

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080148 vom 7. Dezember 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080148

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080148 du 7 décembre 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080148 del 7 dicembre 2009

Erwägungen

E. 2

Mit Einreichung einer Weisung vom 21. August 2003 (HG act. 3) und einer Klageschrift vom 19. September 2003 (HG act. 1) stellte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich das Rechtsbegehren, die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr aus dem vor- genannten Versicherungsvertrag Fr. 2 Mio. zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Mit Urteil vom 3. Juli 2008 wies das Handelsgericht die Klage ab (KG act. 2).

- 3 -

E. 3

In Erw. 4.a.aa stellte die Vorinstanz unter verschiedenen Zitaten aus Rechtsprechung und Literatur allgemeine Überlegungen zum Inhalt einer Haft- pflichtversicherung an (KG act. 2 S. 13). Die Beschwerdeführerin rügt auch Erwägungen daraus als aktenwidrige Feststellung, die auf willkürlichen tatsäch- lichen Annahmen beruhe (KG act. 1 S. 13 f.). Die allgemeinen vorinstanzlichen

- 5 - Erwägungen sind indes ausschliesslich bundesrechtlicher Natur. Diese bzw. deren Anwendung auf den konkreten Fall können auf entsprechende Rügen vom Bundesgericht frei überprüft werden. Auf Rügen in diesem Bereich kann im vor- liegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, dass die Vorinstanz die Police (HG act. 4/4) und die besonderen Bestimmungen zur Berufshaftpflicht- versicherung (HG act. 4/6) nicht (richtig) berücksichtigt habe (KG act. 1 S. 13 - 15 Ziff. 26 - 28). Im Gegensatz zur Darstellung in der Beschwerde ging es bei den gerügten Erwägungen nicht um die Feststellung des Sachverhalts.

E. 4

Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 9 lit. a AVB beständen die Leistungen der Beschwerdegegnerin in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche (KG act. 2 S. 14). Die Beschwerdeführerin rügt, in dieser wie auch in zahlreichen anderen nachfolgenden Feststellungen habe die Vorinstanz nur einen Teil der Akten beigezogen und andere nicht berücksichtigt. Damit habe die Vorinstanz den Sachverhalt aktenwidrig festgestellt und eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 15 Ziff. 30 ff.). Auch bei dieser gerügten vorinstanzlichen Erwägung handelt es sich ausschliesslich um eine solche rechtlicher Natur zum Inhalt der allgemeinen Vertragsbedingungen und damit um vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsanwendung (vgl. auch dazu Messmer/Imboden, a.a.O., N 96 mit weiteren

Hinweisen). Als Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG kann mit der bundesrechtlichen Beschwerde in Zivilsachen auch geltend gemacht werden, der kantonale Sachrichter habe nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, welche zur Rechtsanwendung nötig seien. Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht, ist die unvollständige oder lückenhafte Sach- verhaltensfeststellung mittels Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen (Kass.- Nr. AA070079 vom 27.2.2008 Erw. II.2.b.cc mit weiteren Hinweisen). Umso mehr gilt dies, wenn (wie vorliegend) geltend gemacht wird, der kantonale Sachrichter habe rechtliche Grundlagen (i.c. Bestimmungen in AVB) nicht berücksichtigt. Auch dabei handelt es sich entgegen der Beschwerde (KG act. 1 S. 15 Ziff. 32) nicht um eine Feststellung des Sachverhalts, sondern um Rechtsanwendung.

- 6 -

E. 5

Auch bei den von der Beschwerdeführerin als Feststellungen 4 und 5 beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen (KG act. 1 S. 16 Ziff. 34 und 35) handelt es sich ausschliesslich um Rechtsanwendung (Auslegung der vertrag- lichen Grundlagen und deren Anwendung). Auf die dagegen gerichteten Rügen (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 36 f.) kann nicht eingetreten werden.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang überdies geltend, der vorinstanzliche Instruktionsrichter sei wie die Parteien nicht von einer Haftpflichtversicherung, sondern von einer "Versicherung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" ausgegangen. Indem sich die Vorinstanz über die Ausführungen der Parteien und über die Feststellungen des Instruktionsrichters hinweggesetzt habe, habe sie aktenwidrige und willkürliche Feststellungen ge- troffen (KG act. 1 S. 17 Ziff. 38). a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupte- ten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Akten- stellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochte- nen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweis- würdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozess- ordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in

- 7 - Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechen- berg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.). b) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wo die Parteien

im vorinstanzlichen Verfahren nicht von einer Haftpflichtversicherung, sondern (sofern und soweit darin überhaupt ein Gegensatz liegt) von einer "Versicherung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" ausgegangen wären. Darauf kann nicht eingetreten werden. c) Die Vorinstanz ist bei ihrer Entscheidungsfindung nicht an die rechtliche Auffassung des Instruktionsrichters gebunden. Selbst wenn der Instruktionsrichter eine andere Auffassung geäußert hätte als schliesslich dem Urteil der Vorinstanz zugrunde liegt, ist nicht ersichtlich, welcher Nichtigkeitsgrund dadurch gesetzt würde. Das zeigt die Beschwerdeführerin (neben der unzutreffenden Behauptung der aktenwidrigen und willkürlichen [tatsächlichen] Feststellung) auch nicht auf. Bereits vorstehend wurde darauf hingewiesen, dass es sich bei den gerügten Erwägungen um solche rechtlicher Natur handelt. Die Vorinstanz traf damit keine tatsächlichen Feststellungen.

E. 7

Unter dem Titel "Haftpflichtrechtliche Grundlagen" (KG act. 2 S. 18) erwog die Vorinstanz nach der Feststellung, dass die Parteien in Art. 13 des Generalunternehmervertrages die Anwendung der Art. 157 ff. der SIA-Norm 118 vereinbart hätten, und nach einer Darstellung von Art. 13.2 - 13.4 des Generalunternehmervertrages und von Art. 174 sowie Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118, was die Beschwerdeführerin hätte dartun müssen (nämlich dass aufgrund von Planungsfehlern, welche von ihr beigezogene Unternehmer oder Planer begangen hätten, Werkmängel entstanden seien, welche die Bauherrschaft ihr gegenüber fristgerecht gerügt und deren Nachbesserung verlangt hätte, sowie dass die Beschwerdeführerin bzw. ihre Hilfspersonen die Nachbesserungen im Einvernehmen mit der Beschwerdegegnerin vorgenommen hätten [mit Verweisung auf Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 AVB]) (KG act. 2 S. 19).

- 8 - a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diese Erwägungen als aktenwidrig und willkürlich (KG act. 2 S. 18 Ziff. 40). Auch diese Erwägungen sind indes ausschliesslich bundesrechtlicher Natur. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. b) Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sich die Versicherungsdeckung nicht auf die gesetzliche Haftpflicht beschränke, sondern weitere Versicherungsfälle abdecke. Die Beschwerdegegnerin habe diese Erweiterung der Versicherungsdeckung in der Klageantwort nicht bestritten. Da der Sachverhalt bezüglich der Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Bautenschäden infolge von Planungsfehlern mithin zwischen den Parteien nicht strittig gewesen sei, verletze die vorinstanzliche Annahme, dass eine solche Erweiterung nicht vorliege, auch die Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 41 - 43). aa) Die Verhandlungsmaxime gilt für das Tatsächliche des Rechtsstreits (§ 54 Abs. 1 ZPO). Bei den von der Beschwerdeführerin angeführten Behauptungen handelt es sich indes um rechtliche Ausführungen und Schlussfolgerungen. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht schon deshalb fehl. bb) Abgesehen davon stellte die Vorinstanz entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin gar nicht fest, dass im Versicherungsvertrag keine "Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" vereinbart worden war. Im Gegenteil erwog die Vorinstanz explizit, die Beschwerdeführerin hätte darzutun gehabt, dass Werkmängel aufgrund von Planungsfehlern entstanden seien (und dass die Bauherrschaft diese fristgerecht gerügt hätte) (KG act. 2 S. 19). Dabei umfasst der von der Vorinstanz verwendete Begriff Werkmängel auch den von der Beschwerdeführerin (und nach ihrer Darstellung auch von der Beschwerdegegnerin) verwendeten Begriff Bautenschäden (vgl. Ziff. 6.3.1.a erstes

Lemma der Besonderen Bestimmungen zur Berufs-Haftpflicht- Versicherung [BHB]: "Bautenschäden, d.h. - Schäden und Mängel an Bauten, die aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bauleitung erstellt werden" [HG act. 4/6 S. 4]. Solche sind die von der Vorinstanz erwähnten aufgrund von Planungsfehlern entstandenen Werkmängel). Die Vorinstanz ver-

- 9 - kannte nicht und übergang nicht, dass beide Parteien von einer Versicherungs- deckung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern ausgegangen sind, und ging bei ihrem Urteil selber von einer solchen Versicherungsdeckung aus (vgl. z.B. KG act. 2 S. 2, S. 7, S. 16 erster Absatz). Wenn die Vorinstanz auch die Ver- sicherungsdeckung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern den haft- pflichtrechtlichen Grundlagen unterstellte, davon ausging, dass (nur) die Haft- pflicht für solche Schäden versichert sei, und deren Geltendmachung bestimmten Voraussetzungen (so in der gerügten Erwägung der rechtzeitigen Mängelrüge durch die Bauherrschaft und dem Einverständnis der Beschwerdegegnerin mit Nachbesserungen) unterstellte (KG act. 2 S. 19), schloss sie damit keineswegs eine Deckungserweiterung auf Bautenschäden aufgrund von Planungsfehlern aus. Die Rüge geht am angefochtenen Urteil vorbei und auch deshalb fehl.

E. 8

Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Haftung der Beklagten für (B.)", die Beschwerdeführerin leite ihren Versicherungsanspruch aus fünf Schadenfällen mit einer Gesamtforderungssumme von mehr als 8 Millionen Franken ab (KG act. 2 S. 19 unter lit. C). Sie werfe der Architektin B. Planungsfehler bei sämt- lichen Schadenfällen vor. Es sei zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für Schäden hafte, welche auf Planungsfehler von B. zurückzuführen seien (KG act. 2 S. 20 erster Absatz). Nach Darstellung der Beschwerdeführerin habe die Baugesellschaft A.-strasse im Mai 1994 die gesamte Architektur-Ausführungs- planung an B. übergeben. Gemäss GU-Vertrag vom 2. Dezember 1994 habe die Beschwerdeführerin (so ihre weitere Darstellung) die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern übernommen, so auch denjenigen mit der Architektin B. (KG act. 2 S. 20). Die Beschwerdegegnerin behaupte, die Bau- herrschaft bzw. die C. AG habe B. jeweils fallweise mit der Erstellung von Plänen beauftragt. Am direkten Vertragsverhältnis zwischen der C. AG und B. habe die im Vertrag der Beschwerdeführerin mit der Bauherrschaft global formulierte Ver- tragsübernahme durch die Beschwerdeführerin nichts geändert. Das Vertrags- verhältnis von B. habe lediglich zur C. AG bestanden. B. habe einer Vertrags- übernahme durch die Beschwerdeführerin nicht zugestimmt. B. sei eine von der C. AG, nicht von der Beschwerdeführerin beauftragte Hilfsperson gewesen (KG act. 2 S. 21). Der Architekt könne - so die vorinstanzlichen Erwägungen zu diesen

- 10 - Parteidarstellungen - Hilfsperson des Bauherrn oder des Generalunternehmers sein. Die Beschwerdeführerin habe somit alle Umstände darzutun gehabt, aus denen hervorgehe, dass B. als ihre Beauftragte die den geltend gemachten Schadenfällen zugrunde liegenden Pläne gezeichnet habe (KG act. 2 S. 22 f.). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe willkürlich aus der Fest- stellung, der Architekt könne entweder Hilfsperson des Bauherrn oder des Generalunternehmers sein, abgeleitet, dass die Beschwerdeführerin alle Um- stände darzutun habe, aus denen die Hilfspersonbeziehung zu ihr selbst bestehe (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 45). Auch dabei handelt es sich indes um eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, worauf vorliegend nicht eingetreten werden kann.

E. 9

Die Vorinstanz erwog, gemäss GU-Vertrag nehme der Generalunternehmer davon Kenntnis, dass der Bauherr mit den Architekten C. AG und den Ingenieuren D. + E. Verträge abgeschlossen habe. Der Generalunternehmer übernehme nach dieser Vertragsbestimmung die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern gemäss Beilage I. Diese Beilage liege allerdings nicht bei den Akten (KG act. 2 S. 23). a) Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der Vertrag mit B. auch auf dieser Liste aufgeführt sei. Darüber hätte Beweis abgenommen werden müssen. Es bestehe keine Pflicht, sämtliche relevanten Beilagen bereits im Rahmen des Schriftenwechsels einzureichen. Vielmehr sei dies erst im Rahmen des Beweisverfahrens notwendig. Aus dem Umstand, dass eine Beilage im Hauptverfahren noch nicht in den Akten sei, dürfe das Handelsgericht nichts Nachteiliges ableiten. Die vorinstanzliche Feststellung sei willkürlich und verletze das Recht der Beschwerdeführerin auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren (KG act. 1 S. 20 Ziff. 47). b) Die Beschwerdegegnerin entgegnet, die Vorinstanz habe aus der Feststellung, dass sich die erwähnte Beilage nicht in den Akten befinde, keinen für die Beschwerdeführerin nachteiligen Schluss gezogen. Die Vorinstanz habe lediglich darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet habe, dass B. zugestimmt habe, weshalb hierüber nicht Beweis abgenommen werden

- 11 - könne. Dabei spiele die fehlende Beilage I zum GU-Vertrag keine Rolle (KG act.

E. 13

Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin habe behauptet, sie habe die Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausführen lassen. Deren Vertreter, H., habe - so die weiteren Behauptungen der Beschwerdeführerin - auf der Baustelle mehrfach einen Rundgang gemacht und sei über den Baufortschritt bzw. über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen stets im Bilde gewesen. Dazu erwog die Vorinstanz, die Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen H.'s seien gänzlich unsubstantiiert und daher einem Beweisverfahren nicht zugänglich. Selbst wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, könnte daraus keine Kostengutsprache der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin behaupte dies auch nicht. Daher sei davon auszugehen, dass sie die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beschwerdegegnerin, habe vornehmen lassen. Dadurch habe sie ihre Verantwortung für die Schadenfälle anerkannt, ohne dass die Beschwerdegegnerin diesem Vorgehen zugestimmt hätte, wie dies Art. 17 Abs. 2 AVB vorsehe (KG act. 2 S. 36). a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diesbezüglich, diese Erwägungen seien aktenwidrig und willkürlich, verletzten das Recht auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren und die richterliche Fragepflicht. In Ziff. 856 bis 871 der Replik (HG act. 48 S. 392 - 398) habe sie ausführlich die Rundgänge von H. auf der Baustelle dargelegt, dessen Inkenntnissetzung über den Baufortschritt und dessen Informationsstand bezüglich der durchgeführten Sanierungsmassnahmen. Im Übrigen sei sie unter Verletzung der richterlichen Fragepflicht nie darauf hingewiesen worden, dass die Darlegung der Rundgänge und der Information von H. unzureichend sein könnten (KG act. 1 S. 31 Ziff. 80).

- 22 - b) Die Beschwerdeführerin hatte, worauf die Vorinstanz zutreffend verwies, im Zusammenhang mit der Behauptung, dass H. über den Baufortschritt und über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen informiert gewesen sei, auf S. 494 der Replik (HG

act. 48) lediglich auf "die detaillierten Ausführungen oben unter Rz. 168" hingewiesen. In dieser Ziff. 168 (HG act. 48 S. 70) wird, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festhielt, lediglich eine Schadenanzeige durch die Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 14. August 1996 erwähnt (HG act. 48 S. 70). Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin aber andernorts, nämlich in den Ziff. 856 - 871 der Replik HG act. 48 S. 392 - 397, worauf sie in der Beschwerde verwies, bzw. bereits in Ziff. 435 f. der Klageschrift HG act. 1 S. 198, worauf die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort verwies (KG act. 13 S. 25 Ziff. 79), weitere Ausführungen über die Wahrnehmungen von H. gemacht, nämlich über einen Rundgang vom 27. August 1998 und dabei "festgelegte" Schadenfälle (HG act. 48 S. 392 f. Ziff. 856 f. mit Verweisung auf ein Schreiben der [so bezeichneten] Vertreterin der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 28. August 1998, in welchem einzelne Schadenfälle ["Schadenfall 5 Kamine/Kältebrücken", "Schadenfall 7 Rampe", "Schadenfall 6 Terrasse Ebene 5"] als "die drei am gemeinsamen Rundgang vom 27.5.98 festgelegten drei Schadenfälle" [HG act. 4/207] aufgeführt sind; HG act. 48 S. 397, HG act. 1 S. 198). Dazu äusserte sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit den Erwägungen zu den behaupteten Wahrnehmungen von H. nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen von H., die sie als gänzlich unsubstantiiert bezeichnete (KG act. 2 S. 36), auch diejenigen auf den S. 392 f. und 397 der Replik und S. 198 der Klageschrift meinte. Vielmehr erweckt die vorinstanzliche Verweisung auf (bloss) Ziff. 168 der Replik den Eindruck, als habe die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin auf den S. 392 - 397 der Replik und S. 198 der Klageschrift in diesem Zusammenhang übersehen. Das wäre eine Verletzung des Gehörsanspruchs.

- 23 - Abgesehen davon ist bei den vorinstanzlichen Erwägungen auch die Rüge der Verletzung der Fragepflicht begründet. Gemäss Vorinstanz behauptete die Beschwerdeführerin, sie habe die Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausführen lassen. Erachtete die Vorinstanz diese Behauptung (bzw. die zur Stützung dieser Behauptung angeführte Behauptung, H. sei über die durchgeführten Sanierungsarbeiten stets im Bilde gewesen) als gänzlich unsubstantiiert (aber als relevant; vgl. nachfolgend lit. c), so dass sie einem Beweisverfahren nicht zugänglich sei, hätte sie vorab die Beschwerdeführerin zur Substantiierung auffordern müssen. c) Die Vorinstanz erwog, selbst wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, könnte daraus keine Kostengutsprache der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden. Das habe die Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Daher sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beschwerdegegnerin vornehmen lassen habe. Dadurch habe die Beschwerdeführerin ihre Verantwortung für die Schadenfälle anerkannt, ohne dass die Beschwerdegegnerin diesem Vorgehen vorgängig zugestimmt hätte. Dies ziehe den Verlust versicherungsrechtlicher Ansprüche nach sich (KG act. 2 S. 36 zweiter Absatz). Dabei handelt es sich um rechtliche Schlussfolgerungen, um Anwendung von Bundesrecht. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden. Geht die Vorinstanz davon aus, dass diese Schlüsse selbst dann zu ziehen sind, wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, kommt es aus rechtlichen Gründen auf diese Darstellung gar nicht an. Ist diese Darstellung aus rechtlichen Gründen irrelevant, ist es auch irrelevant, wenn die Vorinstanz ihre einzelnen Behauptungen als unsubstantiiert bezeichnete. Treffen die rechtlichen vorinstanzlichen Erwägungen zu, wirkten sich die vorstehend festgestellten (allfälligen) Mängel (Verletzung des Gehörsanspruchs und der richterlichen Fragepflicht) nicht zum Nachteil der

Beschwerdeführerin aus. Diese Mängel können deshalb nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen. Blicke der angefochtene Entscheid bestehen, wären allenfalls die mangelhaften Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts zu streichen (vgl. Kass.-Nr. AA080111 vom 5.6.2009 Erw. III.4, Kass.-Nr. AA080004 vom

- 24 - 14.11.2008 Erw. II.4.c, Kass.-Nr. 97/125 vom 6.4.1998 Erw. II.3.b mit Verweisung auf ZR 79 [1980] Nr. 78 und ZR 83 [1984] Nr. 47). Da das angefochtene Urteil indes aus einem andern Grund aufzuheben ist (vorstehend Erw. 10), erübrigt sich eine Streichung. Im neuen Urteil wird die Vorinstanz indes nicht mehr festhalten dürfen, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen von H. unsubstantiiert und einem Beweisverfahren nicht zugänglich sind, wenn der Beschwerdeführerin nicht vorgängig Gelegenheit zur Substantiierung geboten wurde.

E. 14

Die Vorinstanz erwog, es beständen keine Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerin umständehalber daran gehindert gewesen wäre, die Zustimmung der Beschwerdegegnerin (zur Durchführung von Sanierungen) rechtzeitig einzuholen (KG act. 2 S. 36 unten). Die Beschwerdeführerin beanstandet auch diese Erwägung als aktenwidrig und willkürlich. Zudem verletze sie das Recht auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren und die richterliche Fragepflicht (KG act. 1 S. 32). Die vorinstanzliche Erwägung ist rechtlicher Natur. Auf Rügen dagegen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Rüge der mangelnden Durchführung eines Beweisverfahrens. Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht begründet die Beschwerdeführerin nicht und vermag deshalb auch mit dieser Rüge keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

E. 15

Auch die Rügen unter den Bezeichnungen "Feststellung 18" (KG act. 1 S. 32 f. Ziff. 83 f.), "Feststellung 19" (KG act. 1 S. 33 Ziff. 85 f.) und "Feststellung 22" (KG act. 1 S. 34 f. Ziff. 91 f.) betreffen die Anwendung von Bundesrecht, worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann.

E. 16

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe auch nicht behauptet, dass sie der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle und nicht gedeckten Betriebskosten ersetzt hätte. Habe die Beschwerdeführerin mangels Zahlung keinen Vermögensverlust erlitten, stehe dies einem versicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin entgegen (KG act. 2 S. 38).

- 25 - a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diese Feststellung als aktenwidrig und willkürlich, gegen die richterliche Fragepflicht und das Recht auf ein ordentliches Beweisverfahren verstossend. Aus den Akten folge, dass die Bauherrschaft einen Rückbehalt vom Werklohn gemacht habe, den sie mit entstandenen Schäden aufrechnen könne. Die Vorinstanz habe selber die Darlegung der Beschwerdeführerin erwähnt, dass die Bauherrin die Zahlungen an sie zurückbehalten habe. Die Mietzinsausfälle müssten demzufolge gar nicht mittels einer Überweisung durch die Beschwerdeführerin ersetzt werden. Falls die Vorinstanz den Umstand, ob die Mietzinsausfälle bezahlt worden seien, als wesentlich erachte, hätte sie die Beschwerdeführerin überdies darauf hinweisen müssen (KG act. 1 S. 34). b) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und wo sie vor Vorinstanz behauptet hätte, sie habe der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle

ersetzt. Die Aktenwidrigkeits- und Willkür rüge geht fehl. Welcher Schluss aus der Behauptung, dass die Bauherrin Zahlungen an die Beschwerdeführerin zurück- behalten habe, zu ziehen wäre, ist eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. c) Gemäss der vorinstanzlichen Feststellung hatte die Beschwerdeführerin behauptet, dass die Bauherrschaft Mietzinsausfälle erlitten habe. Es unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auch geltend gemacht hätte, dass sie der Bauherrschaft diese behaupteten Miet- zinsausfälle ersetzt habe, wenn dies der Fall gewesen wäre. Die Beschwerde- führerin zeigt keinen Anhaltspunkt dafür auf, dass ihre diesbezüglichen Behaup- tungen unklar, unvollständig oder unbestimmt im Sinne von § 55 ZPO gewesen wären. Die fehlende Behauptung, der Bauherrschaft die behaupteten Mietzins- ausfälle ersetzt zu haben, bot der Vorinstanz nicht Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht, sondern zur Annahme, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin dies deshalb nicht behauptet hatte, weil sie der Bauherr- schaft die behaupteten Mietzinsausfälle nicht ersetzt hatte. Das wird im Übrigen durch die Position in der Beschwerde bestätigt, dass die Mietzinsausfälle gar nicht (mittels einer Überweisung) ersetzt werden müssten, weil die Bauherrschaft

- 26 - Zahlungen an die Beschwerdeführerin zurückbehalten habe. Die Rüge der Ver- letzung der richterlichen Fragepflicht geht auch deshalb fehl. d) Beweis ist nur über streitige Tatsachen abzunehmen (§ 133 ZPO). Eine Tatsache, die gar nicht behauptet ist, ist nicht streitig. Folglich ist darüber auch kein Beweis abzunehmen. Auch die Rüge der Verletzung des Rechts auf ein ordentliches Beweisverfahren geht diesbezüglich schon deshalb fehl.

E. 17

Auf die Rüge unter der Bezeichnung "Feststellung 21" (KG act. 1 S. 34 Ziff. 89 f.) treffen die vorstehenden Erwägungen Ziff. 10 zu.

E. 18

Die Vorinstanz erwog, die Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Sanierungsarbeiten bereits durchgeführt oder (hinsichtlich Kältebrücken bei einem Balustradenaufbau) zumindest be- gonnen worden seien. Somit habe die Beschwerdeführerin die Sanierungen eigenmächtig durchgeführt. Das rüge die Beschwerdegegnerin zu Recht. Die eigenmächtige Durchführung ziehe den Verlust versicherungsrechtlicher An- sprüche nach sich (KG act. 2 S. 44 lit. cc). a) Neben Rügen, welche die Anwendung von Bundesrecht betreffen und auf welche deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann, macht die Beschwerdeführerin dazu geltend, die Feststellung sei in Bezug auf die Kälte- brücken beim Balustradenaufbau aktenwidrig. Die Vorinstanz habe geschildert, dass diese Sanierungsarbeiten zwischen dem 6. März und dem 17. April 1998 vorgenommen worden seien, während die Schadensanzeigen an die Beschwer- degegnerin bereits am 10. März 1997 erfolgt seien (KG act. 1 S. 35 Ziff. 94 mit Verweisung auf KG act. 2 S. 42 und 41 unten). b) Die Vorinstanz unterschied - entsprechend den diesbezüglichen Behaup- tungen der Beschwerdeführerin - drei Kategorien von Kältebrücken. Bezüglich derjenigen Kategorie, auf welche sich diese Rüge bezieht, nämlich Kältebrücken beim Balustradenaufbau, verwies die Vorinstanz betreffend Rüge und Mängel- anzeige auf das zu den Kältebrücken bei den Vertikalschächten Gesagte (KG act. 2 S. 42 dritter Absatz). Bei den Erwägungen zu den Kältebrücken bei den

- 27 - Vertikalschächten stellte die Vorinstanz fest, dass die Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin am 10. März 1997 erfolgt sei (KG act. 2 S. 41 lit. cc). Gemäss den

Erwägungen zur Sanierung der Kältebrücken beim Balustraden- aufbau fand diese zwischen dem 6. März und dem 17. April 1998 statt (KG act. 2 S. 42 dritter Absatz). Die Vorinstanz erklärte die Feststellung nicht, dass die Sanierungsarbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau bereits begonnen worden waren, als die Schadenanzeige an die Beschwerde- gegnerin erfolgt sei (KG act. 2 S. 44 lit. cc). Diese Feststellung widerspricht den soeben zitierten Erwägungen zu den Zeitpunkten der Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin (10. März 1997) und den Sanierungsarbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau (6. März - 17. April 1998) und ist nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerin macht zwar geltend, es liege wohl in Bezug auf die Jahreszahl ein einfacher Schreibfehler ("1998 anstatt recte 1997") vor (KG act. 13 S. 32 Ziff. 105). Die Beschwerdegegnerin zeigt indes nicht auf, woraus sich ergebe, dass die Sanierungsarbeiten hinsichtlich den Kältebrücken beim Balustradenaufbau bereits zwischen dem 6. März und dem 17. April 1997 (statt 1998, wie von der Vorinstanz angenommen) erfolgt wären. Diese Rüge ist begründet. Ohne weitere Erklärung wird die Vorinstanz im neuen Entscheid nicht mehr von dieser Annahme (Beginn der Arbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau vor der Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin) ausgehen dürfen.

E. 19

Die Rügen zu "Feststellung 24" (KG act. 1 S. 36 Ziff. 96 f.), "Feststellung 25" (KG act. 1 S. 36 Ziff. 98 f.), "Feststellung 28" (KG act. 1 S. 37 Ziff. 104 f.) und "Feststellung 29" (KG act. 1 S. 37 f. Ziff. 106 f.) betreffen Rechtsfragen. Darauf kann in diesem Verfahren nicht eingetreten werden.

E. 20

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz eine weitere Schadens- position von Fr. 41'359.50 für Aufwendungen der C. AG geltend gemacht (KG act. 2 S. 45 lit. ee erster Absatz). Die Vorinstanz erwog, neben anderen Gründen, aus welchen die Zusprechung dieser Schadensposition scheitern müsse, habe es die Beschwerdeführerin unterlassen darzulegen, inwiefern sie als Versicherungs- nehmerin überhaupt einen Schaden durch Aufwendungen einer Drittperson, der

- 28 - C. AG erlitten habe. Sie behaupte weder, der C. AG diese Kosten ersetzt zu haben, noch bringe sie vor, von dieser belangt worden zu sein (KG act. 2 S. 45 zweiter Absatz). a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verletze damit die richterliche Fragepflicht, weil sie sie nicht darauf hingewiesen habe, diesen Umstand zu substantiieren (KG act. 1 S. 37 Ziff. 101). b) Die Vorinstanz stellte diesbezüglich nicht eine mangelnde Substantiierung fest, sondern fehlende Behauptungen. Anschliessend erwog die Vorinstanz, selbst wenn die Beschwerdeführerin die C. AG mit den Schadensermittlungen beauftragt und ihr die Kosten dafür ersetzt hätte, wäre nicht ersichtlich, gestützt auf welche vertragliche oder gesetzliche Bestimmung die Beschwerdegegnerin diese Kosten übernehmen müsste (KG act. 2 S. 45). Damit wies die Vorinstanz diese Forderung aus rechtlichen Gründen selbst unter der Annahme entspre- chender Behauptungen ab. Schon deshalb brauchte sie die Beschwerdeführerin nicht zur Substantiierung solcher Behauptungen aufzufordern. Erachtete das Bundesgericht entsprechende Rügen gegen die rechtliche Schlussfolgerung für begründet, stellte sich die Frage der Ausübung der richterlichen Fragepflicht neu. Vorher und damit in diesem Verfahren ist nicht darauf einzutreten.

E. 21

Zur Rüge unter der Bezeichnung "Feststellung 27" (KG act. 1 S. 37 Ziff. 102 f.) ist auf vorstehende Erwägung 10 zu verweisen. Die vorinstanzliche Erwägung, das Vertragsverhältnis von B. zur Beschwerdeführerin sei nicht hinreichend dargelegt worden (KG act. 2 S. 55 lit. c), beruht auf einem Nichtigkeitsgrund.

E. 22

Zusammenfassend leiden die vorinstanzlichen Erwägungen zum behaupteten Vertragsverhältnis der Beschwerdeführerin mit B., zur Behauptung, Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausgeführt zu haben, und dazu, ob die Beschwerdeführerin mit den Sanierungsarbeiten hinsichtlich Kältebrücken beim Balustradenaufbau vor einer Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin begonnen habe, an Nichtigkeitsgründen. Die Beschwerde ist insoweit begründet, und das (auch) darauf beruhende angefochtene Urteil ist

- 29 - aufzuheben. Die Sache ist zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. III. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils durch und obsiegt im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdegegnerin unterliegt mit ihrem Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin beantragte einen Mehrwertsteuerzusatz zur Prozessentschädigung (KG act. 1 S. 6 Anträge Ziff. 3). Die Beschwerdegegnerin opponierte dem nicht (KG act. 13). Demnach ist dem Antrag zu entsprechen (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). IV. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.