrag zugesicherten Schalldämmwerte der Fassadenöffnungen habe man nicht erreichen können. Für die Verbesserung der Mängel sei eine aufwändige Sanierung der Rollladenkästen erforderlich (act. 1 S. 143 ff.; act. 48 S. 320 ff.).

Die Architektin habe zudem bei der Dimensionierung der Rollladenkästen die Bautoleranzen und den für die Montage der Rollläden notwendigen Platz nicht berücksichtigt. Zahlreiche Rollladenkästen seien zu klein, so dass man selbst bei genauem Einhalten der vorgesehenen Masse die geplanten Rollläden nicht habe montieren können, ohne die Schall- und Wärmedämmung zu reduzieren oder sogar zu entfernen. Die Architektin habe einen Rollladenkasten für einen einzigen Rollladentyp mit prismatischen Stäben von 6 mm Dicke geplant. Bei einer Fenster- bzw. Türbreite von mehr als 1,4 m bzw. 2,25 m bzw. bei einer Fläche von mehr als 5 m² bzw. 6 m² hätten die Kästen für einen Rollladen mit Stäben von 9 mm Dicke geplant werden müssen. Auch hier sei eine umfangreiche Sanierung erforderlich und unausweichlich (act. 1 S. 149; act. 48 S. 335 f.).

Gemäss Gutachten der S3.____ AG müssten die Rollladenkästen durch anders aufgebaute ersetzt werden. Bei der Gesamtstärke der Kästen entstehe ein zusätzlicher Platzbedarf von 60 mm. Die Aussenstürze seien um rund 60 mm tiefer zu setzen, was zur Folge habe, dass auch die betroffenen Fenster zu ersetzen seien. Das Tiefersetzen der äusseren Stürze führe ausserdem zu Verputz- und

Malerarbeiten an der Fassade, was das Aufstellen eines Gerüstes erforderlich mache (act. 1 S. 151 f.; act. 48 S. 342 f.).

Die umfangreichen und kostenintensiven Sanierungsmassnahmen seien noch nicht in Angriff genommen worden, weil zuerst die Verantwortlichkeit für die eingetretenen Mängel und die Sanierungskosten geklärt werden sollten. Diese Sanierungskosten könnten im vorliegenden Verfahren ohne weiteres geltend gemacht werden, weil die Sanierung unausweichlich sei, um überhaupt einen gesetzes- und vertragsgemässen Zustand herzustellen (act. 48 S. 344). Es sei mit Sanierungskosten von CHF 1'757'282.70 zuzüglich 5 % für Unvorhergesehenes und Reserve sowie CHF 90'000.– für Mieterinkonvenienzentschädigungen und CHF 25'000.– bisherige Kosten, abzüglich CHF 17'360.– für Kosten, welche auch bei richtiger Ausführung angefallen wären, gesamthaft also CHF 1'942'786.85 zu rechnen (act. 1 S. 190 f.; act. 48 S. 387 f.).

Die Bauherrschaft habe die Mängel im Bereich der Rollläden mit Schreiben vom 5. Oktober 1998 an die Klägerin gerügt und Nachfrist bis zum 31. Dezember 1998 zur Behebung der Mängel angesetzt. Diese Frist sei ungenutzt verstrichen. Zwischen dem 16. März und dem 26. Mai 1999 habe eine Teilabnahme der Rollläden stattgefunden. Dabei seien die Mängel in einem Protokoll festgehalten worden (act. 48 S. 338). Die versicherungsrechtlich relevante Schadensanzeige an die Beklagte sei mit Schreiben vom 22. März 2000 erfolgt (act. 48 S. 341).

Eine Verjährung der Mängelrechte habe nicht stattgefunden. Die Verjährungsfrist betrage fünf Jahre nach Abnahme des Werks oder Werkteils. Die Mängelrechte der Bauherrschaft seien nicht verjährt, da die Klägerin gegenüber der Bauherrschaft am 16. Juli 2002 eine Verjährungsverzichtserklärung abgegeben habe (act. 48 S. 338 f.; act. 49/25).

7.2. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte hat ausgeführt, dass die Rollladenkästen und -deckel einzig aufgrund gänzlich ungenügender Detailskizzen in Auftrag gegeben worden seien. Bereinigte Ausführungspläne seien nie erstellt worden. Dies habe die Bauherr-

schaft und die Gesamtleitung, die M._____ AG, zu verantworten. F._____ sei nur einzelfallweise zur Erstellung von Detailskizzen, Prinzipskizzen, die zur Definition des Rohbaus gemacht worden seien, beigezogen worden (act. 15 S. 125 f.). Die vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen seien gänzlich unverhältnismässig und würden bestritten (act. 15 S. 134 ff.).

Die Schlussabnahme habe spätestens am 26. Mai 1999 stattgefunden. Eine Prüfung von Nachbesserungsarbeiten sei von keiner Partei verlangt worden, sofern überhaupt Nachbesserung verlangt worden sei. Entsprechend sei die Verjährung im Verhältnis der Klägerin zur Bauherrschaft spätestens per 26. Mai 2004 eingetreten. Ein Verjährungsverzicht über dieses Datum hinaus liege nicht vor. Aus dem Schreiben der Bauherrschaft vom 5. Oktober 1998 seien die vorliegend geltend gemachten Mängel nicht ersichtlich. Die behaupteten Mängel seien daher in Anwendung von Art. 163 SIA 118 genehmigt worden, und es liege damit eine Abnahme vor. Das Abnahmeprotokoll vom 16. März bis 26. Mai 1999 enthalte die vorliegend gerügten Mängel nicht. Bei dieser Schlussabnahme handle es sich zudem nicht um eine Mängelrüge der Bauherrschaft gegenüber der Klägerin. Vielmehr habe die M._____ AG in ihrer Funktion als Architektin bzw. in ihrer Funktion als Projektleitung gegenüber dem Unternehmer verschiedene Mängel geltend gemacht (act. 53 S. 239 ff.).

Eine korrekte Schadenanzeige an die Beklagte sei nicht erfolgt. Die Klägerin bzw. die M._____ AG hätten die Regulierung des geltend gemachten Schadens nicht der Beklagten überlassen. Vielmehr sei in eigener Kompetenz und ohne dass seitens der Bauherrschaft Ansprüche geltend gemacht worden seien bzw. Mängelrüge erhoben oder Nachbesserung verlangt worden sei, der Schaden anerkannt worden und seien Sanierungsvarianten ausgearbeitet worden. Diese unbefugte Anerkennung habe zur Folge, dass die Versicherungsleistung gemäss Art. 18 AVB entfalle. Zur Umwandlung des haftpflichtversicherungsrechtlichen Befreiungsanspruchs sei es nicht gekommen, weshalb die Klägerin den von ihr eingeklagten Zahlungsanspruch nicht besitze (act. 53 S. 268 f.). Zudem sei die versicherungsvertragliche Verjährung eingetreten. Aufgrund des Schlussabnahmeprotokolls (act. 4/172) könne von ersten Sanierungsarbeiten und damit einer Aner-

kennung von Haftpflichtansprüchen durch die Versicherte ab dem 27. Mai 1999 ausgegangen werden, weshalb die Verjährung am 27. Mai 2001 eingetreten sei (act. 53 S. 270 f.).

7.3. Würdigung

Auch diese Schadenspositionen vermögen keinen Versicherungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten zu begründen:

7.3.1. Die Klägerin stützt ihre vermeintlichen Ansprüche auf Planungsfehler F.____s, deren Vertragsverhältnis zur Klägerin nicht hinreichend dargelegt worden ist (Ziff. IV.3.5).

7.3.2. Mutmassliche Kosten für noch nicht ausgeführte Mängelbehebungen lösen keinen versicherungsrechtlichen Befreiungsanspruch aus (Ziff. IV.1.4.1a und IV.6.3.2).

7.3.3. Die angeblich bisher aufgelaufenen Mängelbehebungskosten von CHF 25'000.– sind gänzlich unsubstantiiert geblieben, wobei die Beklagte erfolglos auf die mangelhafte Substantiierung hingewiesen hatte (act. 15 S. 147); auch das Gericht hatte einen entsprechenden Hinweis gegeben (Prot. S. 26). Ob diese Ansprüche versicherungsrechtlich verjährt sind, kann und muss offen bleiben, da ihr Entstehungsgrund und -zeitpunkt nicht dargelegt wurde.

7.3.4. Fand bis am 26. Mai 1999 die Teilabnahme der Rollläden statt, so lief ab diesem Zeitpunkt die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 180 Abs. 1 SIA 118. Die Forderung des Bauherrn auf Vornahme der nach Art. 169 Abs. 1 SIA 118 verlangten Mängelbeseitigung gehört zu den verjährbaren Forderungen (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 1991, Art. 180 N 3). Die Verjährungsverzichtserklärung der Klägerin gegenüber der Bauherrschaft auf dem Schreiben vom 16. Juli 2002 (act. 49/25) ist bis 31. Januar 2004 befristet, wobei die Bauherrschaft um eine Bestätigung ersucht hatte, dass im Falle einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung die Klägerin auf die Verjährungseinrede verzichten würde. Die Klägerin hat nicht behauptet, dass nach ihrer Auffassung und derjenigen der Bauherrschaft die Verjährungsverzichtserklärung unterbrechende

Wirkung haben sollte, weshalb der Lauf der Verjährungsfrist durch die Verjährungsverzichtserklärung der Klägerin weder gehemmt noch unterbrochen wurde (KOLLER, Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts, SJZ 92 S. 370; Praxis 95 Nr. 146 S. 1011; BGE 5C.320/2001, Erw. 3 c). Somit trat die Verjährung der Ansprüche aus den Mängelrechten am 27. Mai 2004 ein.

8. Rechtsberatungskosten

8.1. Behauptungen der Klägerin

Die Klägerin hat ausgeführt, dass die aufgrund der mangelhaften Planung der Architektin entstandenen Schäden zu umfangreichen rechtlichen Abklärungen geführt hätten. Die Kosten für Rechtsberatung im Zusammenhang mit den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüchen beliefen sich auf CHF 47'601.40, welche geltend gemacht würden. Es handle sich um Kosten, welche nicht im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Klageschrift und der Replik stünden (act. 1 S. 192; act. 48 S. 389; act. 4/196-203). Es gehe nicht um die Vertretung der Klägerin gegenüber Anspruchstellern (act. 48 S. 729).

8.2. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte anerkennt unter Hinweis auf BGE 97 II 267, dass vorprozessuale Anwaltskosten in Haftpflichtprozessen als Schadensbestandteile in Betracht fallen können, soweit sie notwendig und angemessen gewesen seien, unmittelbar der Durchsetzung der Schadenersatzforderungen dienen und nicht in der Prozessentschädigung nach § 68 ZPO Berücksichtigung fänden. Sie hat aber geltend gemacht, es handle sich um prozessuale Aufwendungen der Rechtsanwälte S4.____ & S5.____, welche im Rahmen der Prozessentschädigung zu berücksichtigen seien. Die Honorarnoten der Rechtsanwälte S6.____, S7.____ & S8.____ seien gänzlich unspezifiziert und wiesen keinerlei Aufwendungen im Zusammenhang mit den vorliegenden Schadenfällen auf. Es sei zudem nicht ersichtlich, welches pflichtwidrige Verhalten der Beklagten die vorliegend geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten verursacht haben soll (act. 15 S. 153).

8.3. Würdigung

Vorprozessuale Anwaltskosten werden mitunter als Schaden des Geschädigten betrachtet, welcher vom Haftpflichtigen zu ersetzen ist (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 N 28; ebenso BGE 97 II 267). Vorliegend geht es aber um angebliche Rechtsberatungskosten, welche die Klägerin, also die Schädigerin und Haftpflichtige, als Folge der eingetretenen Schäden aufgewendet haben will. Eine Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch ist nicht ersichtlich. Würde es sich um Aufwendungen zur Abwehr unbegründeter Ansprüche handeln (Art. 9 lit. a AVB), was die Klägerin aber ausdrücklich in Abrede stellt, bestünde keine Ersatzpflicht der Beklagten mangels Vorliegens eines versicherten Grundschadens (vgl. VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 6). Handelt es sich um Rechtsberatungskosten im Vorfeld der vorliegenden Klage, besteht ebenfalls kein Ersatzanspruch, weder aus Versicherungsvertrag noch aus unerlaubter Handlung. Im Übrigen hat die Beklagte zu Recht auf die Unsubstantiiiertheit der klägerischen Ausführungen hingewiesen. Wiederholt wird zudem Aufwand für das "Erstellen einer Klageschrift gegen B3._____" geltend gemacht (act. 4/202 und 4/203), was zumindest erklärungsbedürftig wäre, wenn es sich nicht um Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Prozess handeln soll.

V.

(Ergebnis)

Die Klage ist abzuweisen.

VI.

(Kosten und Entschädigung)

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Bei der Festsetzung sowohl der Gerichtsgebühr wie auch der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Prozess sehr aufwendig (die klägerischen Behauptungen finden sich auf 944 Seiten, die

beklagtischen auf 622 Seiten) und komplex war. Der Streitwert beträgt CHF 2 Mio.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 70'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 80'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, je gegen Empfangsschein,
und nach Eintritt der Rechtskraft
 - an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2,
3003 Bern, per Email auf policy@finma.ch.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Daniel Bausch