

ZH_OBERGERICHT LB200015 vom 2. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB200015

FR: ZH_OBERGERICHT LB200015 du 2 octobre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LB200015 del 2 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

Am 14. Juli 2015 gingen bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ vom 31. März 2015 sowie die vom 10. Juli 2015 datierende Klageschrift der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Klägerin) mit vorgenanntem Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 99 S. 9 f. = Urk. 103 S. 9 f.). Der das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Entscheid der Vorinstanz datiert vom 13. Februar 2020 (Urk. 99 = Urk. 103).

E. 1.1

Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe ihre Widerklage über Fr. 1'160'042.– zunächst damit begründet, dass sich die Klägerin unzählige Sorgfaltspflichtverletzungen (wohl hauptsächlich als Planungs- oder Bauleitungsfehler zu qualifizieren) habe zuschulden kommen lassen, wodurch sie ihr, der Beklagten, einen erheblichen Schaden verursacht und folglich dafür Schadenersatz zu bezahlen habe. Replicando habe die Beklagte ihre Widerklage aber auf ein neues Klagefundament gestützt und geltend gemacht, der klägerische Kostenvorschlag sei um rund Fr. 1.89 Mio. überschritten worden (vor Abzug der Toleranzgrenze von 10%), was die Klägerin zu vertreten und wofür sie Schadenersatz zu leisten habe (Urk. 103 S. 77 mit Verweis auf Urk. 40 S. 10 ff. Rz. 6-8).

E. 1.2

Dazu führte die Vorinstanz aus, eine Haftung könne sich (auch) aus einer falschen Kostenprognose ergeben, was in der Praxis auch als Haftung für die Überschreitung des Kostenvoranschlags bezeichnet werde. Eine Schadenersatzpflicht des Architekten bzw. Planers/Bauleiters aus unterlassenen oder falschen Kosteninformationen setze nebst einer Pflichtverletzung voraus, dass der Bau-

- 21 - herrschaft daraus ein Schaden erwachsen sei. Es handle sich dabei um einen Vertrauensschaden. Dieser entspreche der Differenz zwischen dem Vermögensstand der Bauherrschaft, welche auf die pflichtwidrig unterlassenen oder falschen Kosteninformationen vertraut und entsprechend gehandelt habe, und deren hypothetischen Vermögensstand, wenn sie die pflichtgemäss richtigen Kosteninformationen erhalten und ihre Entscheide darauf abgestützt hätte. Der Schaden bestimme sich also nach der Gesamtvermögensdifferenz. Beim Kausalzusammenhang sei das hypothetische Alternativverhalten massgebend. Abgesehen vom – vorliegend aber klarerweise nicht gegebenen – Spezialfall der vereinbarten Bau summengarantie könne demnach der zu ersetzende Schaden nicht mit dem Ausmass der Kostenüberschreitung gleichgesetzt werden. Die Haftung des Architekten bzw. Planers/Bauleiters im Zusammenhang mit Kosteninformationen erweise sich im Übrigen als noch erheblich komplexer, wenn der

Architektur- bzw. Gesamtvertrag – wie vorliegend der Fall – vorzeitig beendet worden sei. So sei in diesem Fall bloss massgebend, welchen Kosteninformationspflichten bis zur Vertragsbeendigung nachzukommen gewesen sei, und es sei zu unterscheiden, welche Baukosten bis zur Vertragsbeendigung bereits angefallen gewesen seien und welche Kosten bis zur Vollendung des Bauwerks noch angefallen wären, was nicht ohne Weiteres mit den letztlich tatsächlich angefallenen Gesamtbaukosten übereinstimmen müsse. Trotz der hohen Komplexität der Haftung des Architekten bzw. Planers/Bauleiters aus unterlassenen oder falschen Kosteninformationen habe sich die Beklagte in der Widerklagereplik im Wesentlichen damit begnügt, zur Begründung der replicando neu geltend gemachten Haftungsgrundlage eine Tabelle mit Gegenüberstellung der BKP-Positionen gemäss "Kostenvoranschlag" und gemäss "Abrechnung" in ihre Rechtsschrift einzufügen und einige wenige, sehr allgemein gehaltene Ausführungen dazu zu machen. Es fehlten aber insbesondere jegliche Angaben dazu, welche Leistungen unter den einzelnen BKP-Positionen im "Kostenvoranschlag" konkret und im Einzelnen berücksichtigt worden seien, wie die Beklagte die in ihrer Baukostenabrechnung bei den einzelnen BKP-Positionen berücksichtigten Beträge genau berechnet habe – vor allem lege die Beklagte auch keine diesbezüglichen Rechnungen vor – und welche Pflichtverletzungen die Beklagte der Klägerin in Bezug auf ihre Kosteninformationen

- 22 - konkret und im Einzelnen vorwerfe, und zwar unter Beachtung der vorzeitigen Vertragsbeendigung. Ausserdem habe die Beklagte in ihren weiteren Ausführungen zu einzelnen BKP-Positionen die angeblichen Mehrkosten dann doch (auch) wieder auf die bereits zuvor, in der Widerklagebegründung, behaupteten angeblichen Planungs- oder Bauleitungsfehler der Klägerin zurückgeführt, obwohl solche Zusatzkosten bei der Berechnung einer Kostenüberschreitung eben gerade nicht (mehr) berücksichtigt werden dürften. Dasselbe gelte im Übrigen auch für die angeblich von der Klägerin zu vertretenden Mängelbehebungskosten, welche die Beklagte ebenfalls zu den Baukosten gezahlt habe. Noch offensichtlicher erscheine, dass auch Projektbegleitungs-, Anwalts- und Gerichtskosten im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit der Klägerin in der Baukostenabrechnung zur Berechnung der angeblichen Kostenüberschreitung nichts zu suchen hätten. Die Beklagte scheine sich schwer damit zu tun, sich für ein Klagefundament zu entscheiden, und nehme eine Vermischung der beiden Anspruchsgrundlagen vor. Damit sei aber die geltend gemachte Kostenüberschreitung nur schon nicht gehörig substantiiert behauptet, geschweige denn ausgewiesen. Hinzu komme, dass sich die Beklagte weder zum Vertrauensschaden als Gesamtvermögensdifferenz noch zur Kausalität im Sinne eines hypothetischen Alternativverhaltens konkret und im Einzelnen geäussert habe. Den zu ersetzenden Schaden scheine sie ohne Weiteres mit dem Ausmass der Kostenüberschreitung gleichzusetzen, obwohl auch sie selber nicht vom Spezialfall einer vereinbarten Bausummengarantie ausgehe (Urk. 103 S. 79 ff. mit Verweis auf Urk. 40 S. 10 ff. Rz. 6-8, S. 12-16, S. 17 ff. Rz. 7.2, 8.1 und 8.1.3 und S. 29-66). Zur Kausalität führe sie nur gerade in allgemeiner, völlig unsubstantiiertes Weise und überdies auf die Ohnehinkosten beschränkt aus, dass sie bei rechtzeitigen Kosteninformationen "die Ohnehinkosten ganz oder mindestens zum Teil hätte kompensieren können mit Weglassung gewisser Ausbauten und/oder mit einer Redimensionierung der Bauteile". Damit sei auch der kausale Schaden aus Kostenüberschreitung nicht gehörig substantiiert behauptet, geschweige denn ausgewiesen (Urk. 103 S. 81). Die Beklagte habe es zudem, so die Vorinstanz weiter, auch in ihrer Eingabe vom 12. September 2018 (Urk. 67A) unterlassen, sich zum Vertrauensschaden als Gesamtvermögensdifferenz und zur Kausalität im Sinne

eines hypothetischen Alter-

- 23 - nativverhaltens konkret und im Einzelnen zu äussern (Urk. 103 S. 83). Gleiches wie für die beklagte Eingabe vom 12. September 2018 mit dazugehöriger Bei- lagen gelte für die Vorbringen der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung (Urk. 103 S. 83). Die Vorinstanz ging in der Folge auf diese Begründung der be- klagtischen Forderung nicht weiter ein.

E. 2

Mit Eingabe vom 25. März 2020 (eingegangen am 27. März 2020) erhob die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) fristge- recht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufge- führten Anträge (Urk. 102). Mit Verfügung vom 14. April 2020 wurde der Beklag- ten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 34'000.– zu leisten (Urk. 110). Unter dem 17. April 2020 (ein- gegangen am 20. April 2020) ergänzte die Beklagte ihre Berufungsschrift innert noch laufender Berufungsfrist (Urk. 111). Der Vorschuss ging innert erstreckter Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 113; Urk. 115).

E. 2.1

Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 1'305'823.90 (Fr. 1'409'751.– ./ Fr. 103'927.10). In Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 17'500.– festzusetzen. Da die Beklagte vollständig unterliegt, sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfah- rens ihr aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kos- tenvorschuss zu verrechnen.

E. 2.2

Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzuspre- chen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 2.3

Entgegen der Vorinstanz müsse, so die Beklagte weiter, im vorliegenden Fall der zu ersetzende Vertrauensschaden mit dem Ausmass der Kostenüber- schreitung gleichgesetzt werden. Die dargelegte Entstehung des Planerauftrages an die Klägerin zeige, dass sie ihr diesen Auftrag nur deshalb erteilt habe, weil die Klägerin ihr die kosten- und rentabilitätsmässig bessere Umsetzung des Bauvor- habens als jene durch den Vorarchitekten I._____ versprochen habe. Dies gelte umso mehr als die Klägerin die zwei hauptsächlichen Aspekte, die Einhaltung der Kostenprognose und die bei einem Mehrfamilienhaus zentrale Rentabilität, aus- drücklich bestätigt habe. Vor einem solchen Hintergrund bilde die gesamte ent- standene Kostenüberschreitung den Vertrauensschaden, soweit nicht die Klägerin habe belegen können, dass gewisse Kostenüberschreitungen auf die Beklagte zurückzuführen gewesen seien, was nicht der Fall sei (Urk. 102 S. 42 Rz. 19.4).

- 25 -

E. 2.4

Mit diesem Hergang sei überdies, so die Beklagte in diesem Zusammen- hang, ihr hypothetisches Alternativverhalten dargetan. Aus dem aufgezeigten Hergang ergebe sich nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge klar, dass sie das

von der Klägerin vorgeschlagene Projekt gar nicht durchgeführt hätte, wenn sie die richtige Kosteninformation erhalten hätte. Damit sei die Gesamtvermögensdifferenz entgegen dem vorinstanzlichen Urteil ebenfalls dargelegt, denn sie entspreche der Kostenüberschreitung, da sie das für ein Kostenvolumen von Fr. 4'278'000.– zuzüglich 10% oder Fr. 427'800.–, also für gesamthaft Fr. 4'705'800.–, versprochene Mehrfamilienhaus zwar habe, aber mit einer Kostenüberschreitung von Fr. 1'461'370.– (Stand Einreichung Widerklagegereplik). Per Datum der Berufungsschrift seien die Mehrkosten nochmals um rund Fr. 850'000.– angestiegen (Urk. 102 S. 42 f. Rz. 19.5 f.).

E. 3

Die Klägerin forderte im erstinstanzlichen Verfahren Fr. 167'706.86 bzw. Fr. 167'706.85 (vgl. Urk. 2 S. 2 und Rz. 21) als Honorar für die Architektur- und Bauleitungsarbeiten für die Liegenschaft E.____-Strasse 1, nämlich Fr. 68'360.– als ausstehendes Grundhonorar, Fr. 62'028.– als Honorar für erbrachte Mehrleistungen und Fr. 37'318.86 bzw. Fr. 37'318.85 als Vergütung für Kopien und Lichtpausen (Urk. 2 Rz. 2, Rz. 18 f. und Rz. 21), weiter Fr. 44'888.85 für die Architektur- und Bauleitungsarbeiten im Zusammenhang mit den Sanierungsarbeiten an den Liegenschaften G.____-Strasse 5 + 6 (Urk. 2 Rz. 20 f.), sodann Fr. 58'451.80 für die Verwaltungstätigkeit betreffend die Liegenschaften F.____- und G.____-Strasse in den Jahren 2012 und 2013 (Urk. 2 Rz. 16 und 21) und schliesslich Fr. 14'580.– als Entgelt für die Erstvermietung der Liegenschaft E.____-Strasse 1 (Urk. 2 Rz. 17 und 21), was zusammen die erstinstanzlich eingeklagte Summe von Fr. 285'627.50 ergibt (Urk. 2 S. 2 und Rz. 21).

E. 3.1

Pos. 26.1.2 (Mehraufwand Baugrubenaushub und -sicherung)

E. 3.1.1

Die Vorinstanz hielt zu dieser Position fest, soweit ersichtlich leite die Beklagte daraus keine konkreten Ansprüche ab (Urk. 103 S. 91 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.1.2; Urk. 40 S. 33 f. Rz. 26.1.2. und S. 35 ff. Rz. 26.1.2). Ihre Vorbringen in Urk. 67A S. 25 ff. Rz. 15 seien verspätet. Auf die Vorbringen der Klägerin müsse nicht eingegangen werden.

E. 3.1.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig, zeigten doch die Tabellen in Urk. 40 S. 33 oben sowie S. 35 Mitte je in der letzten Spalte rechts deutlich die Kostenvoranschlag-Abweichungen von Fr. 31'150.– oder 18% sowie von Fr. 141'397.– oder 79% und heisse es doch je im zweiten Textabschnitt unter den Tabellen wörtlich "... und bewirkte kausal den CHF 31'150 betragenden Teil des Kostenüberschreitungs-Schadens, ..." sowie "... der enorme Mehrkosten-Schaden, der aus dem massiven Mehraushub..." (Urk. 102 S. 37 f. Rz. 18.1).

E. 3.1.3

In der Widerklagebegründung hatte die Beklagte zu den fraglichen Positionen ausgeführt, diese Mehraufwendungen wären zwar auch bei richtiger Planung durch die Klägerin entstanden (Ohnehin-Kosten), ihr dann aber für ihre Baukosten-Budgetierung bekannt gewesen. Es sei eine erhebliche Fehlleistung der Klägerin, diese Mehraufwendungen nicht richtig abzuklären. Das führe mit zur weiter unten thematisierten Honorarminderung (Urk. 11 Rz. 26.1.02). In der Widerklagegereplik sind die beiden unter Erw. IV./A./3.1.2. wiedergegebenen Angaben der Beklagten enthalten. Dies ändert aber nichts daran, dass sich

aus den Vorbringen der Beklagten nicht ergibt, dass sie in diesem Zusammenhang konkrete Ansprüche stellte. Dass sich dies aus der Stellungnahme vom 12. September 2018 (Urk. 67A) ergeben würde, macht die Beklagte nicht geltend. Zudem bekräftigte sie in der Berufungsbegründung ihre Ansicht, es handle sich bei diesen Positionen um Ohnehin-Kosten (Urk. 102 S. 5 Rz. 1.1 und S. 10 Rz. 2.4 lit. c). Ohnehin-Kosten, die dem Bauherrn auch dann entstanden wären, wenn der Planer den Vertrag richtig erfüllt hätte, sind indes im Rahmen der Schadensabwicklung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern nicht zu ersetzen (Denzler/Hochstrasser, in Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], 2. Auflage, 2019, N 9.169 ff. m.H.; vgl. auch Gauch, a.a.O., N 1728; BGer 4A_541/2014 vom 1. April 2015 E. 3.1). Damit ist jedenfalls

- 38 - die Quintessenz des vorinstanzlichen Urteils, dass die Beklagte mit Bezug auf diese Positionen unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nichts zu gut hat, zutreffend.

E. 3.2

Pos. 26.2.5 (Zu geringe Ausmasse in Leistungsverzeichnis)

E. 3.2.1

Zu dieser Position hielt die Vorinstanz fest, dass die Beklagte daraus, soweit ersichtlich, keine konkreten Schadenersatzansprüche ableite, weshalb auf die Entgegnungen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 170 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.2.5 und Urk. 22 Rz. 54).

E. 3.2.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.2.5 und in Urk. 40 S. 70-72 bei Pos. 26.2.5 sei eine Beispiele-Liste von Mehrkosten wegen zu geringer Ausmasse im Leistungsverzeichnis und im Werkvertrag BKP 211 Baumeister aufgeführt, die sich bereits auf Fr. 307'492.– totalisiere. Überdies heisse es im Schlussabsatz in Urk. 40 S. 72 wörtlich, "... von über den Werkvertrag (WV) hinauschiessenden Kosten", was ein deutlicher Hinweis auf diesen weiteren Teilbetrag des Kostenüberschreitungs Schadens sei. Die Klägerin habe diesen Betrag und auch die BKP 211-Gesamtüberschreitung von Fr. 441'296.20 nicht bestritten, weshalb ihr diese Mehrkosten zuzusprechen seien (Urk. 102 S. 38 Rz. 18.2).

E. 3.2.3

Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich aus den von ihr wiedergegebenen Stellen in der Widerklagebegründung sowie der Widerklagereplik nicht, dass sie in diesem Zusammenhang etwas forderte. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Klägerin den Betrag und die BKP 211-Gesamtüberschreitung bestritt oder nicht. Die Erwägungen der Vorinstanz sind demzufolge in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

E. 3.3

Pos. 26.3.22-23 (Diverse Positionen)

E. 3.3.1

Zu dieser Position hielt die Vorinstanz ebenfalls fest, dass die Beklagte daraus, soweit ersichtlich, keine konkreten Ansprüche ableite, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 237 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.3.22-23 und Urk. 22 Rz. 100 f.).

E. 3.3.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.3.22-23 und in Urk. 40 S. 103 f. bei Pos. 26.3.22-23 sei ein Betrag von Fr. 2'370.– genannt bzw. ein Verweis darauf angebracht, dass diese Kosten in den Fr. 3'304.– der früheren Pos. 26.2.9 enthalten seien (Urk. 102 S. 38 Rz. 18.3).

E. 3.3.3

Die Beklagte möchte gemäss ihren Ausführungen in der Berufungsschrift den Betrag von Fr. 2'370.– zugesprochen erhalten (Urk. 102 S. 40 Rz. 18.10). Mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Position 26.2.9, in welcher der von ihr bean- spruchte Betrag ihrer Darstellung nach enthalten wäre, setzt sie sich indes nicht auseinander. Dies wäre umso notwendiger gewesen, als die Vorinstanz den von der Beklagten unter der Position 26.2.9 geltend gemachten Betrag von Fr. 3'304.– vollumfänglich zusprach (Urk. 103 S. 175 f. und S. 322). Damit ist die Berufung in diesem Punkt ungenügend begründet, weshalb darauf insoweit nicht einzutreten ist.

E. 3.3.4

Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass es die Beklag- te unterlassen hat, sich zur Kausalität im Sinne eines hypothetischen Alternativ- verhaltens rechtsgenügend zu äussern. Bereits aus diesem Grund sind die Vo- raussetzungen für die auf Haftung aus falscher Kosteninformati- on/Kostenüberschreitung basierende Zusprechung von Schadenersatz nicht dar- getan.

E. 3.4

Pos. 26.4.12-13 (Diverse Positionen)

E. 3.4.1

Auch hinsichtlich dieser Position kam die Vorinstanz zum Schluss, soweit ersichtlich leite die Beklagte daraus keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 265 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.4.12-13 und Urk. 22 Rz. 120 f.).

E. 3.4.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.4.12 und in Urk. 40 S. 114 bei Pos. 26.4.12 seien zwei Beträge von Fr. 1'956.– und Fr. 3'696.– genannt (Urk. 102 S. 39 Rz. 18.4).

E. 3.4.3

Die Behauptung der Beklagten betreffend Nennung der beiden Beträge in den beiden Rechtsschriften trifft zwar zu. Aus deren blosser Nennung ergibt sich aber nicht, dass sie diese beiden Beträge von der Klägerin fordern würde. Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht den in den beiden Rechtsschriften auf die beiden Beträge folgenden Satz zitiert "Diese Ohnehinkosten sind ein weiterer Teil der durch kläg. Fehlleistung gescheiterten Budgetierung der Beklagten". Ohnehin- Kosten sind aber nach dem vorne unter Erw. IV./A./3.1.3. Dargelegten im Rah-

- 40 - men der Schadensabwicklung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern ohnehin nicht zu ersetzen. Damit trifft jedenfalls die Quintessenz des vorinstanzlichen Ur- teils, dass die

Beklagte mit Bezug auf diese Positionen unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nichts zu gut hat, zu.

E. 3.4.4

Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist der Bauherr insoweit geschädigt, als er bei Kenntnis der Unrichtigkeit des Kostenvoranschlages über seine finanziellen Mittel anders disponiert hätte und der – aufgedrängte – Mehrwert der Baute für ihn nutzlos ist oder die Investition gar seine wirtschaftlichen Möglichkeiten übersteigt. Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Mehrwert dem Bauherrn insoweit als Vorteil anzurechnen ist, als er ein persönliches Interesse daran hat, weshalb der massgebliche (Vertrauens-)Schaden die Differenz zwischen dem objektiven Wert der Baute und dem subjektiven Nutzen des Bauherrn daran ist (BGE 122 III 61 E. 2c/aa).

E. 3.4.5

Die Beklagte macht indes berufsungsweise auch nicht geltend, derartige Ausführungen vor Vorinstanz vorgebracht zu haben – sie behauptet nicht, sich vor der ersten Instanz überhaupt zum objektiven Wert der Baute oder zu deren subjektiven Wert ausgesprochen zu haben.

- 33 - Damit kann offenbleiben, ob die Vorinstanz mit Bezug auf den Schaden zu Recht auf die Differenztheorie abgestellt hat oder ob sie nach der vom Bundesgericht angewandten Praxis hätte vorgehen müssen. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob dies von der Berufungsinstanz überhaupt geprüft werden muss, nachdem die Beklagte das diesbezügliche Vorgehen der Vorinstanz in der Berufungsschrift nicht moniert hat.

E. 3.4.6

Mit Verfügung vom 6. März 2017 war die Beklagte aufgefordert worden, bei jeder einzelnen Schadensposition substantiiert darzulegen und im Bestreitungsfall zu beweisen, durch welche Handlung oder Unterlassung der Klägerin welche Vertragspflicht verletzt wurde und in welcher Höhe dadurch ein Schaden entstanden ist bzw. wie sich ein solcher Schaden zusammensetzt (Urk. 31 S. 3). Zudem wurde darauf hingewiesen, dass bei Säumnis oder ungenügender Beachtung der Substantiierungshinweise auf die mangelhaften Parteivorbringen abgestellt werde (Urk. 31 S. 4). Dieser Substantiierungshinweis galt – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 102 S. 34 Rz. 16.3) – für jede Schadensposition, und damit auch für den geltend gemachten Vertrauensschaden. Dass er auch für den Vertrauensschaden beachtlich war, würde im Übrigen umso mehr gelten, wenn die Beklagte diesen, wie sie behauptet, entgegen der Ansicht der Vorinstanz bereits mit ihrer Klageantwort/Widerklagebegründung verlangt hätte. Hinzu kommt, dass die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht nicht dazu dient, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen; primär sind die Parteien für die Beibringung des Tatsachenfundaments zuständig (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7; KUKU ZPO-Oberhammer, 2. A., Art. 56 N 1 ff., N 5). Des Weiteren hat die richterliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien wie der Beklagten nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGer 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 7.6; 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.2; 4D_57/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2). Die diesbezügliche Kritik der Beklagten, die obgenannten Substantiierungshinweise hätten den ursprünglichen Begründungsfokus betroffen und seien durch die Fokusänderung überholt gewesen, weshalb ein solcher nach der Widerklagereplik hätte erfolgen müssen (Urk. 102 S. 34 f. Rz. 16.3), geht daher ins Leere. Vor dem Hintergrund der oben dargelegten beiden Varianten der Definition des

Vertrauensschadens ist ferner weder dargetan noch ersichtlich, inwie-

- 34 - weit die Beklagte für die Substantiierung des Vertrauensschadens (namentlich) in ihrer letzten ordentlichen Rechtsschrift, der Widerklagereplik, auf substantiierte Bestreitungen der Klägerin in der Widerklageantwort angewiesen gewesen wäre. Es erschliesst sich nicht, weshalb die Beklagte für Angaben zum objektiven Wert der Baute und deren subjektiven Wert für sie, welche wie dargelegt nach der bundesgerichtlichen Praxis die massgebenden Faktoren sind, auf substantiierte Bestreitungen der Klägerin angewiesen gewesen wäre. Das Gleiche gilt für Angaben zum Vermögensstand, den die Beklagte hypothetisch gehabt hätte, wenn sie von der Klägerin rechtzeitig die pflichtgemässe Kosteninformation erhalten hätte, dem Faktor, der neben dem objektiven Wert der Baute nach der Differenztheorie entscheidend ist. Soweit die Beklagte geltend macht, die Vorinstanz hätte ihr diesbezüglich Gelegenheit zur (Nach-)Substantiierung geben müssen (Urk. 102 S. 15 f. Rz. 5 ff., S. 29 ff. Rz. 14.1 ff. und S. 34 f. Rz. 16.2 f., vgl. auch Urk. 102 S. 22 Rz. 12), ist sie damit infolgedessen nicht zu hören. Die von ihr in diesem Zusammenhang behauptete Verletzung von Art. 56 ZPO (Urk. 102 S. 34 f. Rz. 16.3 ff.; vgl. dazu bereits vorne unter Erw. III./6.1. f.) liegt daher nicht vor. Auch eine Verletzung der Verhandlungsmaxime im Sinne von Art. 55 Abs. 1 ZPO, des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie eine Verletzung des Beweisrechts gemäss Art. 8 ZGB, welche die Beklagte der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vorwirft (Urk. 102 S. 30 Rz. 14.7, S. 31 f. Rz. 15.1 f. und S. 33 Rz. 15.4), sind vor diesem Hintergrund zu verneinen. Dasselbe gilt für die von der Beklagten in diesem Zusammenhang behauptete Verletzung von Art. 58 Abs. 1 ZPO (vgl. Urk. 102 S. 32 f. Rz. 15.3): Auf die einzelnen Mehrkosten-Positionen kommt es, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, im vorliegenden Zusammenhang nicht an, weshalb eine Auseinandersetzung der Vorinstanz mit diesbezüglichen Parteibehauptungen insoweit unterbleiben konnte.

E. 3.4.7

Somit ist auch die Erwägung der Vorinstanz, die Beklagte habe den Vertrauensschaden ungenügend substantiiert, nicht zu beanstanden, weshalb im vorinstanzlichen Urteil auch insoweit zu Recht davon ausgegangen wurde, die Voraussetzungen für die auf Haftung aus falscher Kosteninformati-

- 35 - on/Kostenüberschreitung basierende Zusprechung von Schadenersatz seien nicht dargetan.

E. 3.5

Pos. 26.4.15-16 (Diverse Positionen)

E. 3.5.1

Hinsichtlich dieser Position kam die Vorinstanz ebenfalls zum Schluss, soweit ersichtlich leite die Beklagte daraus keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 267 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.4.15-16 und Urk. 22 Rz. 123 f.).

E. 3.5.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.4.15-16 und in Urk. 40 S. 116 bei Pos. 26.4.15-16 seien zwei Beträge von Fr. 9'368.35 bzw. Fr. 34'569.55 als "im KV nicht enthalten" genannt (Urk. 102 S. 39 Rz. 18.5).

E. 3.5.3

Die Behauptung der Beklagten betreffend Nennung der beiden Beträge in den beiden Rechtsschriften mit der Bemerkung, diese seien im Kostenvoranschlag nicht enthalten, trifft zwar zu. Daraus ergibt sich aber nicht, dass sie diese beiden Beträge von der Klägerin fordern würde. Hinzu kommt, dass die Beklagte auch hinsichtlich dieser beiden Beträge davon ausging, es handle sich um "Ohnehin-Kosten" (Urk. 11 und Urk. 40 S. 115 f. je zu den Positionen 26.4.15 und 26.4.16). Diese sind aber nach dem vorne unter Erw. IV./A./3.1.3. Dargelegten im Rahmen der Schadensabwicklung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern ohnehin nicht zu ersetzen. Damit ist jedenfalls die Quintessenz des vorinstanzlichen Urteils, dass die Beklagte mit Bezug auf diese Positionen unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nichts zu gut hat, zutreffend.

E. 3.6

Pos. 26.4.18-23 (Diverse Positionen)

E. 3.6.1

Gemäss der Vorinstanz leite die Beklagte, soweit ersichtlich, auch aus diesen Positionen keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 268 unter Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.4.18-23 und Urk. 22 Rz. 126-131).

- 41 -

E. 3.6.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.4.18/19/21-23 und in Urk. 40 S. 117-120 bei Pos. 26.4.18/19/21-23 seien fünf Beträge von Fr. 20'329.35, Fr. 16'457.–, Fr. 9'367.40, Fr. 10'099.75 und Fr. 7'500.– mit den Worten "erhöhte(n) die Abrechnung um" genannt (Urk. 102 S. 39 Rz. 18.6).

E. 3.6.3

Zwar ist zutreffend, dass die Beklagte die von ihr angeführten Beträge in den von ihr genannten Aktenstellen aufführte und diese auch die von ihr zitierte Bemerkung enthalten. Dass sie diese Beträge geltend machen würde, ergibt sich daraus aber wiederum nicht. Daher ist das Urteil der Vorinstanz auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

E. 3.7

Pos. 26.5.8-9 (Diverse Positionen)

E. 3.7.1

Gemäss der Vorinstanz leite die Beklagte, soweit ersichtlich, auch aus diesen Positionen keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 288 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.5.8-9 und Urk. 22 Rz. 146 f.).

E. 3.7.2

Die Beklagte rügt, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.5.8 und in Urk. 40 S. 126-127 bei Pos. 26.5.8 seien "Budgetierungs-sprengende Ohnehin-kosten von Fr. 30'781" genannt (Urk. 102 S. 39 Rz. 18.7).

E. 3.7.3

Auch hier ist zutreffend, dass die Beklagte den fraglichen Betrag in den von ihr genannten Aktenstellen aufführte. Dass sie diesen geltend machen würde, ergibt sich daraus aber wiederum nicht. Zudem ging sie auch hier davon aus, dass es sich um Ohnehin-Kosten handle. Solche sind aber nach dem vorne unter Erw. IV./A./3.1.3. Ausgeführten unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nicht zu ersetzen. Die Rüge der Beklagten ist daher unbegründet.

- 42 -

E. 3.8

Pos. 26.6.1-6 (Diverse Positionen)

E. 3.8.1

Gemäss der Vorinstanz leite die Beklagte, soweit ersichtlich, aus diesen Positionen wiederum keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 310 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.6.1-6 und Urk. 22 Rz. 169-174).

E. 3.8.2

Die Beklagte macht geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.6.5 und in Urk. 40 S. 136-137 bei Pos. 26.6.5 seien mehrere Stützmauer- Positionen als im LV (Leistungsverzeichnis) mit viel zu tiefem Ausmass aufgeführt. Die zugehörigen Abrechnungspositionen seien mit m3-Mass und Einheitspreis genannt und geschlossen werde mit dem Satz "...Ohnehinkosten, die die Budgetierung ... torpedierten von 44'716" (Urk. 102 S. 39 Rz. 18.8).

E. 3.8.3

In der Tat machte die Beklagte diese Ausführungen in den von ihr genannten Aktenstellen. Dass sie den erwähnten Betrag forderte, ergibt sich daraus aber wiederum nicht. Zudem ging sie auch hier davon aus, dass es sich um Ohnehin-Kosten handle. Solche sind aber nach dem vorne unter Erw. IV./A./3.1.3. Ausgeführten unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nicht zu ersetzen. Die diesbezügliche Rüge der Beklagten ist daher ebenfalls nicht berechtigt.

E. 3.9

Pos. 26.6.10-13 (Diverse Positionen)

E. 3.9.1

Schliesslich leitete die Beklagte gemäss der Vorinstanz auch aus diesen Positionen soweit ersichtlich keine konkreten Ansprüche ab, weshalb auf die Vorbringen der Klägerin nicht eingegangen werden müsse (Urk. 103 S. 314 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 26.6.10-13 und Urk. 22 Rz. 177-180).

E. 3.9.2

Die Beklagte macht auch hier geltend, dies sei aktenwidrig. In Urk. 11 bei Pos. 26.6.12 und in Urk. 40 S. 139 bei Pos. 26.6.12 sei das Total der Anschlussgebühren-Rechnungen mit Fr. 97'545.10 dem entsprechenden Betrag im Kostenvoranschlag von nur Fr. 12'000.– gegenübergestellt worden, so dass offenkundig eine Kostenüberschreitung von Fr. 85'545.10 geltend gemacht worden sei (Urk. 102 S. 39 f. Rz. 18.9).

- 43 -

E. 3.9.3

Dass die Beklagte die von ihr angesprochene Differenz forderte, ergibt sich nicht aus diesen Ausführungen. Darin legte sie lediglich dar, dass die Anschlussgebühren mit Fr. 12'000.– eingerechnet worden seien, gesamthaft dann aber Fr. 97'545.10 betragen hätten. Auch diesbezüglich sind die Erwägungen der Vorinstanz daher nicht zu beanstanden. Der Frage, ob es sich bei den Anschlussgebühren nicht ohnehin um Ohnehin-Kosten handelte, die nach dem vorne unter Erw. IV./A./3.1.3. Ausgeführten unter dem Titel "Haftung aus Planungs- und Bauleitungsfehlern" nicht zu ersetzen wären, braucht daher nicht weiter nachgegangen zu werden. C. Weitere Rügen der Beklagten und Fazit 1. Die Beklagte kritisiert ferner, dass die Vorinstanz es als wesentlich erachtet habe, dass das Vertragsverhältnis mit der Klägerin vorzeitig endete (Urk. 102 S. 36 f. Rz. 17.3-17.4 und S. 43 f. Rz. 19.7). Selbst unter der Prämisse, dass der Beklagten in diesem Punkt zugestimmt werden müsste, würde dies indes nichts am Ausgang des Berufungsverfahrens ändern. Dasselbe gilt mit Bezug auf den Vorwurf der Beklagten, die Vorinstanz verkenne das Wesen des Baukostenplans BKP (Urk. 102 S. 36 f. Rz. 17-17.4). Diesen Fragen braucht daher nicht weiter nachgegangen zu werden. 2. Die Berufung ist demzufolge hinsichtlich der Berufungsanträge 1.1 Ziff. 2 und 1.2 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 13. Februar 2020 ist mit Bezug auf die Dispositivziffer 2 zu bestätigen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Höhe der von der Vorinstanz in Dispositivziffer 3 festgelegten Gerichtsgebühr wurde von der Beklagten zu Recht nicht beanstandet, weshalb sie zu bestätigen ist. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist ferner die Kosten- und Entschädigungsregelung im vorinstanzlichen Urteil folgerichtig, weshalb entgegen

- 44 - den Berufungsanträgen 1.1 Ziff. 4 und 5 das vorinstanzliche Urteil auch hinsichtlich der Dispositivziffern 4 und 5 zu bestätigen ist.

E. 4

Die Beklagte verlangte erstinstanzlich widerklageweise Schadenersatz. Die Klägerin habe ihr beim Bauprojekt E.____-Strasse 1 "mit einer nur schwer verstehbaren Vielzahl von teils höchst gravierenden Bauplanungs- / Kostenplanungs- / und Bauführungs-Fehlern (...) extrem grossen Schaden zugefügt". In der Wi-

- 7 - derklagebegründung verlangte sie dafür Ersatz in Höhe von Fr. 1'160'042.– mit Nachklagevorbehalt (Urk. 11 S. 2 und Rz. 26). Sie hielt der Klägerin diverse Sorgfaltspflichtverletzungen vor (Urk. 11 Rz. 26.1-26.6). Replicando erklärte sie, ihre Widerklage auf ein neues Klagefundament zu stellen, und machte nun geltend, der klägerische Kostenvoranschlag sei um rund Fr. 1.89 Mio. überschritten worden (vor Abzug der Toleranzgrenze von 10%), was die Klägerin zu vertreten und wofür sie Schadenersatz zu leisten habe (Urk. 40 S. 3 f. Rz. 2.4 und S. 10 ff. Rz. 6-8).

E. 4.1

Die Beklagte macht ferner geltend, die Verfügung der Vorinstanz vom

E. 4.2

Gemäss Art. 124 Abs. 1 und 2 ZPO leitet grundsätzlich das Gericht den Prozess, kann die Prozessleitung aber an eines der Gerichtsmitglieder delegieren. Wird die Prozessleitung delegiert, haben die Verfahrensbeteiligten ein Recht, von der Delegation zu erfahren. Sie ist schriftlich zu erlassen und den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen (BSK ZPO-Gschwend,

Art. 124 N 7a m.H.).

E. 4.3

Ob resp. inwieweit gegen diese Grundsätze im erstinstanzlichen Verfahren verstossen wurde, kann vorliegend offenbleiben. Für formelle Rügen gilt der Grundsatz, dass ihre Geltendmachung in einem späteren Prozessstadium nicht mehr möglich ist, soweit sie früher hätten vorgebracht werden können (BGE 135 III 334 E. 2.2). Ausstandsgründe sind unverzüglich nach Kenntnis des Ausstands-

- 13 - grundes vorzubringen und gerichtsorganisatorische Fragen frühestmöglich zu bereinigen, andernfalls die entsprechenden Rügen als verwirkt gelten (BGE 140 I 240 E. 2.4 m.H.; BGE 130 III 66 E. 4.3; vgl. auch BGE 138 III 94 E. 2.1). Es wäre nämlich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot nicht vereinbar, Ablehnungs- und Ausstandsgründe, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später vorzubringen; ein echter oder vermeintlicher Organmangel ist vielmehr so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit geltend zu machen (BGE 124 I 121 E. 2 m.H.). Dieser Grundsatz der Verwirkung bei nicht umgehender Geltendmachung gilt generell für formelle Rügen bzw. Verfahrensmängel (BGer 5A_837/2012 vom 25. Juni 2013, E. 5 m.H.). Dass die Beklagte ihre Rüge betreffend unzulässige Mitwirkung von Bezirksrichter lic. iur. M. Müller zeitnah gegenüber dem zuständigen erstinstanzlichen Gericht geltend gemacht hätte, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Behauptet wird, mit Eingabe vom 23. Mai 2019 sei gegenüber der Vorinstanz geltend gemacht worden, dass "alle Verfügungen des ungültig delegierten BR Müller nichtig seien" (Urk. 102 S. 21 Rz. 11.5). Dies ist, nachdem die Mitwirkung von Bezirksrichter lic. iur. M. Müller im Zeitraum zwischen dem 10. August und dem 14. September 2018 erfolgte (vgl. nachfolgenden Absatz) und sich aus dem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2018 ergibt, dass die Beklagte sich bereits in ihrer Beschwerde an das Obergericht vom 23. August 2018 mit dessen Kompetenz zum Erlass von Verfügungen im vorliegenden Verfahren auseinandergesetzt hatte (Urk. 73 S. 5), klar verspätet. Die Rüge der Beklagten ist demzufolge verwirkt (vgl. BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018, E. 2, insb. E. 2.2.2). Hinzu kommt, dass die Mitwirkung von Bezirksrichter lic. iur. M. Müller einzig die folgenden vier Entscheide betraf: die Verfügung vom 10. August 2018, womit der Beklagten eine Frist angesetzt wurde, um ihre Eingabe vom 3. August 2018 zu verbessern (Urk. 60), die Verweigerung der Abnahme dieser Frist mit Brief-Verfügung vom 24. August 2018 (Urk. 63), die Ablehnung der Ansetzung einer Nachfrist mit Brief-Verfügung vom 5. September 2018 (Urk. 65A) und die Ablehnung eines Wiedererwägungsgesuchs zum negativen Entscheid betreffend Nach-

- 14 - fristansetzung einerseits sowie die Ablegung der am 12. September 2018 eingereichten Zweitversion ihrer Stellungnahme zu den Widerklageduplik-Novellen ohne Weiterungen andererseits mit Brief-Verfügung vom 14. September 2018 (Urk. 67A; Urk. 68). Auf die Entscheide vom 5. und 14. September 2018 kam das Gericht jedoch in der Folge mit Verfügung vom 23. April 2019 zurück und nahm die Eingabe vom 12. September 2018 samt Beilagen dennoch als fristgerecht erstattet zu den Akten (Urk. 79 S. 4). Damit wurden die Entscheide, an denen Bezirksrichter lic. iur. M. Müller mitgewirkt hatte, im Ergebnis obsolet. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren geltend machen will, auch die Rechtsgültigkeit der Verfügung vom 23. April 2019 sei nicht gegeben (vgl. Urk. 102 S. 20 Rz. 11.1), wäre dies nach dem oben Dargelegten ebenfalls zu spät und die

entsprechende Rüge verwirkt. Zudem dürfte die Beklagte durch diese Verfügung keinen Nachteil erlitten haben, wurde doch damit ihrem Ansinnen, es sei die Eingabe vom 12. September 2018 (Urk. 67A) als rechtzeitig erstattet zu den Akten zu nehmen, nachgekommen. Ergänzend ist festzuhalten, dass die von der Beklagten gerügten Verfügungen auch nicht nichtig sind, was von Amtes wegen zu beachten wäre (BGE 138 II 501 m.H.; BGer 5A_158/2014 vom 7. Juli 2014, E. 4.1 m.H.). Nichtigkeit fehlerhafter Entscheide liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 138 II 501 E. 3.1). Ein solch besonders schwerer Mangel ist aber vorliegend nicht gegeben.

E. 5

November 2015 (Beginn Zinsenlauf Widerklage) noch die Zinsen von Fr. 7'969.25 hinzu. Die aus der Klageguteheissung resultierende Verrechnungssumme betrage somit Fr. 139'587.80 (Fr. 131'618.55 plus aufgelaufene Zinsen von Fr. 7'969.25). Im Ergebnis sei daher die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten noch Fr. 103'927.10 (Fr. 243'514.90 abzüglich Verrechnungssumme von Fr. 139'587.80) nebst Zins zu 5% seit 6. November 2015 zu bezahlen (Urk. 103 S. 329 und S. 333, Dispositivziffern 1 und 2).

E. 5.1

Die Beklagte macht sodann unter dem Titel "Rechtsverletzung durch Vorhalt Nachsubstantiierung" geltend, die Vorinstanz habe das Recht fehlerhaft angewendet, indem diese ihre Zweit-Version der Noven-Stellungnahme vom 12. September 2018 zu Unrecht als unzulässige Nachsubstantiierung beurteilt habe (Urk. 102 S. 22). Konkret beanstandet sie in diesem Zusammenhang Erw. 5.2.7. des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 102 S. 29 Rz. 14.2). Diese Rüge gründet auf der

- 15 - Behauptung der Beklagten, sie habe bereits mit der Klageantwort/Widerklagebegründung den Kostenüberschreitungsschaden geltend gemacht (vgl. Urk. 102 S. 4 ff. Rz. 1, 1.1 und 1.2; dazu nachfolgend unter Erw. IV./A./2.1. f.).

E. 5.2

Die Vorinstanz hatte in Erw. 5.2.5. ff. ihres Entscheids ausgeführt, statt dass die Beklagte in der Widerklagereplik das neue Klagefundament, nämlich die Voraussetzungen einer Haftung der Klägerin aus unterlassenen und/oder falschen Kosteninformationen, in gehöriger Weise, d.h. konkret, im Einzelnen, vollständig und nachvollziehbar, behauptete, halte sie der Klägerin sinngemäss vor, diese sei ihrer Substantiierungsobliegenheit in der Widerklageantwort nicht gehörig nachgekommen, was es ihr (der Beklagten) verunmöglicht habe, ihr neues Klagefundament replicando in gehöriger Weise zu behaupten. Letzteres behalte sie sich daher für die Widerklagetriplik vor, für den Fall, dass die Klägerin in ihrer Widerklageduplik doch noch substantiierte Bestreitungen machen werde, ansonsten sie (die Beklagte) bereits replicando hätte mutmassen müssen, welche Bestreitungen die Klägerin in ihrer Klageantwort wohl habe vortragen wollen. Ein solches Vorgehen lasse die Zivilprozessordnung nicht zu. Es stehe der Beklagten zwar frei, auf welches Klagefundament sie ihre Widerklage stützen wolle, auf eine Haftung der Klägerin aus Planungs- und/oder Bauleitungsfehlern oder auf eine Haftung der Klägerin aus unterlassenen und/oder falschen Kosteninformationen. Ebenso stehe es ihr frei, das

Klagefundament in der Widerklagereplik zu ergänzen oder gar zu ändern. Jedoch hätte sie ihre Anspruchsgrundlagen spätestens in ihrer zweiten Rechtsschrift, d.h. also in der Widerklagereplik, in gehöriger Weise, d.h. konkret, im Einzelnen, vollständig und nachvollziehbar zu behaupten gehabt und dürfe sich dies nicht für eine Widerklagetriplik vorbehalten. Ein dritter uneingeschränkter Schriftenwechsel (Triplik und Quadruplik) sei nicht vorgesehen, sondern nur eine Stellungnahme zu allfälligen neuen Vorbringen und Beweismitteln in der letzten Eingabe der Gegenpartei, vorliegend also in der Widerklageduplik, und Letzteres auch nur als Ausfluss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum "Replik-recht". Entsprechendes sei dann auch vom Gericht angeordnet worden und entsprechendes habe auch für die Parteivorträge anlässlich der Hauptverhandlung gegolten. Für die Klägerin habe in der Widerklageantwort keine Veranlassung be-

- 16 - standen, auf eine mögliche Haftung ihrerseits wegen unterlassener oder falscher Kosteninformationen konkret und im Einzelnen einzugehen, da die Beklagte ihre Widerklage in der Widerklagebegründung noch gar nicht konkret und im Einzelnen mit einer Haftung aus Kostenüberschreitung begründet gehabt habe. Zwar habe die Klägerin in ihrer Widerklageduplik zur in der Widerklagereplik unsubstantiiert behaupteten Kostenüberschreitung Stellung genommen, und zwar unter Bezugnahme auf die in der beklagtischen Tabelle aufgeführten BKP-Positionen, und sie habe dazu auch neue Beilagen eingereicht. Soweit sie damit aber nur vorsichtshalber auf unsubstantiierte Vorbringen der Beklagten reagiert habe, seien darin keine neuen Vorbringen und Beweismittel ihrerseits zu erblicken, auf welche die Beklagte dann noch zu "replizieren" berechtigt gewesen wäre. Die beklagtische Eingabe vom 12. September 2018 erweise sich somit grösstenteils nicht als eine echte "Novenstellungnahme", sondern als verspätete und daher unbeachtliche Nachsubstantiierung ihrer Vorbringen in der Widerklagereplik. Entsprechendes gelte für die meisten der dazu eingereichten Beilagen. Auch diese wären bereits zusammen mit der Widerklagereplik einzureichen gewesen. Gleiches gelte für die Vorbringen der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung. Überdies wäre es aufforderungsgemäss Sache der Beklagten gewesen, die Zulässigkeit ihrer Vorbringen in ihrer Eingabe vom 12. September 2018 unter dem Blickwinkel des Novenrechts in gehöriger Weise darzutun, was sie aber ebenfalls versäumt habe (Urk. 103 S. 81 ff.).

E. 5.3

Aus Art. 229 ZPO ergibt sich, dass den Parteien unter der Geltung der Verhandlungsmaxime, die vorliegend vollumfänglich zum Tragen kommt, im Instruktionsstadium zwei Mal Gelegenheit zur unbeschränkten Darlegung resp. Ergänzung ihrer Sachvorbringen eingeräumt werden muss. Danach tritt die Novenrechtsschranke ein und können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie (Abs. 1 lit. a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden wurden (echte Noven), oder wenn sie (Abs. 1 lit. b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).

- 17 -

E. 5.4

Vorliegend war gemäss Art. 229 ZPO der Aktenschluss im Zeitpunkt, in dem die Beklagte die Stellungnahme zu den Noven in der Widerklageduplik erstattete, hinsichtlich der Widerklage bereits eingetreten, denn die Beklagte hatte in der Widerklagebegründung und in der Widerklagereplik bereits zwei Mal die Gelegenheit zur uneingeschränkten Darlegung ihrer Sachvorbringen gehabt (BGE 140 III 312 E. 6.3.2). Deshalb war sie ohne Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht mehr berechtigt, in diesem Verfahrensstadium neue Behauptungen zum Sachverhalt aufzustellen.

E. 5.5

Inwieweit die Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO bei den Vorbringen in der Eingabe vom 12. September 2018 (Urk. 67A) erfüllt waren, kann indes, wie sich aus den Erwägungen unter III./6.4. und IV./A. ergibt, offenbleiben. Auf die dortigen Ausführungen ist zwecks Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen.

E. 6

Im Berufungsverfahren geht die Beklagte vom vorinstanzlich errechneten Streitwert der Widerklage von Fr. 1'541'370.– aus. Da sie das Urteil hinsichtlich der reduzierten Gutheissung der Klage der Klägerin nicht anfechte, sei der Betrag, in dessen Umfang die Vorinstanz die Klage der Klägerin geschützt habe, Fr. 131'618.55, von der Widerklagesumme in Abzug zu bringen, so dass die Widerklage-Verrechnungsforderung noch Fr. 1'409'751.45 betrage (Urk. 102 S. 3).

- 8 - Dazu, dass die Vorinstanz wegen des unterschiedlichen Zinsenlaufs zusätzlich Zinsen von Fr. 7'969.25 abzog (Urk. 103 S. 329), äussert sich die Beklagte nicht. III. Prozessuales
1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen die Dispositivziffern 2, 4 und 5 des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 102 S. 2). Hinsichtlich der unangefochten gebliebenen Dispositivziffer 1 ist das erstinstanzliche Urteil daher in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr (Dispositivziffer 3) liess die Beklagte ebenfalls unbeanstandet. Diesbezüglich hat indessen keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft zu erfolgen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

E. 6.1

Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe sich in ihrem Urteil in völliger Abkehr von ihrem vorherigen Vorgehen, gemäss welchem sie ihr Frist angesetzt habe, um zu den Noven und neuen Beilagen in der Widerklageduplik Stellung zu nehmen, auf den Standpunkt gestellt, sie (die Beklagte) hätte die Kostenvoranschlag-Überschreitung als solche und deren Natur als Schaden bis und mit der Widerklagereplik nicht ausreichend substantiiert (Urk. 102 S. 22 Rz. 12 mit Verweis auf Urk. 102 S. 16 f. Rz. 6, 8 und 9; Urk. 102 S. 34 Rz. 16 ff.). Diese plötzliche Abkehr vom vorangehenden gerichtlichen Vorgehen sei eine Verletzung von Treu und Glauben im Verfahren im Sinne von Art. 52 ZPO durch die Vorinstanz. Diese wiege umso schwerer, als die Vorinstanz ihre (der Beklagten) ausdrückliche Rechtsauffassungsausserung in der Widerklagereplik wie sogar ihre nachgeschobene Separateingabe zur gleichen Substantiierungs-Fragestellung gänzlich übergangen habe. Nachdem sie in dieser für den Fall einer abweichenden Rechtsauffassung des Gerichts noch ausdrücklich um einen entsprechenden Substantiierungshinweis gebeten habe, stelle das vorinstanzliche Schweigen zugleich eine Verletzung von Art. 56 ZPO dar (Urk. 102 S. 34 f. Rz. 16.1 ff.).

E. 6.2

Dieser Vorwurf ist unbegründet. Was das zulässige Vorbringen von Noven angeht, kann auf die vorstehend unter Erw. III./5.3. f. gemachten Ausführungen

- 18 - verwiesen werden. Damit, dass die Vorinstanz der Beklagten mit Verfügung vom 20. April 2018 zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ganz generell die Gelegenheit gab, um zu den Noven und den Beilagen der Widerklageduplik Stellung zu nehmen (Urk. 53), machte sie weder explizit noch implizit Ausführungen zur Frage der Rechtzeitigkeit von Vorbringen zur Kostenvoranschlag-Überschreitung als solche und deren Natur als Schaden. Ein Widerspruch resp. eine Verletzung von Treu und Glauben im Sinne von Art. 52 ZPO ist daher nicht erkennbar. Ferner war ein explizites Eingehen der Vorinstanz auf das Ersuchen der Beklagten, ihr im Fall einer abweichenden Rechtsauffassung des Gerichts einen entsprechenden Substantiierungshinweis zu geben, im Urteil nicht notwendig, nachdem sie sich darin auf den Standpunkt stellte, dass die Beklagte den Vertrauensschaden spätestens in der Widerklagereplik hätte substantiieren müssen. Dies schloss einen entsprechenden Substantiierungshinweis nach Erstattung der Widerklagereplik aus. Damit ist insoweit auch eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO, welche die Beklagte in diesem Zusammenhang rügt, nicht ersichtlich. Die Frage, ob die Vorinstanz – entgegen ihrem Standpunkt – der Beklagten einen Substantiierungshinweis hätte erteilen müssen, ist damit aber noch nicht beantwortet. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist diese Frage nachfolgend unter Erw. IV./A./3.4.6. zu behandeln.

E. 6.3

Hinzuweisen ist aber bereits an dieser Stelle auf einen Widerspruch in der Argumentation der Beklagten. Zuvor in der Berufungsschrift hatte sie nämlich erklärt, der Vorhalt der Vorinstanz, wonach sie es in ihrer Eingabe vom 12. September 2018 (Urk. 67A) unterlassen habe, sich zum Vertrauensschaden als Gesamtvermögensdifferenz und zur Kausalität im Sinne eines hypothetischen Alternativverhaltens konkret zu äussern, sei rechtsfehlerhaft, weil dazu gar keine Veranlassung mehr bestanden habe, nachdem sich dies aus ihren in Rz. 1.1 (c)/(c1)-(c5) (Urk. 102 S. 5 f.) wiedergegebenen Zitaten aus der Widerklagebegründung und deren Bestätigung durch die Klägerin bereits alles schlüssig ergeben habe (Urk. 102 S. 30 f. Rz. 14.8). Darauf wird nachfolgend unter Erw. IV./A./3.4.2. näher einzugehen sein.

- 19 -

E. 6.4

Soweit die Beklagte im Zusammenhang mit der Frage ungenügender Substantiierung des Vertrauensschadens verlangt, ihre Eingabe vom 12. September 2018 (Urk. 67A) sei "als vollgültige Parteiäusserung zu berücksichtigen, denn hätte die Vorinstanz den notwendigen Substantiierungshinweis gemacht", wäre sie "in der Lage gewesen, eine entsprechende Ergänzung zu ihrer Widerklagereplik einzureichen" (Urk. 102 S. 35 Rz. 16.5), ist ihre Argumentation darüber hinaus nicht verständlich. Die Beklagte behauptet in der Berufungsschrift nicht, dass sie in dieser Eingabe Ausführungen zum Vertrauensschaden als Gesamtvermögensdifferenz gemacht habe – der Feststellung im vorinstanzlichen Urteil, sie habe sich zum Vertrauensschaden als Gesamtvermögensdifferenz in dieser Eingabe nicht geäußert (Urk. 103 S. 83), widerspricht sie nicht –, sondern stellt sich, wie vorstehend dargelegt, auf den Standpunkt, dies sei nicht mehr nötig gewesen. Die Berücksichtigung der genannten Eingabe würde mithin auch nach

der Darstellung der Beklagten nicht bewirken, dass eine bisher ungenügende Substantiierung des Vertrauensschadens behoben wäre. 7. Sodann rügt die Beklagte die Verletzung verschiedener weiterer Verfahrensgrundsätze. Aufgrund der engen Verknüpfung mit materiell-rechtlichen Fragen resp. zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten werden diese nachfolgend unter Erw. IV./A./3.4.6. abgehandelt. 8.1. Unter dem Titel "Hinweise auf Befangenheit zulasten Berufungsklägerin" macht die Beklagte geltend, sie habe aufgrund von verschiedenen (einzeln angeführten) Verhaltensweisen der Vorinstanz den Eindruck gewonnen, dass diese zugunsten der Klägerin resp. zu ihren Lasten befangen zu sein scheine, weil H._____, Verwaltungsratsmitglied der Klägerin, in der vorinstanzlichen Miet-/Pacht-Schlichtungsbehörde als Schlichter tätig sei. Im vorinstanzlichen Verfahren habe sie kein Ausstandsgesuch nach Art. 49 ZPO gestellt, weil für einen Befangenheitsgrund im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO zu wenig Konkretes vorgelegen habe. Aufgrund der Verhaltensweisen der Vorinstanz ersuche sie aber um Mitberücksichtigung dieses Aspekts im Berufungsverfahren (Urk. 102 S. 46 f. Rz. 21; vgl. auch Urk. 111 S. 38 Rz. 26).

- 20 - 8.2. Nach Abschluss des Verfahrens, d.h. wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 m.w.H.). Die Beklagte stellt allerdings kein Ausstandsbegehren mit Bezug auf einzelne oder alle Mitwirkende des erstinstanzlichen Entscheids, sondern möchte die "Mitberücksichtigung dieses Aspekts im jetzigen Berufungsverfahren" bewirken (Urk. 102 S. 47 Rz. 21). Eine derartige Vorgehensweise ist indes in der ZPO nicht vorgesehen, weshalb auf dieses Ersuchen der Beklagten nicht weiter einzugehen ist. 9. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-101). Auf die Vorbringen der Beklagten ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidfindung notwendig ist. IV. Materielles A. Haftung aus falscher Kosteninformation/Kostenüberschreitung

E. 10

August 2018 sei "förmlich ungültig" gewesen, da sie von einem nicht rechtskonform eingesetzten Referenten erlassen worden sei (Urk. 102 S. 17 Rz. 10 und Rz. 10.1). Zudem sei sie inhaltlich fehlerhaft gewesen und die von ihr beantragte Abnahme der ihres Erachtens zu kurz bemessenen Frist durch den ungültig delegierten Richter abgelehnt worden (Urk. 102 S. 17 f. Rz. 10.1 ff.). Die Beklagte spricht damit primär an, dass Bezirksrichter lic. iur. M. Müller im vorinstanzlichen Verfahren am 10. August 2018 eine prozessleitende Verfügung erliess, obwohl die Prozessleitung im Verfahren mit Beschluss vom 20. Juli 2015 (Urk. 5 S. 2) an den Gerichtspräsidenten, lic. iur. R. Hohler, delegiert und ein Wechsel der Prozessleitung den Parteien nicht angezeigt worden war. Zwar teilte Bezirksrichter lic. iur. M. Müller der Beklagten mit Schreiben vom 5. September 2018 mit, dass er am 19. Juni 2017 per 1. Juli 2018 vom Gerichtspräsidenten lic. iur. R. Hohler als Referent bestimmt worden sei (Urk. 65A). Eine formelle Delegation der Prozessleitung an Bezirksrichter lic. iur. M. Müller als Referenten war jedoch nicht erfolgt. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2018 wurde die Prozessleitung dann an einen Ersatzrichter bzw. an eine Ersatzrichterin aus der Mobilen Equipe des Obergerichts des Kantons Zürich delegiert und angekündigt, dass den Parteien der betreffende Ersatzrichter bzw. die betreffende Ersatzrichterin zu einem späteren Zeitpunkt schriftlich mitgeteilt werde (Urk. 77). Dies geschah mit Verfügung des Gerichtspräsidenten lic. iur. R. Hohler vom 23. April 2019 (Urk. 79 S. 3 f.).

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