



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Handelsrichterin Astrid Fontana, Handelsrichter Jakob Haag und Handelsrichterin Anja Widmer sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2021

in Sachen

BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____

gegen

A. _____ Versicherungen AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zur Bezahlung von 68'427.50.- zzgl. Zins von 5% seit 9. Juli 2018 an die Klägerin zu verpflichten.
2. Es sei die Beklagte zur Kostenbevorschussung von CHF 3'890'000.- abzüglich des unter vorstehender Ziff. 1 durch das Gericht bereits zugesprochenen Betrages (exkl. Verzugszins), für die Nachbesserung der Mängelbehebung an den Fassaden und Balkonen der Überbauung "B._____", C._____-strasse/D._____-strasse, in ... E._____, durch geeignete Dritte zzgl. Verzugszins von 5% seit 1. Februar 2017 zu verpflichten.
3. Es sei die Klägerin zur Abrechnung der Ersatzvornahme gemäss Ziff. 2 innert 90 Tagen nach Abschluss der Arbeiten zu verpflichten unter allfälliger Rückerstattungspflicht an die Beklagte.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

In der Replik geändertes Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2; act. 25 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zur Bezahlung von 68'427.50.- zzgl. Zins von 5% seit 9. Juli 2018 an die Klägerin zu verpflichten.
2. Es sei die Beklagte zur Kostenbevorschussung von CHF 3'880'000.- abzüglich des unter vorstehender Ziff 1 durch das Gericht bereits zugesprochenen Betrages (exkl. Verzugszins), für die Nachbesserung der Mängelbehebung an den Fassaden und Balkonen der Überbauung „B._____", C._____-strasse/D._____-strasse, in ... E._____, durch geeignete Dritte zzgl. Verzugszins von 5% seit 1. Februar 2017 zu verpflichten.
3. Es sei die Klägerin zur Abrechnung der Ersatzvornahme gemäss Ziff. 2 innert 90 Tagen nach Abschluss der Arbeiten zu verpflichten unter allfälliger Rückerstattungspflicht an die Beklagte.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Übersicht:

Sachverhalt und Verfahren:	4
A. Sachverhalt	4
a. Parteien und ihre Stellung	4
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	8
Erwägungen:	9
1. Formelles	9
1.1. Prozessvoraussetzungen	9
1.2. Teilweiser Klagerückzug	9
2. Materielles	10
2.1. Werkvertrag	11
2.2. Ablieferung	13
2.3. Mangel	13
2.3.1. Aussenwärmedämmung	14
2.3.2. Balkongefälle	34
2.4. Mängelrügen	54
2.4.1. Aussenwärmedämmung	56
2.4.2. Balkongefälle	68
2.5. Bürgschaftsfall	76
2.6. Vertragliche Bedingungen der Bürgschaftsverpflichtung	79
2.6.1. Feststellung nach gemeinsamer Prüfung der vollendeten Arbeiten	81
2.6.1.1. Aussenwärmedämmung	81
2.6.1.2. Balkongefälle	81
2.6.2. Feststellung nach Aushändigung des Garantiescheins	82
2.6.2.1. Aussenwärmedämmung	82
2.6.2.2. Balkongefälle	83
2.6.3. Feststellung bis 31. Juli 2015	84
2.6.3.1. Aussenwärmedämmung	84
2.6.3.2. Balkongefälle	86
2.6.4. Geltendmachung bis 31. August 2015	88
2.6.4.1. Aussenwärmedämmung	88
2.6.4.2. Balkongefälle	91
2.6.5. Zwischenergebnis	92
2.7. Kostenbevorschussung	92
2.7.1. Aussenwärmedämmung	93
2.7.2. Balkongefälle	95
2.7.2.1. Untergrundvorbereitung	97
2.7.2.2. Versetzung des Bodenablaufs	97
2.7.2.3. Erstellen des neuen Nutzbelags	98
2.7.2.4. Neuanschluss der Dämmung	99
2.7.2.5. Malerarbeiten	99
2.7.2.6. Planung	100
2.7.2.7. Zwischenergebnis	100
2.7.3. Gemeinsame Kostenpositionen	101

2.7.3.1. Baustelleneinrichtungen.....	101
2.7.3.2. Gerüste	102
2.7.3.3. Gärtnerarbeiten	103
2.7.3.4. Baureinigung.....	104
2.7.3.5. Zwischenergebnis	105
2.7.4. Verhältnismässigkeit	105
2.7.5. Ergebnis.....	108
2.8. Mangelfolgeschaden	110
2.8.1. Privatgutachten vom 22. November 2013	110
2.8.2. Bestandesaufnahme vom 15. April 2014	111
2.8.3. Weitere Auslagen.....	112
2.8.4. Vorprozessuale Anwaltskosten	112
2.8.5. Mietzinsausfall	113
2.8.6. Ergebnis.....	116
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	116
3.1. Gebührenstreitwert.....	116
3.2. Gerichtskosten	117
3.3. Parteientschädigung.....	118
4. Rechtsmittelstreitwert	123

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhalt

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Stiftung schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich ZH; sie bezweckt die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für das Personal des Kantons Zürich (act. 3/3). Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 1 an der C._____- und D._____-strasse in ... E._____ ZH, auf welcher sie die Überbauung "B._____" erstellen lassen hat (act. 1 Rz. 7, 8).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Winterthur ZH; sie bezweckt, ... [Gesellschaftszweck] (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten einen Kostenvorschuss zur Behebung der von ihr geltend gemachten Mängel an der verputzten Aussenwärmendämmung und an den Balkonen der Überbauung "B._____" in E._____.

Mit Totalunternehmer-Vertrag vom 5. November 2010 beauftragte die Klägerin die E._____ Generalunternehmung AG mit der Planung und Erstellung der streitgegenständlichen Überbauung (act. 1 Rz. 8, 17, 18; act. 10 Rz. 28; act. 3/4).

Die Erstellung der Architektenpläne erfolgte durch die F._____ AG (act. 1 Rz. 10; act. 10 Rz. 5, 23; act. 25 Rz. 15, 17, 44; act. 29 Rz. 16, 17, 602, 705; vgl. act. 30/1). Die Architektenpläne bildeten gemäss Ziffer 2.3 und 2.4 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 integrierende Bestandteile des Totalunternehmer-Vertrags (act. 25 Rz. 17; act. 29 Rz. 55, 564). Gemäss Ziffer 4 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 übernahm die Totalunternehmerin das bestehende Planungsteam von der Klägerin (act. 10 Rz. 23; act. 25 Rz. 156; act. 29 Rz. 16, 602, 705).

Mit der Erstellung der verputzten Aussenwärmedämmung beauftragte die Totalunternehmerin die G._____ GmbH mit Sitz in Zürich ZH als Subunternehmerin (act. 1 Rz. 9; act. 3/5; act. 3/6). Diese änderte am 13. November 2015 ihre Firma in G'._____ GmbH und verlegte ihren Sitz nach ... SG; mit Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen vom 13. September 2016 wurde die Gesellschaft gemäss Art. 819 i.V.m. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 aOR aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet (act. 1 Rz. 9; act. 3/6). Am 3. April 2018 wurde die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht (SHAB Nr. 66 v. 06.04.2018, Publ. 4155235).

Mit der Erstellung der Balkone beauftragte die Totalunternehmerin die H._____ GmbH als Subunternehmerin (act. 10 Rz. 6; act. 29 Rz. 23; vgl. act. 30/3).

Die übrigen von der Totalunternehmerin (allenfalls) beigezogenen Subunternehmerinnen bilden nicht Prozessgegenstand.

Die Abnahmen der Baufelder erfolgten am 24. Juli 2012 für das Baufeld A1, am 23. August 2012 für die Baufelder A2 und A3, am 24. Oktober 2012 für die Baufelder B2 und C3, am 23. November 2012 für das Baufeld B1, am 27. November 2012 für das Baufeld C1 (vermieteter Teil), am 14. Dezember 2012 für das Baufeld C1 (nicht vermieteter Teil), am 18. Dezember 2012 für das Baufeld C3 (KITA), am 1. Februar 2013 für das Baufeld C2, am 23. Juli 2013 für die Umgebung, am 26. Juli 2013 für die Eingänge und Fassaden im EG sowie am 19. November 2013 für das Baufeld C1 (Gewerbe) (act. 1 Rz. 11, 183, 184; act. 10 Rz. 194, 195; act. 25 Rz. 71; act. 29 Rz. 165; act. 3/8; act. 26/58).

Die Totalunternehmerin hatte sich in Ziffer 20.2 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 zur Übergabe einer Erfüllungsgarantie einer Schweizerischen Versicherungsgesellschaft im Umfang von CHF 3'750'000.00 (5 % des Netto-Pauschal-Werkpreises) verpflichtet (act. 1 Rz. 13; act. 3/4). Die Beklagte gab mit Garantieschein Nr. 16 vom 3. Mai 2013 dazu gegenüber der Klägerin ein Bürgschaftsverpflichtung über die Garantiesumme von CHF 3'890'000.00 ab (act. 1 Rz. 13; act. 3/13/1). Diese wurde jeweils durch die nachfolgenden Garantiescheine Nr. .../00002 vom 8. Juni 2015, Nr. .../00003 vom 7. April 2016 und zuletzt Nr. .../00004 vom 28. April 2017, gültig von 1. Februar 2013 bis 31. Juli 2019, ersetzt (act. 1 Rz. 13; act. 3/13/2-4).

Nachdem sich mehrere Mieter über nicht abfliessendes Wasser auf den Balkonen beklagt hatten, gab die Klägerin am 3./5. November 2013 bei der Firma I. _____ AG ein Privatgutachten über das Balkongefälle in Auftrag (act. 1 Rz. 33, 124; act. 10 Rz. 47, 48; act. 25 Rz. 74; act. 3/20 Ziffer 1 S. 2). Der Zeitpunkt der Mieterbeschwerden ist zwischen den Parteien streitig (act. 10 Rz. 47; act. 25 Rz. 73; act. 29 Rz. 171). Das Privatgutachten datiert vom 22. November 2013 (act. 1 Rz. 185; act. 25 Rz. 79; act. 3/20). Mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 rügte die Klägerin unter Beilage des Privatgutachtens vom 22. November 2013 bei der Totalunternehmerin ein mangelhaft geplantes und ausgeführtes Balkongefälle sowie fehlende Entwässerungsrinnen (act. 1 Rz. 34; act. 10 Rz. 49; act. 25 Rz. 38, 45, 47; act. 29 Rz. 109, 110; act. 3/21). Die Auslegung dieser Mängelrüge

ist zwischen den Parteien bezüglich die Anzahl der damit gerügten Balkone streitig (Ziffer 2.4.2.1 unten).

Im Juli 2014 fand die Schlussprüfung nach Art. 177 SIA-Norm 118 statt (act. 1 Rz. 28, 186, 189; act. 10 Rz. 38, 41, 203; act. 25 Rz. 49, 186, 303, 321; act. 29 Rz. 214, 822; act. 3/9). Die Rechtzeitigkeit des zugehörigen Mängelprotokolls ist bezüglich des zuerst abgenommenen Baufelds A1 zwischen den Parteien streitig (Ziffer 2.4.1.1 unten). Die Klägerin rügte gerissene Fugen bei den Anschlüssen der Fassade und ein ungenügendes Gefälle, wobei der genaue Umfang der Mängelrüge zwischen den Parteien ebenfalls streitig ist (Ziffer 2.4.1.1 unten; Ziffer 2.4.2.2 unten).

Am 6. Januar 2015 wurde der Konkurs über die Totalunternehmerin eröffnet (act. 1 Rz. 14; act. 3/14).

Mit Schreiben vom 27. April 2015 rügte die Klägerin bei der Totalunternehmerin bzw. beim Konkursamt balkonseitige Fassadenausblühungen (act. 1 Rz. 31; act. 10 Rz. 42; act. 25 Rz. 116, 120, 174, 332; act. 29 Rz. 302, 310, 892; act. 3/18). Der genaue Umfang der Mängelrüge ist zwischen den Parteien streitig (Ziffer 2.4.1.2 unten). Mit Schreiben vom 28. April 2015 rügte die Klägerin eine fehlende Stossfuge an vier Stellen der Fassade an der C.____-strasse 2 (act. 1 Rz. 31; act. 3/16; Ziffer 2.4.1.3 unten).

Zur Vorbereitung eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO liess die Klägerin vorgängig bei der J.____ GmbH eine Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 erstellen (act. 36/1 = act. 3/10 Rz. 7; act. 29 Rz. 416; act. 30/6). Mit Eingabe vom 18. November 2015 machte die Klägerin das Verfahren anhängig und verlangte die gutachterliche Klärung des Zustandes der verputzten Aussenwärmedämmung und der Balkonentwässerung (act. 36/1 = act. 3/10). Das gerichtliche Gutachten vom 27. Juni 2016 ging der Klägerin am 30. Juni 2016 zu (act. 36/48; act. 36/49/1). Mit Schreiben vom 6. Juli 2016 rügte die Klägerin bei der Totalunternehmerin bzw. beim Konkursamt eine Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails der verputzten Wärmedämmung (act. 29

Rz. 247, 301, 368, 441, 507, 618, 619; act. 30/5; zum Ganzen Ziffer 2.4.1.5 unten).

Auf die weitere Darstellung der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 11. Juli 2018 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren anhängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-52). Den ihr mit Verfügung vom 11. Juli 2018 auferlegten Kostenvorschuss von CHF 60'000.00 (act. 4) leistete die Klägerin am 20. Juli 2018 fristgemäss (act. 6). Mit Eingabe vom 24. Juli 2018 reichte die Beklagte innerhalb der ihr mit Verfügung vom 24. Juli 2018 angesetzten Frist (act. 7) die Klageantwort ein und beantragte die Streitverkündung an die F._____ AG, ... [Adresse], und die H._____ GmbH, ... [Adresse] (act. 9; act. 10; act. 11/2-13). Die Prozessleitung wurde mit Verfügung vom 11. Oktober 2018 an Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner delegiert (act. 12). Am 27. Februar 2019 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien keine Einigung erzielten (act. 13A; act. 18; act. 20; act. 21; Prot. S. 6 ff.). Mit Verfügung vom 16. April 2019 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen (act. 23). Die Zustellung der Streitverkündung an die F._____ AG erfolgte am 18. April 2019 (act. 24/3), diejenige an die H._____ GmbH am 26. April 2019 (act. 24/4). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 27. Juni 2019 innerhalb der ihr mit der nämlichen Verfügung vom 16. April 2019 angesetzten Frist die Replik ein (act. 25; act. 26/53-61). Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 6. November 2019 innerhalb der ihr mit Verfügung vom 9. Juli 2019 angesetzten Frist (act. 27) die Duplik ein (act. 29; act. 30/1-7). Mit Verfügung vom 11. November 2019 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und der Aktenschluss festgehalten (act. 31). Die Klägerin nahm die Verfügung am 13. November 2019 in Empfang (act. 32/1). Mit Eingabe vom 17. März 2020 teilte die Klägerin den Wechsel ihrer Rechtsvertretung mit (act. 33; act. 34).

Mit Verfügung vom 11. November 2021 wurde den Parteien Frist zur Erklärung angesetzt, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Be-

weisverfahrens – verzichten; zudem wurde ihnen Kenntnis von der geänderten Gerichtsbesetzung und vom Beizug der Akten des Verfahrens HE150510-O (ohne Einlegerakten; act. 36) gegeben (act. 37). Die Beklagte verzichtete mit Eingabe vom 16. November 2021 auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 39), die Klägerin mit Eingabe vom 25. November 2021 (act. 40).

Die Streitberufenen haben sich nicht vernehmen lassen.

Das Verfahren ist spruchreif.

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Prozessvoraussetzungen

Die örtliche Zuständigkeit beruht auf Art. 31 ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat (act. 1 Rz. 2). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG (act. 1 Rz. 3). Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

1.2. Teilweiser Klagerückzug

Die Klägerin hat von der Beklagten vergleichsweise im Zusammenhang mit einem anderen als dem vorliegend im Streit stehenden Sachverhalt aus der Solidarbürgschaft bereits CHF 10'000.00 erhalten (act. 10 Rz. 16, 167; act. 25 Rz. 4). Mit Replik vom 27. Juni 2019 reduziert die Klägerin ihre Forderung deshalb um CHF 10'000.00 (act. 25 Rz. 4; act. 29 Rz. 36). Ein Klagerückzug beendet das Verfahren von Gesetzes wegen, und dieses ist – im entsprechenden Umfang – abzuschreiben (Art. 242 Abs. 2 und 3 ZPO; BGE 139 III 133 E. 1.2 S. 133-134 zum Vergleich; BGer 4A_562/2014 v. 20.02.2015 E. 1.1). Das Verfahren ist somit im Umfang von CHF 10'000.00 zufolge Klagerückzugs als erledigt abzuschreiben.

2. Materielles

Gemäss Art. 492 Abs. 1 i.V.m Art. 496 Abs. 1 OR und dem massgeblichen Garantieschein Nr. BG 14.177.865/00004 vom 28. April 2017 haftet die Beklagte unter den im Garantieschein genannten Voraussetzungen von 1. Februar 2013 bis 31. Juli 2019 für Ansprüche der Klägerin auf Werkgarantie gegen die Totalunternehmerin (act. 1 Rz. 13, 179-181; act. 3/13/4). Die ursprüngliche Bürgschaftssumme von CHF 3'890'000.00 hat sich durch die Teilleistung um CHF 10'000.00 reduziert (Ziffer 1.2 oben). Die Bürgschaftssumme beträgt somit (noch) CHF 3'880'000.00.

Die Bürgschaft setzt das Bestehen einer Hauptschuld voraus (Art. 492 Abs. 2 OR). Nach der Rechtsprechung hat der Bauherr gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 SIA-Norm 118 nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Nachbesserung einen Anspruch auf Vorschuss der Kosten der Ersatzvornahme (BGE 136 III 273 E. 2.4 S. 275-276; BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418). Die Abrechnung über die Kosten erfolgt, wenn nach Durchführung der Ersatzvornahme die Kosten definitiv feststehen (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-261).

Im Vorschussprozess wird rechtskräftig über das Bestehen des Anspruchs auf Ersatzvornahme entschieden (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-261; MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: Alfred Koller [Hrsg.], Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, St. Gallen 2004, N 9, 57). Die definitive Festsetzung der tatsächlichen Kosten erfolgt dagegen erst mit der Abrechnung nach Durchführung der Ersatzvornahme bzw. im Abrechnungsprozess (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-261; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 62). Inwiefern eine Bindung an die Art der Sanierung besteht, hängt von der Auslegung des Vorschussurteils ab (BGE 141 III 257 E. 3.2 S. 259, E. 3.3 S. 261; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 61). Die erforderlichen Ausführungen zur Wahl der Sanierungsmethode erfolgen im Zusammenhang mit der Bemessung des Kostenvorschusses (Ziffer 2.7 unten).

2.1. Werkvertrag

Die Qualifikation als Totalunternehmervertrag ist zwischen den Parteien unstrittig (act. 1 Rz. 8; act. 10 Rz. 22; act. 25 Rz. 155) und zutreffend. Die Totalunternehmerin haftet gleichermassen für Planungs- und Ausführungsmängel (act. 10 Rz. 67, 90; act. 25 Rz. 219; act. 29 Rz. 586). Gemäss Ziffer 1.2 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 verpflichtete sich die Totalunternehmerin, das "Bauwerk schlüsselfertig zu erstellen und eine umfassende Garantie für Qualität, Termin und Preis gemäss den nachfolgenden Bestimmungen dieses Vertrages zu leisten". Sie übernahm "ausdrücklich die Risiken von allfälligen Planungsfehlern/-mängeln" und "verzichtet[e] gegenüber der Bestellerin [= Klägerin] ausdrücklich auf die Geltendmachung von Schadenersatz, welcher durch die Behebung solcher Planungsfehler und /oder Mängel entsteht" (Ziffer 5.1 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010; act. 25 Rz. 18).

Bei grösseren Bauarbeiten geht dem Vertragsschluss eine Ausschreibung voraus (vgl. Art. 3 Abs. 2 SIA-Norm 118). In der Ausschreibung vermittelt der Bauherr "den Adressaten alle Angaben, die erforderlich sind, damit sie sich über den Inhalt des beabsichtigten Vertrages Klarheit verschaffen können, insbesondere über Art, Umfang und Besonderheit der Bauarbeit sowie über die Art der zu vereinbarenden Preise" (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 SIA-Norm 118). Die Ausschreibungsunterlagen umfassen auch die Pläne (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 4 SIA-Norm 118). Damit sind die sog. Ausschreibungspläne gemeint (HUBERT STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, hrsg. von Peter Gauch/Hubert Stöckli, 2. Aufl. 2017, N. 24 zu Art. 7 SIA-Norm 118).

Gemäss Ziffer 2.3 und 2.4 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 bilden die Architektenpläne dessen integrierenden Bestandteil (act. 25 Rz. 17; act. 29 Rz. 55). Streitig ist die Haftung der Totalunternehmerin für die von ihr übernommenen Architektenpläne. Nach Ansicht der Klägerin hat die Totalunternehmerin die Haftung für die von ihr übernommenen Architektenpläne übernommen (act. 25 Rz. 17, 156, 212, 276). Nach Ansicht der Beklagten haftet die Totalunternehmerin nur für ihre eigenen Planungsfehler oder die Planungsfehler

ihrer Subplaner (act. 29 Rz. 58, 414, 565, 741). Eine Haftung für die übernommene Planung bestreitet die Beklagte (act. 29 Rz. 414, 587, 741).

Aus der von der Beklagten zitierten Ziffer 5.1 Abs. 2 Satz 1 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 "Der Totalunternehmer übernimmt ausdrücklich die Risiken von allfälligen Planungsfehlern/-mängeln" ergibt sich keine Haftung für bisherige Planungsfehler (act. 29 Rz. 58 = Rz. 565). Ziffer 5.1 Abs. 2 Satz 2 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 "Er verzichtet gegenüber der Bestellerin ausdrücklich auf die Geltendmachung von Schadenersatz, welcher durch die Behebung solcher Planungsfehler und /oder Mängel entsteht" ist dagegen nur im Zusammenhang mit Ziffer 4 Abs. 3 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 verständlich. Darin verpflichtete sich die Totalunternehmerin zur Übernahme des bestehenden Planungsteams und damit "auch[,] für die bisher bis zum Vertragseintritt von den Planern erbrachten Leistungen gegenüber dem Bauherrn [= Klägerin] sowohl in inhaltlicher als auch in qualitativer Hinsicht einzustehen". Es erscheint als selbstverständlich, dass die Totalunternehmerin für unter ihrer Verantwortung entstandene Planungsfehler keine Ansprüche gegen die Klägerin geltend machen kann. Ein tatsächlicher Konsens ist nicht dargelegt. Die normative Auslegung kann nur zum Ergebnis führen, dass die vertragliche Regelung Abgrenzungsfragen zwischen übernommener und weitergeführter Planung dadurch vermeiden will, dass die Totalunternehmerin gegenüber der Klägerin nicht einwenden kann, ein Mangel sei durch deren Ausschreibungsplanung begründet.

Die Klägerin und die Totalunternehmerin vereinbarten in Ziffer 2.13 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 die Anwendung der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991; act. 1 Rz. 19; act. 10 Rz. 29; act. 3/4). Das Nachbesserungsrecht untersteht somit den Bedingungen der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991; act. 3/16). Im Unterschied zum Vorgehen über Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR ist eine nochmalige Nachfristansetzung nach Ausübung des Wahlrechts nicht erforderlich.

2.2. Ablieferung

Zwischen den Parteien unstreitig sind die Abnahmetermine vom 24. Juli 2012 für Baufeld A1, 23. August 2012 für Baufelder A2 und A3, 24. Oktober 2012 für Baufelder B2 und C3, 23. November 2012 für Baufeld B1, 27. November 2012 für Baufeld C1 (vermieteter Teil), 14. Dezember 2012 für Baufeld C1 (nicht vermieteter Teil), 18. Dezember 2012 für Baufeld C3 (KITA), 1. Februar 2013 für Baufeld C2 (... [Unternehmen]), 23. Juli 2013 für Umgebung, 26. Juli 2013 für Eingänge und Fassaden im EG sowie 19. November 2013 für Baufeld C1 (Gewerbe) (act. 1 Rz. 11, 183, 184; act. 10 Rz. 194, 195; act. 3/8).

2.3. Mangel

Mangel i.S.v. Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Dieser "besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch)" (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Parteien vereinbarten in Ziffer 2.17 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 die Anwendbarkeit der übrigen Normen des SIA und im Einverständnis mit dem SIA ausgestellten Normen anderer Fachverbände (act. 1 Rz. 8, 20; act. 10 Rz. 30; act. 3/4). Die Planungsarbeiten unterstehen ebenfalls dem Werkvertragsrecht (BGE 130 III 362 E. 4.1 S. 365 = Pra 94 [2005] Nr. 7; BGE 114 II 53 E. 2b S. 55-56; BGE 109 II 462 E. 3c S. 465). Die Klägerin macht einerseits Mängel der Außenwärmedämmung, andererseits der Balkongefälle geltend.

Die Klägerin beruft sich an verschiedenen Stellen auf Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (act. 1 Rz. 36, 37; act. 25 Rz. 10, 106, 184, 188, 243). Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: "Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer." (Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Sie nimmt Bezug auf den Mangelbegriff von Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118, wonach ein Mangel in einer Vertragsabweichung besteht (PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, in:

Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 7 zu Art. 174 SIA-Norm 118). Der Bauherr trägt nach wie vor die Beweislast für die Beschaffenheit, deren Abweichung vom Vertrag er behauptet, während der Unternehmer alsdann zu beweisen hat, dass es sich dabei nicht um eine Vertragsabweichung handelt (BGer 4A_654/2014 v. 16.04.2015 E. 3.4.2; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 2696; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 9.2 zu Art. 174 SIA-Norm 118; JOHANNES ZUPPIGER, Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118, in: Jusletter vom 13. Juni 2005, N 17). Die Frage, ob eine Vertragsabweichung vorliegt, erscheint allerdings in erster Linie als eine Frage der Subsumtion. Die Beweislastregel bezieht sich wiederum nicht auf die Frage, ob die fehlende Eigenschaft nach dem Vertragsinhalt geschuldet ist (GAUCH, a.a.O., N 2697; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 9.3 zu Art. 174 SIA-Norm 118). Da der Werkmangel bereits im Zeitpunkt der Ablieferung bestehen muss (BGE 107 II 437), begründet die nachträgliche Verschlechterung keinen Werkmangel (BGer 4A_231/2016 v. 12.07.2016 E. 2.2; GAUCH, a.a.O., N 1451). In der Sache geht es damit um die Einwendung, der behauptete Mangel sei auf normale Abnutzung oder unsachgemässen Gebrauchs des im Zeitpunkt der Abnahme mangelfrei erstellten Werks zurückzuführen (BGer 4A_654/2014 v. 16.04.2015 E. 3.4.2; GAUCH, a.a.O., N 2696; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 9.2 zu Art. 174 SIA-Norm 118; ZUPPIGER, a.a.O., FN 12). Aus Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ergibt sich lediglich die (widerlegbare) Vermutung, dass innerhalb der Rügefrist gerügte Mängel bereits im Zeitpunkt der Abnahme des Werks bestanden.

2.3.1. Aussenwärmedämmung

Die Mängel an der verputzten Aussenwärmedämmung fasst die Klägerin als mangelhafte Verarbeitung der Anschlussdetails von verputzter Aussenwärmedämmung an die Bauteile Balkon, Fenster etc. zusammen (act. 1 Rz. 21; act. 10 Rz. 33; act. 25 Rz. 98, 100; act. 29 Rz. 237, 249). Die Anforderungen bestimmen sich nach der SIA-Norm 243:2008 "Verputzte Aussenwärmedämmung" (act. 1 Rz. 44; act. 10 Rz. 74; act. 11/6). Die SIA-Norm 243:2008 "Verputzte Aussenwärmedämmung" enthält insbesondere die folgenden, durch die Behauptungen

der Klägerin prozesskonform in das Verfahren eingeführten Anforderungen (act. 1 Rz. 44; act. 10 Rz. 74; act. 3/12 Ziffer 6.3 S. 12; zur fehlenden Offenkundigkeit i.S.v. Art. 151 ZPO der SIA-Norm 243:2008 s. Ziffer 2.3.2.2 unten; zitiert nach dem Normtext [act. 11/6]):

Gemäss Ziff. 2.1.1 lit. a dritter und vierter Spiegelstrich SIA-Norm 243:2008 sind bei der Projektierung u.a. folgende "konstruktive[n] Gegebenheiten [zu beachten]:

[...]

- Die Verformungen bei An- und Abschlüssen an Einbauteile und Hilfskonstruktionen (Fenster, Fensterbänke, Dachrandabschlüssen usw.) unter Feuchtigkeitseinwirkung oder bei thermisch sowie materialbedingten Einflüssen.
- Die Verformungen bei An- und Abschlüssen an Bauteile der Tragkonstruktion (Untersichten von Auskragungen, Brüstungen usw.)."

Gemäss Ziffer 2.2.4 SIA-Norm 243:2008 sind "die wasserführenden Flächen von Bauteilen, z.B. vorspringende Fenster, Terrassen, Balkone und die Belagsflächen, [...] so zu neigen, dass das Wasser von der verputzten Aussenwärmedämmung wegfliessen. Die Wärmedämmplatten und alle weiteren Schichten der verputzten Aussenwärmedämmung sind von der wasserführenden Fläche zu trennen."

Gemäss Ziffer 2.2.8 SIA-Norm 243:2008 sind die "An- und Abschlüsse sowie Durchdringungen [...] so zu projektieren, dass kein Wasser in die verputzte Aussenwärmedämmung eindringen kann und keine Wärmebrücken entstehen. Die Trennschnitte, verdeckte Kittfugen und Trennfugen sind abgestimmt auf das erwartete Verformungsverhalten der Materialien, an die mit dem Putz angeschlossen werden muss, zu planen."

2.3.1.1. Die Beklagte behauptet, die Klägerin und die Totalunternehmerin hätten sich darauf geeinigt, die SIA-Norm 243 nicht anzuwenden (act. 29 Rz. 535, 536). Die Beklagte verweist nicht auf die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung, sondern auf die Minimalgefälle (act. 29 Rz. 56, 535). Letztere bilden einen eigenen zweiten Mangelkomplex. Anlässlich der entscheidenden Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 diskutierten die Teilnehmer gemäss Ziffer 3.1.1 des Protokolls die Anforderungen der SIA-Norm 271 "Abdichtungen von Hochbauten" (act. 29 Rz. 56; act. 11/8). Zu der für den Ausschluss der Anforderungen der SIA-Norm 243 einschlägigen Behauptung nennt die Beklagte keine Beweismittel und verweist lediglich auf die nicht einschlägige Behauptung betref-

fend die Minimalgefälle (vgl. act. 29 Rz. 535, 536). Damit ist lediglich ein Abschluss der Anforderungen der SIA-Norm 271, nicht jedoch der SIA-Norm 243 schlüssig dargelegt.

2.3.1.2. Gemäss dem Gutachten vom 27. Juni 2016 weicht der festgestellte Zustand von der SIA-Norm 243:2008, den bei der Erstellung gültigen Systemhaltervorschriften und den Regeln der Baukunde ab (act. 1 Rz. 44; act. 25 Rz. 98; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.3 S. 12]):

" [...]

Die Verformung von Bauteilen, wie es bei Fensterbänken, Brüstungen, etc. der Fall ist, wurden beim Anschluss der verputzten Aussenwärmedämmung nicht berücksichtigt (SIA 243 Ausgabe 2008, Kapitel Projektierung Absatz 2.1.1).

Die Konstruktiven Massnahmen beim Anschluss an die Balkonböden zum Schutz der verputzten Aussenwärmedämmung wurden nicht berücksichtigt (SIA 243 Ausgabe 2008, Kapitel: Konstruktive Massnahmen Absatz 2.2.4).

[...] Das Putzsystem beim Anschluss an die Balkonböden wurde nicht von der wasserführenden Ebene getrennt. Belagsflächen beim Anschluss zur Fassade, sind so zu neigen, dass das Wasser von der Fassade wegfliesst.

Die Anschlüsse an die Fensterbänke, Fensterrahmen, etc. bei einer verputzten Aussenwärmedämmung sind so auszuführen, damit kein Wasser in das Fassaden System eindringt (SIA 243 Ausgabe 2008, Kapitel Konstruktive Massnahmen Absatz 2.2.8). Beim Anschluss an die Fremdbauteile Fensterbänke, Gesimse, etc. fehlen die Fugendichtbänder wie auch die Trennschnitte im Putzsystem."

Zudem wurden die Herstellervorgaben der Aussenwärmedämmung nicht eingehalten (act. 1 Rz. 46; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.6 S. 23]):

" Die Anschlüsse an die Balkonplatte wurden mit einer XPS-Einlage und einer Trennfuge (Kittfuge) zwischen Fassadensystem und Balkonplatte geplant [...]. Diese Planung berücksichtigt nicht das Spritzwasser beim Anschluss an den Balkonboden und setzt voraus, dass der Anschluss nicht durch stehendes Wasser auf dem Balkonboden belastet wird.

Den Herstellervorgaben [...] wurde nicht nachgelebt. Die Herstellervorgaben setzen für die Funktion des Anschlussdetails voraus, dass ein Putzabschlussprofil [...] oder ein Sockelblech [...] zur Trennung der Fassade an die wasserführende Ebene der Balkonplatte ausgeführt wird. Vorausgesetzt wird auch, dass im Überzug ein Gefälle ausgeführt wird und kein stehendes Wasser an der Fassade möglich ist.

Wie bereits in der Frage 1.3 erwähnt, wird das Wasser nicht vom Anschluss an die Fassade weggeführt (fehlendes Gefälle im Überzug).

[...]"

Die Beklagte bestreitet nicht, dass die gutachterlich beschriebenen Mängelbilder an einigen Stellen bestehen (act. 10 Rz. 8, 87; act. 25 Rz. 105; act. 29 Rz. 504). Sie bestreitet jedoch, dass sämtliche Anschlüsse von Balkonen, Fensterbänken und Brüstungen davon betroffen seien (act. 10 Rz. 70, 71, 73, 89; act. 29 Rz. 504).

2.3.1.2.1. Die Klägerin beruft sich auf Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (act. 1 Rz. 36, 37; act. 25 Rz. 106, 243). Hinsichtlich der mangelhaften Anschlüsse der Balkone, Fensterbänke und Brüstungen kann sich die Klägerin bereits deshalb nicht auf diese Bestimmung berufen, weil diese Mängel erst mit Schreiben vom 6. Juli 2016 und somit nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist (Rügefrist) i.S.v. Art. 172 SIA-Norm 118 gerügt wurden (Ziffer 2.4.1.5 unten). Die Beweislast für die Vertragsabweichung wird nur für solche Mängel umgekehrt, welche der Bauherr innerhalb der Rügefrist gerügt hat (vgl. Art. 174 Abs. 1 SIA-Norm 118; BGer 4A_424/2009 v. 17.11.2009 E. 4.1; GAUCH, a.a.O., N 2696; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., N. 6, 9.1 zu Art. 174 SIA-Norm 118, N. 22 zu Art. 179 SIA-Norm 118; ZUPPIGER, a.a.O., N 8). Weiter befreit Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 die Klägerin auch nicht von der Beweislast für das Vorliegen der Mängel der die Mangelhaftigkeit begründenden Beschaffenheit des streitgegenständlichen Werks (Ziffer 2.3.1 oben). Da die Beklagte die Mängelbilder nicht bestreitet, soweit sie diese als nachgewiesen erachtet, verbessert die Bestimmung ihre Rechtsposition nicht. Die Beklagte stellt die Frage, welche Schlüsse sich aus dem Gutachten vom 17. Juni 2017 ziehen lassen, grundsätzlich zu Recht.

2.3.1.2.2. Die Beklagte ist der Ansicht, die Auswahl der Sondierungsöffnungen sei nicht repräsentativ, da sie sich auf die in einem bestehenden Privatgutachten der Klägerin als mangelhaft bezeichneten Stellen stütze (act. 10 Rz. 25 erster Bullet-Point, 63, 71; act. 29 Rz. 90, 91, 239, 415, 520). Im Haus D.____-strasse 3 seien lediglich die untersuchte Wohnung, im Haus C.____-strasse 4 drei Wohnungen, im Haus D.____-strasse 5 zwei Wohnungen und im Haus C.____-strasse

2 vier (von elf) Wohnungen als stark betroffen ausgewiesen; die Zahl der betroffenen Wohnungen im Haus C. _____-strasse 6 werde nicht offengelegt (act. 29 Rz. 418). Der Gutachter habe bewusst negative Beispiele herausgesucht (act. 25 Rz. 25 erster Bullet-Point, 63; act. 29 Rz. 90, 102, 415, 418). Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin hätte substantiiert darzutun, welche Gebäude, welche Balkone, welche Anschlüsse an die Fensterbänke und welche Anschlüsse an die verputzten Balkonbrüstungen konkret betroffen seien (act. 10 Rz. 70 zweiter Bullet-Point).

Die Klägerin ist der Ansicht, die Begutachtung beziehe sich auf die gesamte Überbauung (act. 25 Rz. 106). Dies entspreche der Fragestellung, und der Gutachter habe auch keinen Vorbehalt angebracht (act. 25 Rz. 32, 106 erster-dritter Spiegelstrich). Zudem handle es sich bei sämtlichen Balkonen um denselben Planungsfehler (act. 25 Rz. 106 vierter Spiegelstrich, 202). Die Klägerin ist der Ansicht, sie sei nicht gehalten, die Mängel für sämtliche 149 Balkonbrüstungen, sämtliche Fenster und sämtliche anderen anschliessenden Bauteile in sämtlichen 12 Baukörpern im Einzelnen zu substantiiieren (act. 25 Rz. 107).

Der Gutachter beschränkte sich bei der Augenscheinnahme auf bestimmte Fassadenflächen (vgl. act. 3/12 Ziffer 2 S. 4, Ziffer 4.2 S. 5). Die Auswahl kam folgendermassen zustande: Die Klägerin liess vor Einleitung des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung die private Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 erstellen (act. 36/1 = act. 3/10 Rz. 7; diese ist nicht zu verwechseln mit der Bestandesaufnahme vom 15. April 2014 zur Vorbereitung der Garantieabnahme [act. 25 Rz. 303; act. 26/61]). Darin markierte die Privatgutachterin 38 Wohnungen als stark durch die Fassadenausblühungen betroffen (act. 29 Rz. 416; act. 30/6). Nach der gerichtlichen Experteninstruktion vom 29. März 2016 ersuchte der Gutachter die Klägerin mit E-Mail vom 6. April 2016, im Hinblick auf den ersten Augenschein vom 19. April 2016 "den Zugang zu 2-3 Balkonen[,] bei welchen wenn möglich sichtbare Schäden erkennbar sind[,] am Besichtigungstermin zu gewährleisten" (act. 29 Rz. 90, 415; act. 11/4; act. 36/42). Die Klägerin antwortete darauf: "Um eine Einflussnahme unsererseits auszuschliessen, bitte ich Sie, gestützt auf das bereits in Ihren Akten befindliche Schadensprotokoll inkl.

Fotos der J._____ GmbH [...] mitzuteilen, zu welchen Mietwohnungen/Balkonen [S]ie den Zugang benötigen, damit sie [die zuständige Immobilienbewirtschafterin] die Mieter vorab informieren kann" (act. 10 Rz. 63; act. 29 Rz. 90, 91, 415, 416; act. 11/4). Anlässlich des ersten Augenscheins vom 19. April 2016 wählte der Gutachter die folgenden Standorte aus: D._____ -strasse 3 (K._____), C._____ -strasse 4 (L._____), D._____ -strasse 5 (M._____), C._____ -strasse 2, C._____ -strasse 6 (act. 10 Rz. 63; act. 29 Rz. 417, 418; act. 11/5). Die geplanten Sondierungsstandorte teilte er mit E-Mail vom 20. April 2016 mit (act. 10 Rz. 63; act. 29 Rz. 417; act. 11/5). Am 23. Mai 2016 nahm er die Sondierungsöffnungen an den geplanten fünf Standorten vor (act. 10 Rz. 71; act. 25 Rz. 199; act. 3/12 Ziffer 8.4 S. 44).

Soweit die Beklagte die Vorgehensweise des Gutachters in grundsätzlicher Hinsicht in Frage stellt (act. 29 Rz. 102), ist diese jedenfalls sachlich vertretbar. Anlass zur Begutachtung der Aussenwärmedämmung bildeten die spätestens im Frühjahr 2015 sichtbar gewordenen Fassadenausblühungen (vgl. act. 1 Rz. 32; act. 10 Rz. 45). Der Gutachter hatte insbesondere in Frage 1.3 zu beantworten, auf welche Ursachen der festgestellte Zustand zurückzuführen sei (act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 13-14). Die Mangelhaftigkeit der Anschlüsse war damals noch nicht bekannt (act. 25 Rz. 177; act. 29 Rz. 246, 247; Ziffer 2.6.3.1.1 unten). Die Sondierungen dienten dazu, die Ursache der Fassadenausblühungen zu eruieren. Da es sich bei den Sondierungsöffnungen um einen Eingriff in die Bausubstanz handelt (vgl. act. 3/12 Ziffer 2.1 S. 4), ist es nicht praktikabel, sämtliche möglichen Stellen zu öffnen. Der dazu erforderliche Aufwand für den Gutachter und die von ihm für die Ausführung der Sondierungsöffnungen beigezogenen Hilfspersonen stünde dabei auch in keinem Verhältnis zum Ergebnis. Deshalb entspricht es guter Praxis, eine Auswahl der zu sondierenden Stellen zu treffen. Dabei muss sich die Auswahl nach dem Untersuchungsziel richten. Lautet die Fragestellung, die Ursachen für ein Schadensbild zu klären, müssen dazu diejenigen Stellen ausgesucht werden, bei welchen dieses Schadensbild festzustellen ist. Die Auswahl der Stellen für die Sondierungsöffnungen ist deshalb nicht willkürlich, sondern entsprechend dem Untersuchungsziel erfolgt.

2.3.1.2.3. Nach Ansicht der Beklagten beschränken sich die Aussagen des Gutachtens vom 27. Juni 2016 auf die fünf explorierten Sondierungsöffnungen (act. 10 Rz. 25 erster Bullet-Point, 31, 71, 72, 75; act. 29 Rz. 269). Die Beklagte hält die Auslegung der Klägerin, wonach sich die Begutachtung "auf die gesamte Überbauung, also *sämtliche* Anschlüsse der Fassade[,] *sämtliche* Balkonbrüstungen und Fenster" (act. 25 Rz. 106 erster Spiegelstrich) beziehe, für unzutreffend (act. 29 Rz. 267, 268).

Unbestritten geblieben ist die Behauptung der Klägerin, der Einzelrichter habe anlässlich der Experteninstruktion im Rahmen des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung "explizit festgehalten, dass sich die Begutachtung auf die gesamte Überbauung 'B._____' mit den Liegenschaften D._____-strasse 1, 3, 5/7, 9, 11, 13/15 und C._____-strasse 7/4, 8, 9, 10/11, 12/6, 13/2/14/15 in ... E._____" beziehe (act. 25 Rz. 106 zweiter Spiegelstrich; act. 29 Rz. 268). In den Verfahrensakten widerspiegelt sich dies insofern, als "der Umfang dieser Mängel, die Art der Nachbesserung und deren Kosten" von der Beklagten als streitig deklariert wurde (act. 36/27 Rz. 7), was der Einzelrichter anlässlich der mündlichen Experteninstruktion thematisierte (act. 36 Prot. S. 18 f.).

Die Fragestellung bezieht sich auf den "Zustand der verputzten Aussenwärmedämmung und deren Anschlüsse/Übergänge an den genannten Liegenschaften" der streitgegenständlichen Überbauung (act. 25 Rz. 106 zweiter Spiegelstrich; act. 29 Rz. 268; act. 3/12 Ziffer 6.1 S. 7). Der Gutachter nimmt in der Beantwortung keine verbale Einschränkung auf die sondierten Anschlüsse vor (act. 25 Rz. 106 erster und dritter Spiegelstrich; act. 29 Rz. 267), schreibt jedoch auch nicht ausdrücklich, dass das von ihm beschriebene Mängelbild ausnahmslos überall vorliege (act. 29 Rz. 267).

Da die Feststellung des Zustands der Aussenwärmedämmung die Vornahme einer Sondierungsöffnung voraussetzt, ist der direkte Nachweis bei den nicht explorierten Stellen nicht möglich. Aufgrund der Fragestellung im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung musste jedoch allen Beteiligten klar sein, dass sich die Aussage nicht auf diese Stellen beschränken durfte. Ein solches Gutachten hätte den Verfahrenszweck nicht erfüllen können. Die Aussagen des Gutachtens

vom 27. Juni 2016 beziehen sich deshalb auf die Gesamtheit der Aussenwärmedämmung.

2.3.1.2.4. Die Beklagte hält den Schluss von den explorierten Stellen auf die Gesamtheit der Fassade für nicht schlüssig (act. 10 Rz. 72, 73, 76; act. 29 Rz. 269, 271, 275, 510, 513, 553, 584, 824). Ein Gutachten unterliegt der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO; vgl. BGE 144 III 264 E. 6.2.3 S. 273; BGE 136 II 539 E. 3.2 S. 547-548). Jedoch darf das Gericht "[i]n Fachfragen [...] nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen. Es hat zu prüfen, ob sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben." (BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198-199). "Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen" (BGE 144 III 264 E. 6.2.3 S. 273; BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198-199; BGE 136 II 539 E. 3.2 S. 547-548 m.Nw.). Der Schluss von den exemplarisch explorierten Stellen auf die Gesamtheit ist schlüssig, wenn ein systematischer Mangel vorliegt; in diesem Fall ist nicht nachvollziehbar, warum sich der Planungsfehler bei den nicht explorierten Stellen nicht ausgewirkt haben soll (act. 25 Rz. 196; vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.2013 – I-23 U 32/13, N 54, abrufbar unter <www.nrwe.de>).

Das Gutachten hält im Zusammenhang mit der Ursache des festgestellten Zustands der Aussenwärmedämmung fest: "Im Detailplan Nr. 08N1_354.12-G20 ist die Planung der Abdichtung zwischen Betonbrüstung und der Fassade (vgl. Anhang Nr. 8.1) nicht ersichtlich (Planungsfehler)." (act. 25 Rz. 106 vierter Spiegelstrich; act. 29 Rz. 270; act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 13). Der referenzierte Detailplan datiert vom 25. Mai 2010 (act. 29 Rz. 270; act. 3/7/26). Somit wurde er vor Unterzeichnung des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 erstellt (act. 29 Rz. 270).

Beim Detailplan Nr. 08N1_354.12-G20 handelt es sich somit um einen Ausschreibungsplan. Die Ausführungspläne i.S.v. Art. 100 SIA-Norm 118 unterscheiden sich von den Ausschreibungsplänen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Ziff. 4 SIA-Norm 118 durch den höheren Konkretisierungsgrad (STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 24 zu Art. 7 SIA-Norm 118). Die Beklagte behauptet jedoch nicht, es bestehe ein Ausführungsplan, auf welchem die Abdichtung zwischen der Betonbrüstung und der Fassade eingezeichnet wäre (vgl. act. 29 Rz. 270, 271).

In der Sache macht die Beklagte geltend, es handle sich um einen Ausführungsfehler: Wenn ein Detail nicht geplant geworden sei, so die Beklagte, sei es "ein offensichtlicher Fehlschluss daraus abzuleiten, dass die Ausführung dieses Details daher in der ganzen Überbauung gleich ist. Das Gegenteil wäre naheliegender: Nämlich, dass es dann auf das Können und die Sorgfalt des einzelnen Handwerkers ankommt" (act. 29 Rz. 271, vgl. auch Rz. 513, 531). Die Erstellung der verputzten Aussenwärmedämmung erfolgte unbestritten durch die Subunternehmerin (act. 1 Rz. 9; act. 10 nach Rz. 22). In den Akten finden sich keine konkreten Hinweise, dass diese ihrerseits die Ausführung auf (mehrere) Sub-Subunternehmerinnen übertragen hätte. Aufgrund der Grösse des Bauprojekts ist davon auszugehen, dass die Subunternehmerin auf der Baustelle mehrere Handwerker beschäftigt hat. Es ist jedoch naheliegend, dass bei der Ausführung einheitliche Anweisungen vorlagen. Selbst wenn es sich um einen reinen Ausführungsfehler handelt, ist der Schluss von den explorierten Stellen auf das gesamte Bauprojekt nachvollziehbar.

2.3.1.2.5. Schliesslich ist zu ergänzen, dass die Beklagte selber davon ausgeht, dass die Privatgutachterin in der Bestandsaufnahme vom 15. April 2014, auf welcher die Auswahl der Sondierungsstellen beruht, 38 Wohnungen als stark durch die Fassadenausblühungen betroffen markierte (act. 29 Rz. 416). In Übereinstimmung mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass die Mangelsymptomatik bei 38 Wohnungen besteht. Bei diesen tritt die Mangelsymptomatik in ähnlichem Ausmass auf wie bei den Sondierungsstellen. Der Umstand, dass die Mangelsymptomatik bei einem Teil der nicht untersuchten Stellen nicht oder nicht im selben Ausmass auftritt wie bei den Sondierungsstellen, ist für das Bestehen des

Mangels nicht erheblich, da es für das Bestehen der Mängelrechte nicht auf die Mangelsymptome, sondern auf die Mangelursache ankommt (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.2013 – I-23 U 32/13, Rz. 54, abrufbar unter <www.nrwe.de>).

Hinzuzufügen ist, dass vorsorglich erhobene Beweise zur Verwendung in einem Hauptprozess bestimmt sind, auch wenn es im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs geht (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 20). Das Ausmass der Mängel der Aussenwärmedämmung brachte die Beklagte bereits im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zur Sprache (act. 36/27 Rz. 14, 15). Die Beklagte war an diesem Verfahren beteiligt und konnte ihre Rechte wahrnehmen. Namentlich erhielt sie Kopien der E-Mails des Gutachters vom 6. April 2016 und vom 20. April 2016, in welchen dieser die Auswahl der Sondierungsstellen ausdrücklich thematisiert bzw. die beabsichtigten Sondierungsstellen und das Datum der Sondierungen mitgeteilt hat (act. 36/42; act. 36/43), schliesslich hat sie diese Korrespondenz in das vorliegende Hauptverfahren eingebracht (act. 11/4; act. 11/5). Im Rahmen des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung hätte die Beklagte intervenieren und die Auswahl weiterer oder anderer Sondierungsöffnungen beantragen können. Sie macht nicht geltend, entsprechende Anträge gestellt zu haben.

2.3.1.2.6. Im Ergebnis ist durch das Gutachten vom 27. Juni 2016 erstellt, dass der Zustand der Aussenwärmedämmung der streitgegenständlichen Überbauung von der SIA-Norm 243:2008, den bei der Erstellung gültigen Systemhaltervorschriften und den Regeln der Baukunde abweicht und die Herstellervorgaben der Aussenwärmedämmung nicht eingehalten wurden.

2.3.1.3. Die Klägerin behauptet "massive Ausblühungen rund um die Balkonfront" (act. 1 Rz. 31). Sie beruft sich auf die Schreiben vom 8. April 2015 an die Beklagte, vom 24. April 2015 an die Subunternehmerin und vom 27. April 2015 an die Totalunternehmerin (act. 1 Rz. 31; act. 25 Rz. 115, 116). Diese beruhen auf der Information der Liegenschaftenverwaltung mit der E-Mail vom 13. März 2015 (act. 1 Rz. 31; act. 3/17). Mit Schreiben vom 8. April 2015 teilte die Klägerin der Beklagten mit: "An den Fassaden sind unterhalb der Balkone Ausblühungen aufgetreten. Die Ausblühungen sind aufgrund unsorgfältiger Ausführung der Aus-

senwärmedämmung durch die [Totalunternehmerin] entstanden, wodurch nun Wasser in die Fassadenkonstruktion eindringt und durch das Austrocknen des Wassers Ausblühungen entstehen" (act. 25 Rz. 115; act. 3/49). Im Schreiben vom 24. April 2015 schrieb die Klägerin der Subunternehmerin: "Bei der [streitgegenständlichen] Wohnüberbauung [...] treten balkonseitig Ausblühungen auf." (act. 3/19). Im Schreiben vom 27. April 2015 ist die Rede davon, dass "bei sämtlichen Mietwohnungen balkonseitig Ausblühungen" auftreten (act. 3/18). Durch die Bezugnahme auf das Schreiben vom 27. April 2015 behauptet die Klägerin letztlich für sämtliche Mietwohnungen balkonseitige Ausblühungen (act. 25 Rz. 116). Die Beklagte bestreitet, dass bei sämtlichen Fassadenteilen Ausblühungen bestehen (act. 10 Rz. 42; act. 29 Rz. 284, 302, 331, 363).

2.3.1.3.1. Das Gutachten vom 27. Juni 2016 bestätigt die von der Klägerin geltend gemachten Fassadenausblühungen nur teilweise (act. 1 Rz. 43; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.1 S. 7]):

"Die Fassade weist im Bereich unterhalb der Balkone teils massive Ausblühungen auf [...]. Die Ausblühungen sind hauptsächlich unterhalb der Balkonplatten zu erkennen. [...]

Vereinzelnd sind Ausblühungen auch auf Fassadenflächen zu erkennen, wobei kein direkter Zusammenhang mit der Balkonkonstruktion besteht."

Die Behauptung der Klägerin, die Ausblühungen würden bei sämtlichen Mietwohnungen bestehen, findet auch in der E-Mail der Liegenschaftsverwaltung vom 13. März 2015 keine verlässliche Grundlage. Darin schreibt die Liegenschaftsverwaltung, es seien auf "der ganzen Überbauung" balkonseitig Ausblühungen ersichtlich (act. 3/17). Demgemäss hätten sich die Ausblühungen zwar auf sämtliche Liegenschaften erstreckt. Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass auch sämtliche Mietwohnungen der jeweiligen Liegenschaft betroffen waren. Dieser Nachweis gelingt der Klägerin nicht.

Soweit die Klägerin behauptet, es bestünden bei sämtlichen Mietwohnungen balkonseitige Ausblühungen, ist dies durch das Gutachten vom 27. Juni 2016 nicht nachgewiesen.

2.3.1.3.2. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung stützte sich die Klägerin auf die mit den privaten Bestandesaufnahmen vom 15. April 2014 und vom 5. Oktober 2015 festgestellten Ausblühungen, Wasserflecken, gerissenen Fugen, und Putzablösungen (act. 36/1 = act. 3/10 Rz. 7, 16; act. 26/61; act. 30/6).

Die Bestandesaufnahme vom 15. April 2014 diene als Grundlage der 2-jährigen Garantieabnahme im Juli 2014 (act. 1 Rz. 132; act. 25 Rz. 303). Zu diesem Zeitpunkt waren erst wenige Ausblühungen ersichtlich; konkret dargelegt ist lediglich eine Rüge als Mangel Nr. 533 im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (act. 1 Rz. 32; act. 3/9). Die Bestandesaufnahme vom 15. April 2014 kann entsprechend für die Frage der Ausblühungen keine entscheidende Rolle spielen. Ausserdem hat die Klägerin diese im Hauptverfahren nur als Auszug vorgelegt (act. 29 Rz. 819; act. 26/61). Die Einlegerakten des Verfahrens HE150510-O betreffend vorsorgliche Beweisführung sind den Parteien nach rechtskräftigem Abschluss zurückgesandt oder vernichtet worden und deshalb für das Gericht nicht mehr einsehbar, worauf die Parteien mit Verfügung vom 11. November 2021 hingewiesen worden sind (act. 37).

Die private Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 hat erst durch die Duplik der Beklagten Eingang in das Hauptverfahren gefunden (act. 29 Rz. 364; act. 30/6). Aufgrund des eingetretenen Aktenschlusses ist eine nachträgliche Berufung auf diese durch die Klägerin ausgeschlossen. Indessen ergibt sich auch aus der privaten Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015, wie die Beklagte darlegt, dass nicht bei allen Wohnungen Salzausblühungen festgestellt worden sind (act. 29 Rz. 350, 364, 418, 506, 611, 892, 903 zweiter Bullet-Point; act. 30/6).

Die Klägerin legt nicht dar, bei welchen Fassadenteilen Ausblühungen festgestellt worden seien (vgl. act. 29 Rz. 246, 284). Eine substantiierte Tatsachendarstellung unter Angabe der konkret betroffenen Stellen ist auch im Verfahren HE150510-O betreffend vorsorgliche Beweisführung nicht erfolgt. Eine solche würde die Klägerin jedoch nicht von einer substantiierten Tatsachendarstellung im Hauptverfahren entbinden. Aufgrund des eingetretenen Aktenschlusses ist eine nachträgliche Substantiierung durch die Klägerin ausgeschlossen.

Das Gutachten vom 27. Juni 2016 untersuchte die Standorte D.____-strasse 3 (K.____), C.____-strasse 4 (L.____), D.____-strasse 5 (M.____), C.____-strasse 2 und C.____-strasse 6 gemäss E-Mail vom 20. April 2016 und Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016 (act. 29 Rz. 417, 418; act. 11/5; act. 3/12 Ziffer 8.4 S. 44; Ziffer 2.3.1.2.2 oben). An diesen Stellen ist der Nachweis der Ausblühungen erbracht. Da die Parteien die darüber hinaus betroffenen Stellen nicht darlegen, ist ein Beweis darüber weder geführt noch möglich.

2.3.1.3.3. Auf Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 kann sich die Klägerin aus zeitlichen Gründen nicht berufen. Gemäss eigener Darstellung der Klägerin traten die Ausblühungen erst nach der Schlussprüfung vom 1. Juli 2014 hervor und verdeutlichten sich im Verlaufe der Monate bis zur Sichtbarkeit im Frühjahr 2015 (act. 1 Rz. 31). Im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 findet sich lediglich eine konkrete Rüge als Mangel Nr. 533 (act. 1 Rz. 32; act. 3/9). Allenfalls waren im Zeitpunkt der Abnahme wenige Ausblühungen ersichtlich. Die weiteren Ausblühungen wurden jedoch erst mit Schreiben vom 27. April 2015 und somit nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist (Rügefrist) i.S.v. Art. 172 SIA-Norm 118 gerügt. (Ziffer 2.4.1.2 unten). Auf nach Ablauf der Rügefrist geltend gemachte Mängel findet Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 keine Anwendung (Ziffer 2.3.1.2.1 oben).

2.3.1.3.4. Im Ergebnis ist durch das Gutachten vom 27. Juni 2016 erstellt, dass an den fünf untersuchten Standorten D.____-strasse 3, C.____-strasse 4, D.____-strasse 5, C.____-strasse 2 und C.____-strasse 6 Fassadenausblühungen rund um die Balkonfront bestehen. Darüber hinaus sind Ausblühungen nicht nachgewiesen. Soweit die Beklagte geltend macht, die Ausblühungen würden keinen mietrechtlichen Mangel oder im Sinne der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) darstellen (act. 29 Rz. 382, 383, 711), folgt daraus nicht, dass kein Mangel unter dem Totalunternehmer-Vertrag vom 5. November 2010 vorliegt. Beim Mangel i.S.v. Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 handelt es sich um einen relativen Tatbestand (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 2.2 zu Art. 166 SIA-Norm 118).

2.3.1.4. Die Klägerin macht gestützt auf das Gutachten vom 27. Juni 2016 die abgerissenen Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fenster-

bänke geltend (act. 1 Rz. 32, 43; act. 25 Rz. 99, 100, 176; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.1 S. 7]):

"Die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke aus Glasfaserbeton sind aufgrund unterschiedlichen Bauteilbewegungen von der Fassade und dem Bauteil abgerissen [...]."

Nach dem klägerischen Parteivortrag wurden mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 49 Stellen als mangelhaft gerügt (act. 25 Rz. 111, 112, 172, 173): Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246, 247, 256, 309, 324-326, 330, 337, 349, 355, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 (act. 1 Rz. 29; act. 25 Rz. 112; act. 3/9); die Mängel Nr. 309, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 sind gleichzeitig auch den Anschlüssen an die verputzten Balkonbrüstungen zugeordnet (act. 25 Rz. 112). Die Darstellung der Klägerin beinhaltet in der Sache auch die Behauptung, bei den entsprechenden Stellen habe im Juli 2014 ein Mangel vorgelegen. Die Darstellung ist deshalb – entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 10 Rz. 70; act. 29 Rz. 462) – hinreichend substantiiert.

Die Beklagte bestreitet nicht, dass die gutachterlich beschriebenen Mängelbilder an einigen Stellen bestehen (act. 10 Rz. 87; act. 25 Rz. 105). Sie bestreitet jedoch, dass dies für sämtliche Anschlüsse an die Fensterbänke zutreffe (act. 10 Rz. 70, 89). Aus dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 anerkennt sie die von der Klägerin bereits in der Klageschrift aufgeführten 91 Rügen betreffend Rissbildung in den Anschlüssen an Balkone/Fenster/Sturz (act. 10 Rz. 38, 40, 52 zweiter Bullet-Point, 70 zweiter Bullet-Point, 214; act. 29 Rz. 285, 312, 903 erster Bullet-Point): Mängel Nr. 7, 18, 59, 116, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 309, 310-312, 317, 318, 320, 321, 324-326, 328-330, 333, 335-337, 340, 341, 345, 346, 349, 350, 353-355, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 456-458, 462, 463, 466, 468, 469, 473, 478, 479, 486, 488, 493, 497, 500, 501, 533 (act. 1 Rz. 29).

Die Mängel Nr. 324-326, 330, 337, 349 und 355 sind somit anerkannt. Die Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246,

247, 256, welche die Klägerin in der Replik gegenüber der Klageschrift neu aufführt, bleiben bestritten und unbewiesen. Das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 vermag nur zu beweisen, dass die Mängel angezeigt wurden, jedoch nicht, ob sie tatsächlich vorlagen. Dem Gutachten lassen sich keine Feststellungen bzw. Zuordnungen zu den konkret genannten Mangelstellen entnehmen (vgl. act. 29 Rz. 466). Daran vermöchte auch eine Einvernahme des Gerichtsgutachters als sachverständiger Zeuge (act. 1 Rz. 32) nichts zu ändern. Als Zeuge kann er lediglich über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO; vgl. OGer ZH, ZR 115 [2016] Nr. 45, E. 3.6.2 S. 194-195). Über die im Gutachten getroffenen hinausgehende Feststellungen sind aufgrund der gewählten (nicht zu beanstandenden) Vorgehensweise, die Mangelursache durch exemplarische Exploration ausgewählter Stellen zu eruieren (Ziffer 2.3.1.2.2 oben), auszuschliessen.

Im Ergebnis sind die Mängel Nr. 324-326, 330, 337, 349 und 355 gemäss Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 als erstellt zu erachten.

2.3.1.5. Die Klägerin macht gestützt auf das Gutachten vom 27. Juni 2016 die gerissenen Fugen beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen geltend (act. 1 Rz. 32, 43; act. 25 Rz. 99, 100, 176; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.1 S. 7]):

" Beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen (ohne Dämmung) sind Risse, aufgrund der fehlenden Bewegungsfugen (Kittfuge) zu erkennen."

Nach dem klägerischen Parteivortrag wurden mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 82 Stellen als mangelhaft gerügt (act. 25 Rz. 111, 112, 173): Mängel-Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 309-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 456-458, 462, 466, 468, 469, 471, 473, 478, 479, 486, 488, 493, 497, 500, 501 und 533 (act. 25 Rz. 112; act. 3/9); die Mängel Nr. 309, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 sind gleichzeitig auch den Anschlüssen an die Fensterbänke zuge-

ordnet (act. 25 Rz. 112). Die Darstellung ist – entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 10 Rz. 70; act. 29 Rz. 462) – hinreichend substantiiert.

Die Beklagte bestreitet nicht, dass die gutachterlich beschriebenen Mängelbilder an einigen Stellen bestehen (act. 10 Rz. 87; act. 25 Rz. 105). Sie bestreitet jedoch, dass dies für sämtliche Anschlüsse an die Balkonbrüstungen zutreffe (act. 10 Rz. 70, 89). Aus dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 anerkennt sie die von der Klägerin in der Klageschrift aufgeführten 91 Rügen betreffend Rissbildung in den Anschlüssen an Balkone/Fenster/Sturz (act. 10 Rz. 38, 40, 214; act. 29 Rz. 285, 312, 903 erster Bullet-Point): Mängel Nr. 7, 18, 59, 116, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 309-312, 317, 318, 320, 321, 324-326, 328-330, 333, 335-337, 340, 341, 345, 346, 349, 350, 353-355, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 456-458, 462, 463, 466, 468, 469, 473, 478, 479, 486, 488, 493, 497, 500, 501, 533 (act. 1 Rz. 29).

Die Mängel-Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 456-458, 462, 466, 468, 469, 473, 478, 479, 486, 488, 493, 497, 500, 501 und 533 sind somit anerkannt. Der Mangel Nr. 471, welchen die Klägerin in der Replik gegenüber der Klageschrift neu aufführt, bleibt bestritten und unbewiesen. Das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 vermag nur zu beweisen, dass die Mängel angezeigt wurden, jedoch nicht, ob sie tatsächlich vorlagen. Dem Gutachten lassen sich keine Feststellungen bzw. Zuordnungen zu den konkret genannten Mangelstellen entnehmen (vgl. act. 29 Rz. 466). Daran vermöchte auch eine Einvernahme des Gerichtsgutachters als sachverständiger Zeuge (act. 1 Rz. 32) nichts zu ändern. Als Zeuge kann er lediglich über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO; vgl. OGer ZH, ZR 115 [2016] Nr. 45, E. 3.6.2 S. 194-195). Über die im Gutachten getroffenen hinausgehende Feststellungen sind aufgrund der gewählten (nicht zu beanstandenden) Vorgehensweise auszuschliessen.

Im Ergebnis sind die Mängel-Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 547, 458, 478, 501 und 533 gemäss Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 als erstellt zu erachten.

2.3.1.6. Die Klägerin macht weitere gerissene Fugen geltend, ordnet diese jedoch weder eindeutig den Anschlüssen an die verputzten Balkonbrüstungen noch jenen an die Fensterbänke zu. So nennt die Klägerin die Mängel Nr. 309, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 sowohl bei den Anschlüssen an die verputzten Balkonbrüstungen als auch bei jenen an die Fensterbänke (act. 25 Rz. 112). Die Mängel Nr. 116, 350 und 463 nennt sie lediglich in der Klagebe-gründung, ohne eine Zuordnung vorzunehmen (act. 1 Rz. 29). Die Beklagte aner-kennt diese Mängel indessen ebenfalls (act. 10 Rz. 38, 40, 287; act. 29 Rz. 285, 291). Im Ergebnis sind die Mängel-Nr. 116, 309, 350, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 gemäss Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 als erstellt zu erachten.

2.3.1.7. Neben den Abplatzungen, Rissen und Ausblühungen macht die Klägerin mit Schreiben vom 28. April 2015 gerügte fehlende Kittfugen bei der Betonbrüs-tung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 geltend (act. 1 Rz. 31; act. 3/18). Mangels Bestreitung sind diese als erstellt zu erachten (act. 10 Rz. 42).

2.3.1.8. Im Ergebnis sind folgende Mängel der Aussenwärmedämmung anerkannt oder gutachterlich erstellt:

- a) Der Zustand der Aussenwärmedämmung weicht von der SIA-Norm 243:2008, den bei der Erstellung gültigen Systemhaltevorschrif-ten und den Regeln der Baukunde ab, und die Herstellervorgaben der Aussenwärmedämmung wurden nicht eingehalten (Ziffer 2.3.1.2 oben).
- b) An den fünf gutachterlich untersuchten Standorten D.____-strasse 3, C.____-strasse 4, D.____-strasse 5, C.____-strasse 2 und C.____-strasse 6 gemäss Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016 bestehen Fassadenausblühungen rund um die Balkonfront (Zif-fer 2.3.1.3 oben).

c) Die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke sind an den Stellen gemäss Mängel Nr. 324-326, 330, 337, 349 und 355 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 abgerissen (Ziffer 2.3.1.4 oben)

d) Die Anschlüsse beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen sind an den Stellen gemäss Mängel Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 457, 458, 478, 501 und 533 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 abgerissen (Ziffer 2.3.1.5 oben).

e) Die Fugen an den Stellen gemäss Mängel Nr. 116, 309, 350, 456, 462, 463, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 sind gerissen (Ziffer 2.3.1.6 oben).

f) Die Kittfugen bei der Betonbrüstung fehlen an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 (Ziffer 2.3.1.7 oben).

2.3.1.8.1. Nach Ansicht der Klägerin besteht der Mangel in der mangelhaften Verarbeitung der Anschlussdetails der Aussenwärmedämmung (act. 25 Rz. 98). Aus den abgerissenen Anschlüssen und der gerissenen Fugen leitet sie keine selbstständigen Ansprüche her. Die Ausblühungen und Risse seien lediglich das äusserlich wahrnehmbare Mängelerscheinungsbild der mangelhaft verarbeiteten Aussenwärmedämmung (act. 25 Rz. 99, 163).

2.3.1.8.2. Das Gutachten vom 27. Juni 2016 äussert sich zum Ursachenzusammenhang der Mängelbilder (act. 1 Rz. 45; act. 25 Rz. 100, 101; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 13, 14]):

" Die massiven Ausblühungen unterhalb der Balkone sind darauf zurückzuführen, dass die Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung nicht auf die Betonbrüstung geführt wurde [...].

Im Detailplan Nr. 08N1_354.12-G20 ist die Planung der Abdichtung zwischen der Betonbrüstung und der Fassade [...] nicht ersichtlich (Planungsfehler).

[...]

Die unteren Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung auf die Balkonböden sind ungeschützt und die Dämmung wie auch das Putzsystem wurde nicht von der wasserführenden Ebene (Balkonboden) getrennt. Diese Durchfeuchtung führt zu Ausblühungen durch kapillar aufsteigende Feuchtigkeit im Putzsystem. Beim Anschluss auf

den Balkonboden wurde eine XPS-Dämmplatte eingebaut[,] welche dazu dient, dass keine Feuchtigkeit im Dämmstoff aufgenommen wird.

Die Verklebung erfolgte mit einem standard mineralischen Kleber[,] welcher nicht zum Kleben von XPS-Dämmplatten im Bereich von wasserführenden Ebenen geeignet ist. [...]

Die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke wie auch an die Brüstungsabdeckungen aus Glasfaserbeton [...] sind nicht schlagregendicht ausgeführt. Bei den Sondieröffnung[en] der Anschlüsse an die erwähnten Bauteile konnte keine Abdichtung mit einem Fugendichtband oder eine Kittfuge auf der Dämmebene festgestellt werden.

Die teilweise ausgeführte Kittfuge auf der Putzebene ist aufgrund der Bauteilbewegungen zwischen Putz und den Bauteilen aus Glasfaserbeton nutzlos. [...] Der Putz muss vom Bauteil durch einen Trennschnitt getrennt werden. Diese Trennschnitte dienen als Soll-Bruchstelle beim Übergang Bauteil zum Putz. Ausführungsfehler aufgrund nicht eingebaute[r] Fugendichtbänder beim Bauteilanschluss auf der Dämmebene.

Bei der Sondierung im Anschlussbereich an die Fensterbänke/Brüstungsabdeckung konnte festgestellt werden, dass die Dämmung nicht satt an das Bauteil herangeführt wurde [...]. Nicht satt gestossene Dämmplatten an Bauteile sind als Ausführungsfehler zu werten.

Die Dämmung muss hohlraumfrei verklebt werden. Hohlräume in der Dämmebene [...] führen so zu möglichen Feuchteschäden am Putzsystem."

2.3.1.8.3. Die Beklagte anerkennt lediglich einen Ursachenzusammenhang der Anschlüsse zwischen der Aussenwärmedämmung und den Balkonböden mit den Ausblühungen an den vom Gutachter untersuchten fünf Sondierungsstellen (act. 10 Rz. 43, 71-73, 76). Zur Aussagekraft des Gutachtens vom 27. Juni 2016 in Bezug auf die nicht explorierten Stellen kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Feststellung des Zustands der Aussenwärmedämmung verwiesen werden (Ziffer 2.3.1.2 oben). Auch in Bezug auf den Kausalzusammenhang gilt, dass die gutachterlichen Feststellungen allgemeine Gültigkeit beanspruchen. Da allerdings die Fassadenausblühungen nur an den fünf Sondierungsstellen hinreichend substantiiert dargelegt sind, ist die Frage nicht entscheidungserheblich.

2.3.1.8.4. Die Beklagte bestreitet einen Zusammenhang der abgerissenen Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke und der

gerissenen Fugen beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen mit den Fassadenausblühungen (act. 10 Rz. 38, 39, 44, 45; act. 29 Rz. 244, 250, 260, 316, 454).

Das Gutachten vom 27. Juni 2016 etabliert den Kausalzusammenhang zwischen den Fassadenausblühungen und der nicht auf die Betonbrüstung geführten Abdichtung vom Mauerwerk aufgrund von Wassereinfärbungen beim Ortstermin und gelangt dabei zu einem eindeutigen Ergebnis (act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 13). Zu den Anschlüssen an die Fensterbänke hält das Gutachten fest, diese seien nicht schlagregendicht ausgeführt (act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 14). Bei den abgerissenen Anschlussfugen führt das Gutachten dies nicht aus, doch ergibt sich dasselbe dadurch, dass das Gutachten die teilweise ausgeführte Kittfuge auf der Putzebene wegen der Bauteilbewegungen und der damit einhergehenden Rissbildung als nutzlos bezeichnet (act. 3/12 Ziffer 6.4 S. 14). Es wurden jedoch in diesem Bereich keine Wassereinfärbungen zur Untersuchung des Wasserflusses vorgenommen.

Kaum bestreiten lässt sich, dass durch abgerissene Fugen und durch Risse auf der Fassade Wasser eindringen kann. Allerdings lässt sich ohne nähere Untersuchungen nicht sagen, ob und vor allem in welchem Ausmass dies beim streitgegenständlichen Bauobjekt der Fall ist. Entsprechende Untersuchungen sind diesbezüglich nicht dokumentiert. Zur Verursachung von Fassadenausblühungen dürfte es einer bestimmten, wenn auch nicht notwendigerweise besonders grossen Wassermenge bedürfen. Ein Kausalzusammenhang zu den Fassadenausblühungen ist nicht rechtsgenügend nachgewiesen.

Der nicht nachgewiesene Kausalzusammenhang ändert nichts daran, dass es sich um einen Mangel handelt. Dieser wirkt sich nicht entscheidend auf den Ausgang des Rechtsstreits aus. Vom beantragten Gerichtsgutachten kann deshalb abgesehen werden (act. 25 Rz. 114).

2.3.1.8.5. Im Ergebnis besteht ein Kausalzusammenhang zwischen (a) dem Zustand der Aussenwärmedämmung und (b) den Fassadenausblühungen an den fünf gutachterlich untersuchten Standorten D. _____-strasse 3, C. _____-strasse 4,

D._____-strasse 5, C._____-strasse 2 und C._____-strasse 6 gemäss Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016.

2.3.2. Balkongefälle

Der Wasserabfluss von den Balkonen erfolgt über eine sog. Direktentwässerung (act. 1 Rz. 48, 54; act. 10 Rz. 78, 83). Dabei münden die Abläufe der übereinanderliegenden Balkone in eine durchgehende Falleitung (act. 1 Rz. 54; act. 10 Rz. 83). Die Direktentwässerung war bereits in den Architektenplänen vom 25. Mai 2010 vorgesehen (act. 25 Rz. 17; act. 29 Rz. 16, 55; act. 7/26; act. 7/28; act. 7/29). Zwischen der Klägerin und der Totalunternehmerin fanden sodann die Koordinationssitzung Nr. 73 vom 23. Februar 2012 und die Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 statt (act. 1 Rz. 54, 55; act. 25 Rz. 23, 25; act. 29 Rz. 56, 74, 75, 78, 165, 559, 706, 863; act. 11/7 = act. 3/22 [Auszug]; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug]). Gegenstand der Koordinationssitzungen bildete unter anderem die Frage der Balkonentwässerung (act. 1 Rz. 52, 54, 55; act. 10 Rz. 78, 81, 83-85; act. 25 Rz. 24-28, 213, 214; act. 29 Rz. 67, 68, 72, 75-77, 569, 572; act. 11/7 = act. 3/22 [Auszug]; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug]).

Die an der Koordinationssitzung Nr. 73 vom 23. Februar 2012 diskutierte alternative Abführung des Wassers über das Gefälle vom Gebäude weg durch einen im Staketengeländer integrierten Speier (act. 11/7 = act. 3/22 Ziffer 3.1.1) wurde dabei verworfen (act. 1 Rz. 54; act. 10 Rz. 83; act. 25 Rz. 213; act. 29 Rz. 558, 603, 706). An der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 wurde an der Lösung mit Direktentwässerung gemäss dem entsprechenden Protokoll festgehalten: "Am Einlauf mit Fallrohr wird festgehalten." (act. 25 Rz. 25; act. 29 Rz. 72; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.3).

Der Architektenplan Nr. 08N1_8212-140_R vom 31. Mai 2013 hält dazu lediglich fest, auf den Balkonböden sei ein "Zementüberzug in Gefälle" auszuführen (act. 1 Rz. 48; act. 3/7/2). Gemäss dem Gutachten vom 27. Juni 2016 war vor den Türschwelen ein keilförmiges Gefälle geplant, welches von den Türschwelen weggeführt (act. 1 Rz. 37; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). Zur Ausführung des Gefälles wurde an der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 festgehalten: "Der Hart-

beton-Überzug wird mit einem einseitigen Tendenzgefälle weg von der Wange und einer leichten Mulde ausgebildet, die als eine Art Rinne zum Einlauf fungieren soll." (act. 25 Rz. 25; act. 29 Rz. 72; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.3).

2.3.2.1. Die Positionierung der Direktentwässerung liegt vor der Fassade (act. 10 Rz. 77; act. 25 Rz. 17, 19; act. 29 Rz. 55, 56, 60). Diese Positionierung war bereits in den Architektenplänen vom 25. Mai 2010 vorgesehen (act. 25 Rz. 17, 19; act. 29 Rz. 55, 547, 558, 602, 705; act. 7/26; act. 7/28; act. 7/29). Die Frage der Positionierung wurde sodann ebenfalls an der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 diskutiert und dabei an der geplanten Positionierung gemäss dem entsprechenden Protokoll festgehalten: "Die Position wird in der Nähe der Fassade unterhalb des Anzuges belassen." (act. 25 Rz. 25; act. 29 Rz. 72, 566; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.3). Die Ausschreibungsplanung wurde somit nicht mehr abgeändert (act. 25 Rz. 26, 212; act. 29 Rz. 564).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Positionierung der Direktentwässerung entspreche einer Vorgabe der Klägerin (act. 10 Rz. 79, 80; act. 29 Rz. 55, 60, 558, 564, 587, 605, 764). Sie stützt sich darauf, dass die Positionierung bereits in der Ausschreibungsplanung vorgesehen war (act. 29 Rz. 55, 547, 558, 564, 587, 602, 705). Zudem verweist sie auf das Protokoll der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012: "Aus Sicht der Bauherrschaft stellt die geplante Detailausbildung mit den zusätzlichen Festlegungen für die Ausführung des Hartbeton-Überzuges eine einwandfreie und wirtschaftliche Lösung für die gewünschte Ausbildung einer möglichst barrierefreien Schwelle zum Balkon dar. [Die Klägerin und die Immobilienentreuhänderin] stimmen der Ausführung unter Berücksichtigung der genannten Punkte ohne Vorbehalt zu." (act. 10 Rz. 78, 81; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.4). An den Koordinationssitzungen Nr. 73 vom 23. Februar 2012 und Nr. 74 vom 6. März 2012 seien die Beteiligten davon ausgegangen, da alle Balkone gedeckt seien, würden keine grossen Mengen Wasser anfallen (act. 10 Rz. 78; act. 11/7 = act. 3/22 Ziffer 3.1.1); da das Wasser nur bei starkem Regen oder bei Ereignissen, die durch den Mieter selber verursacht würden, auftrete, brauche es eine "sinnvolle und verhältnismässige Lösung" (act. 10 Rz. 78; act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.3). Die Klägerin sei über den Zielkonflikt

zwischen einem optimalen Ablauf des Wassers und den möglichst schwellenlosen Übergang bei der Terrassentüre informiert gewesen (act. 29 Rz. 56, 61, 560). Durch die Erstellung der Direktentwässerung bei der Fassade habe die Klägerin eine gewisse Pfützenbildung in Kauf genommen (act. 10 Rz. 80, 81; act. 29 Rz. 559, 563, 569).

Die Klägerin bestreitet eine Vereinbarung über die Positionierung (act. 25 Rz. 15, 207, 209). An der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 sei nur besprochen worden, dass bei den Schwellen vor der Balkontüre zugunsten eines möglichst barrierefreien Eingangs auf die Einhaltung der Stauhöhe von 60 mm und der separaten Rinne verzichtet werden könne (act. 25 Rz. 24, 28). Seitens der Totalunternehmerin und ihrer Planer seien lediglich unterschiedliche und kontroverse Fachmeinungen hinsichtlich der Aufbordungshöhen für die Aussentürschwelle und der davor anzubringenden Rinne festgestellt worden (act. 1 Rz. 55). Das streitgegenständliche Gefälle sei nie diskutiert worden (act. 1 Rz. 55). Die Klägerin habe nie eine Pfützenbildung in Kauf genommen (act. 25 Rz. 210).

Die Parteien sind sich einig, dass die Ausschreibungsplanung durch die streitberufene Architekturunternehmung erfolgte. Mit dem Abschluss des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 wiesen die Parteien die Planungsverantwortung einheitlich der Beklagten als Totalunternehmerin zu (Ziffer 2.1 oben). Diese Vereinbarung steht der Qualifikation der Ausschreibungspläne als verbindliche Vorgabe der Klägerin entgegen. Sie würde Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarung unterlaufen, indem die Beklagte von der Planungsverantwortung weitgehend entbunden würde. Jedenfalls kann eine verbindliche Vorgabe durch die Klägerin nicht aus dem blossen Umstand, dass eine entsprechende Ausschreibungsplanung bestand, abgeleitet werden. Dazu dürfte es weiterer qualifizierender Elemente, welche vorliegend nicht ersichtlich sind.

Aus der Darstellung der Beklagten und dem Protokoll zur Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 ergibt sich lediglich, dass die Höhe der Schwelle der Balkontüre mit der Klägerin diskutiert wurde. Dort ging es um das Gefälle auf der Türschwelle, damit der Abstand zwischen der Türschwelle und der Balkonoberfläche nicht zu einem für Rollstühle schwer überwindbaren Hindernis würde (act. 29

Rz. 56, 141). Daraus folgt jedoch nicht, dass die Positionierung der Direktentwässerung mit der Klägerin diskutiert und eine entsprechende Einigung erzielt worden wäre. Diese Aussage stellt lediglich eine Schlussfolgerung der Beklagten dar, deren tatsächliche Grundlage sie im Protokoll der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 zu erkennen meint (act. 10 Rz. 80; act. 29 Rz. 56). Ausgehend von einem aufgrund der Deckung der Balkone geringen Wasseraufkommen wurde eine Aufkantung von 10 mm als ausreichend betrachtet (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.2). Die "sinnvolle und verhältnismässige Lösung" bezieht sich auf den Verzicht auf die Ausführung einer Rinne vor der Türschwelle (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.2). Eine Diskussion oder eine Einigung über die Positionierung der Direktentwässerung folgt daraus nicht. Nachdem man sich auf die Ausführung einer Direktentwässerung geeinigt hatte, wurde deren Positionierung nicht mehr diskutiert. Dementsprechend liegt keine vereinbarte Eigenschaft vor.

2.3.2.2. Die Parteien legen den Inhalt für die Ausformung des Gefälles auf den Balkonen massgeblicher einschlägiger Normen i.S.v. Ziffer 2.17 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 und deren Verhältnis zueinander nicht dar. Technische Standards, insbesondere wenn sie von privaten Berufsverbänden erarbeitet und herausgegeben werden, sind der Sachverhaltsfeststellung zuzuordnen (BGer 4A_486/2017 v. 23.03.2018 E. 3.2.1). Bei den Bestimmungen der SIA-Norm 118 ist mit einem Teil der Rechtsprechung aufgrund ihrer Verbreitung und der Verfügbarkeit einschlägiger Kommentarliteratur wenigstens für die baujuristischen Fachkreise und die mit Bauvertragsrecht befassten Gerichte von einer bekannten Tatsache i.S.v. Art. 151 ZPO auszugehen (BGer 4A_486/2017 v. 23.03.2018 E. 3.2.1; 4A_582/2016 v. 06.07.2017 E. 4.6; 4A_116/2017 v. 20.04.2017 E. B; OGer ZH LB160051 v. 24.01.2017, ZR 116 [2017] Nr. 33 E. 5.4 S. 118). Für die zahlreichen technischen Normen gilt dies indessen nicht, sind diese doch in Juristenkreisen weder verbreitet noch leicht zugänglich (BGer 5A_518/2020 v. 22.10.2020 E. 3.3). Deren Inhalt müssen die Parteien somit prozesskonform in das Verfahren einführen. Die Klägerin beruft sich verschiedentlich auf Ziffer 3.1.1 des Protokolls der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 (act. 1 Rz. 55; act. 25 Rz. 24). Gemäss dieser Protokollstelle diskutierten die Parteien das Verhältnis zwischen dem Merkblatt 9/06 "Rollstuhlgängige Balkon- und

Terrassen-Türschwellen" der Schweizerischen Fachstelle für behindertengerechtes Bauen und der SIA-Norm 271 "Abdichtungen von Hochbauten" in Bezug auf die Türschwellehöhe zu den Balkonen (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.1). Es fehlen jedoch Ausführungen zum streitrelevanten Inhalt dieser Normwerke. Ein über die Tatsache, dass eine Diskussion über diese Normen stattgefunden hat, hinausgehender Inhalt ist nicht dargelegt.

2.3.2.3. Ist eine Eigenschaft des Werks nicht konkret vereinbart, so schuldet der Unternehmer ein Werk mit den Eigenschaften, die der Bauherr in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118; BGE 114 II 239 E. 5a/aa S. 244). Das Werk muss den anerkannten Regeln der Technik entsprechen (BGer 4A_428/2007 v. 02.12.2008 E. 3.1; GAUCH, a.a.O., N 1411, 1422a) und für den vorausgesetzten Gebrauch tauglich sein (BGer 4A_428/2007 v. 02.12.2008 E. 3.1; GAUCH, a.a.O., N 1407, 1413). Gemäss dem Gutachten vom 27. Juni 2016 entspricht der festgestellte Zustand nicht den Regeln der Baukunde, da das Gefälle auf der Oberfläche der Nuttschicht (Zementüberzug) und in Richtung der Direktentwässerung fehlt (act. 1 Rz. 49; act. 25 Rz. 11, 14, 27, 28 zweiter Spiegelstrich; act. 3/12 Ziffer 6.16 S. 35). Der festgestellte Zustand bringt hinsichtlich der Gebrauchstauglichkeit die folgenden konkreten Einschränkungen mit sich: Pfützenbildung nach Niederschlägen, Eisbildung, biogener Bewuchs im Pfützenbereich, Rutschgefahr bei biogenem Bewuchs im Pfützenbereich (act. 1 Rz. 50; act. 3/12 Ziffer 6.18 S. 36).

Die Beklagte wendet ein, ein ungenügendes Gefälle würde sich auf die Balkone, welche von der Wetterseite abgewandt und dadurch nicht in signifikanter Weise der Witterung ausgesetzt seien oder welche durch darüberliegende Balkone abgedeckt seien, nicht auswirken (act. 10 Rz. 25 dritter Bullet-Point, 69, 127, 132, 133, 135; act. 29 Rz. 224, 421, 712, 715). Sämtliche Balkone seien "(ausser bei Extremereignissen) nur von geringem Wassereintrag (insbes. durch Regenfälle) betroffen" und würden "in der 'Balkonsaison' innert weniger Stunden" trocknen (act. 29 Rz. 227); unter "Balkonsaison" sind eine trockene Witterung und Temperaturen über 15 °C zu verstehen (act. 29 Rz. 226). Dagegen behauptet die Klägerin, es sei auch bei einer eingeschränkten Wetterexponiertheit oder Schutz durch

die darüber liegenden Balkone mit Regen oder Spritzwasser durch die übliche Benutzung zu rechnen (act. 25 Rz. 34, 263, 264). Dem entgegnet die Beklagte, soweit es nicht zu einer länger andauernden Pfützenbildung komme, sei die Entwässerung nicht mangelhaft (act. 29 Rz. 97, 404). Bei einer bestimmungsgemässen Nutzung der Balkone würden keine grösseren Wassermengen anfallen (act. 29 Rz. 98, 404, 713).

Die Gebrauchstauglichkeit muss nicht nur bei den von der Beklagten als "Balkonsaison" bezeichneten Witterungsbedingungen bestehen, sondern auch bei einer Regenperiode, niedrigeren Temperaturen oder höherer Luftfeuchtigkeit. Zudem besteht die vom Gutachten angeführte Gefahr der Bildung von Eis und biogenem Bewuchs insbesondere auf der sonnenabgewandten Seite. Die Balkonmauer verhindert teilweise die Sonneneinstrahlung auf den Balkonboden. Eine Rutschgefahr durch Eisbildung und biogenen Bewuchs schränkt die Gebrauchstauglichkeit ein.

Die Beklagte verweist auf die Vereinbarung vom 12./13. November 2013 zwischen der Klägerin und einer Mieterin an der C.____-strasse 13 (act. 29 Rz. 183, 220, 221, 223; act. 26/59). Mit Schreiben vom 15. Januar 2013 bemängelte eine Mieterin in der C.____-strasse 13 eine Pfützenbildung auf dem Balkon (act. 25 Rz. 77; act. 29 Rz. 180). Mit Eingabe vom 16. Mai 2013 machte sie ein Verfahren vor der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen anhängig (act. 10 Rz. 47, 197; act. 29 Rz. 170; act. 11/3). Die Klägerin und die Mieterin hielten in der Vereinbarung vom 12./13. November 2013 u.a. fest: "Die Mieterin erklärt vorbehaltlos, den aktuellen Zustand des Balkons als gebrauchstauglich zu akzeptieren; sie verzichtet auf die Geltendmachung von Mängelrechten (Beseitigung, Mietzinsreduktion, Schadenersatz)." (act. 25 Rz. 77; act. 29 Rz. 183, 220-223; act. 26/59). Auf dieser Grundlage stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, alle oder ein Teil der Balkone seien mietrechtlich nicht mangelhaft (act. 29 Rz. 183, 222, 228, 421, 516, 746, 758). Der entsprechende Balkon sei auch im Verhältnis zur Totalunternehmerin [d.h. im Sinne des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010] mangelfrei (act. 29 Rz. 183). Demgegenüber macht die Klägerin geltend, sie habe zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 12./13. November 2013 keine An-

zeichen gehabt, dass die Pfützenbildung auf einen Baumangel zurückzuführen sei, zumal es sich dannzumal um einen Einzelfall gehandelt habe (act. 25 Rz. 77).

Bei der Vereinbarung vom 12./13. November 2013 handelt es sich um eine vergleichsweise Regelung der Streitigkeit zwischen der Klägerin und der Mieterin, welche die betreffende Streitigkeit beendet (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Das Mietgericht hat sich deshalb materiell nicht dazu geäußert, ob ein Mangel der Mietsache i.S.v. Art. 259a OR vorliegt. Die Interessenlage der Klägerin war derjenigen im vorliegenden Verfahren entgegengesetzt. Beim Mangel i.S.v. Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 handelt es sich um einen relativen Tatbestand (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 2.2 zu Art. 166 SIA-Norm 118). Aus dem Umstand, dass eine Mieterin der Klägerin dieser gegenüber vergleichsweise auf die Geltendmachung weiterer Mängelrechte verzichtet hat, kann die Beklagte nicht ableiten, dass der betroffene Balkon unter dem Totalunternehmer-Vertrag vom 5. November 2010 keinen Mangel darstellt.

Schliesslich wirkt sich das unzureichend abfliessende Wasser auf den Balkonen durch die mangelhaften Anschlüsse der Aussenwärmedämmung an die Balkonböden auch auf die Ausblühungen an der Aussenwärmedämmung unterhalb der Balkone aus (act. 10 Rz. 25 vierter Bullet-Point, 34; act. 25 Rz. 159; act. 29 Rz. 422, 423, 442). Das Gutachten vom 27. Juni 2016 hält fest, dass die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke und die Brüstungsabdeckungen nicht schlagregendicht ausgeführt sind und bei den Sondierungsöffnungen keine Abdichtung mit einem Fugendichtband oder Kittfase auf die Dämmebene festgestellt werden konnte (act. 25 Rz. 159; Ziffer 2.3.1.8.2 oben, 2.3.1.8.4 oben). Die Planung der Aussenwärmedämmung "berücksichtigt nicht das Spritzwasser beim Anschluss an den Balkonboden und setzt voraus, dass der Anschluss nicht durch stehendes Wasser auf dem Balkonboden belastet wird" (act. 29 Rz. 423; Ziffer 2.3.1.2 oben). Daraus folgert die Beklagte, dass keine Fassadenausblühungen entstehen würden, wenn die Balkonentwässerung saniert werde (act. 10 Rz. 25 vierter Bullet-Point, 34; act. 29 Rz. 423, 425). Der Klägerin stünde deshalb nur die Sanierung entweder der Aussenwärmedämmung oder der Balkone zu (act. 29 Rz. 425, 542).

Als wahrscheinlichere Variante erscheint, dass eine Optimierung der Balkonentwässerung lediglich dazu führen würde, dass weniger Wasser in die Fassade eindringen kann und die Ausblühungen geringer sind (wie die Klägerin darlegt, act. 25 Rz. 159), nicht aber zum völligen Verschwinden der Mangelauswirkungen. Das Verhältnis Primär- und Sekundärmangel (act. 29 Rz. 736) passt in diesem Zusammenhang nicht, weil sich die beiden Mängel nur in ihren Auswirkungen beeinflussen, ansonsten jedoch unabhängig voneinander bestehen. Bei den mangelhaften Anschlüssen der Aussenwärmedämmung und dem unzureichenden Wasserabfluss auf den Balkonen handelt es sich eher um Mit- oder Teilursachen (Terminologie nach MARTIN A. KESSLER, in: Obligationenrecht, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 28 zu Art. 41 OR). Das stehende Wasser würde durch die Sanierung der Fassadenanschlüsse nicht beseitigt (act. 25 Rz. 104), jedoch könnte dieses (allenfalls) nicht mehr in die Fassade eindringen (act. 10 Rz. 34; act. 29 Rz. 424, 542, 736). Die Beklagte kann sich jedoch auf eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs erfolgreich nur berufen, wenn "ganz aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden [...] eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursache hinzutreten" (BGE 135 IV 56 E. 2.1 S. 64-65; KESSLER, in: Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 41 OR). Es liegt nicht ausserhalb des normalen Geschehens, dass der Anschluss der Aussenwärmedämmung an die anderen Fassadenbauteile nicht völlig wasserdicht ist, selbst wenn diese korrekt ausgeführt ist. Längere Wasseransammlungen an der Fassade sind generell zu vermeiden. Die Beklagte kann sich deshalb nicht auf eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs berufen.

2.3.2.4. Gemäss Art. 163 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 gilt ein bei der gemeinsamen Prüfung i.S.v. Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 (Abnahme) erkannter Mangel als genehmigt, wenn die Bauleitung auf dessen Geltendmachung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet. In den Abnahmeprotokollen und den dazugehörigen Mängellisten findet sich kein Hinweis auf ein Entwässerungsproblem bei den Balkonen (act. 25 Rz. 71; act. 29 Rz. 165, 173, 176; act. 3/8; act. 26/58). Die Beklagte macht geltend, es handle sich um einen stillschweigenden Verzicht auf die Geltendmachung offensichtlicher Mängel i.S.v. Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118

(act. 29 Rz. 166, 863). Die Mangelhaftigkeit besteht jedoch nicht in einer fehlenden Normkonformität (Ziffer 2.3.2.2 oben), zu welcher die Klägerin durch ihre Vertreter an der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 ihre Zustimmung erteilt haben soll (act. 29 Rz. 165, 167, 177, 186), sondern in der fehlenden Gebrauchstauglichkeit (Ziffer 2.3.2.3 oben). In der Folge erwiesen sich die Restwassermengen grösser als angenommen (act. 29 Rz. 178). Die fehlende Gebrauchstauglichkeit der von der Totalunternehmerin letztlich umgesetzten Lösung der Balkonentwässerung war im Zeitpunkt der Abnahme nicht offensichtlich. Sie zeigte sich erst im Verlaufe der Nutzung des streitgegenständlichen Bauobjekts. Deshalb liegt kein stillschweigender Verzicht der Klägerin auf die Geltendmachung vor.

2.3.2.5. Gemäss Gutachten vom 27. Juni 2016 besteht die Ursache für den festgestellten Zustand zunächst im ohne Gefälle geplanten Zementüberzug (act. 25 Rz. 11, 14, 190; act. 3/12 Ziffer 6.17 S. 36). Im Aufbaubeschrieb des Architektenplans Nr. 08N1_8212-140_R vom 31. Mai 2013 ist festgehalten, dass der Zementüberzug in Gefälle auszuführen ist (act. 1 Rz. 48; act. 29 Rz. 46; act. 3/7/2; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). Das keilförmige Gefälle sollte von den Türschwellen weggeführt werden (act. 1 Rz. 48; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). An der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 wurde die Höhe der Schwelle der Balkontüre auf 10 mm festgelegt (Ziffer 2.3.2.1 oben). Auf den Architektenplänen ist die Ausbildung des Gefälles nicht eingezeichnet (act. 1 Rz. 48; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). Die planerischen Vorgaben beschränken sich auf die Positionierung der Direktentwässerung und die Höhe der Schwelle der Balkontüre (act. 29 Rz. 83). Das Gutachten vom 27. Juni 2016 gelangt zum Schluss: "Mit diesen planerischen Vorgaben kann auf den Balkonen der pfützenfreie Abfluss des Oberflächenwassers nicht gewährleistet werden, der Wasserabfluss ist planerisch nicht gelöst" (act. 1 Rz. 48; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass dieselbe Planung einheitlich für alle Balkone besteht (act. 25 Rz. 31, 44, 190; act. 29 Rz. 83). Die Voraussetzung der unzureichenden Planung liegt deshalb bei allen Balkonen gleichermassen vor. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob der Planungsmangel durch eine entsprechende Ausführung behoben werden kann.

2.3.2.6. Gemäss Gutachten vom 27. Juni 2016 ist der Zementüberzug ohne Gefälle ausgeführt (act. 1 Rz. 48; act. 25 Rz. 14, 27; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34, Ziffer 6.17 S. 36).

Die Beklagte anerkennt eine ungenügende Ausführung des Gefälles bei den untersuchten Stellen (act. 10 Rz. 25 erster Bullet-Point, 56, 63). bzw. bei einigen Balkonen (act. 10 Rz. 84, 89; act. 29 Rz. 49). Sie bestreitet jedoch, dass das Gefälle bei den übrigen Balkonen (act. 10 Rz. 59, 60) bzw. bei sämtlichen 149 Balkonen mangelhaft ausgeführt worden sein soll (act. 10 Rz. 66, 77; act. 29 Rz. 49, 95).

Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass sich das Gutachten auf die fünf Balkone stütze, bei welchen Sondierungsöffnungen ausgeführt worden seien (act. 25 Rz. 32, 206). Sie behauptet jedoch, die Balkone in der gesamten Überbauung seien mangelhaft geplant und ausgeführt worden (act. 1 Rz. 48, 51).

2.3.2.6.1. Die Klägerin beruft sich auf Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (act. 1 Rz. 36, 37; act. 25 Rz. 10, 184). Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 befreit die Klägerin nicht von der Beweislast für das Vorliegen der Mängel der die Mangelhaftigkeit begründenden Beschaffenheit des streitgegenständlichen Werks (Ziffer 2.3.1 oben).

2.3.2.6.2. Die Beklagte ist der Ansicht, das Gutachten vom 27. Juni 2016 stütze sich auf die Untersuchung lediglich eines nicht näher spezifizierten Teils der Balkone (act. 10 Rz. 77; act. 29 Rz. 86, 89). Dabei handle es sich um eine nicht repräsentative Auswahl bewusst negativer Beispiele (act. 29 Rz. 90, 415, 520). Aus dem E-Mail-Verkehr vom 6. April 2016 ergebe sich, dass der Gutachter gestützt auf das Schadensprotokoll inkl. Fotos der Privatgutachterin zwei bis drei negative Beispiele herausgesucht habe (act. 29 Rz. 90, 91, 102, 415; act. 11/4).

Gemäss Teilgutachten F4-011 vom 23. Juni 2016 als Bestandteil des Gutachtens vom 27. Juni 2016 fand am 23. Mai 2016 "ein Augenschein auf einem Teil der Balkone der Wohnungen" statt (act. 10 Rz. 77; act. 3/12 Ziffer 9.2.3 S. 48). Gleichentags führte der Gutachter die zur Begutachtung der Aussenwärmedämmung

erforderlichen Sondierungsöffnungen durch (act. 3/12 Ziffer 4.2 S. 5). Die von der Beklagten genannte Zahl von zwei bis drei Balkonen nannte der Gutachter in der E-Mail vom 6. April 2016 im Vorfeld des ersten Augenscheins vom 19. April 2016 zur Bestimmung der Sondierungsöffnungen (act. 29 Rz. 90; act. 11/4). Sie entspricht nicht der Zahl der effektiv untersuchten Stellen. Beim ersten Augenschein vom 19. April 2016 wählte der Gutachter für die Sondierungsöffnungen schliesslich fünf Standorte aus; die Beurteilung des Balkongefälles stützt sich deshalb mindestens auf jene fünf Balkone, bei welchen Sondierungsöffnungen ausgeführt wurden: D.____-strasse 3 (K.____), C.____-strasse 4 (L.____), D.____-strasse 5 (M.____), C.____-strasse 2, C.____-strasse 6 (Ziffer 2.3.1.2.2 oben).

Die Behauptung der Beklagten ist insoweit zutreffend, als der Gutachter nicht sämtliche Balkone untersucht hat. Hingegen handelte es sich nicht lediglich um zwei bis drei, sondern mindestens um fünf Balkone. Die Untersuchung einer Stichprobe als Grundlage der Begutachtung ist nicht grundsätzlich unzulässig (Ziffer 2.3.1.2.2 oben). Die Auswahl erfolgte in erster Linie im Hinblick auf die Untersuchung der Schäden an der Aussenwärmedämmung. Die Übernahme dieser Auswahl zu Begutachtung der Balkonentwässerung lässt sich mit praktischen Gründen rechtfertigen. Es handelt sich jedoch eher um eine exemplarische als um eine repräsentative Auswahl. Das Vorgehen kann dennoch zu brauchbaren Ergebnissen führen, da die unzureichende Balkonentwässerung als systematischer Mangel bereits seit längerer Zeit bekannt und für zahlreiche Stellen mit entsprechenden Mängelrügen dokumentiert war (Ziffer 2.4.2 unten).

2.3.2.6.3. Nach Ansicht der Beklagten beschränken sich die Aussagen des Gutachtens vom 27. Juni 2016 auf die explorierten Stellen (act. 10 Rz. 68, 80; act. 29 Rz. 544, 553). Das Gutachten stelle nicht fest, dass sich bei sämtlichen 149 Balkonen ein Entwässerungsproblem manifestiert habe (act. 29 Rz. 86, 93). Nach Ansicht der Klägerin gebe das Gutachten eine Beurteilung in Bezug auf sämtliche 149 Balkone der gesamten Überbauung ab (act. 25 Rz. 32, 206, 208).

Dieselbe Frage hat die Beklagte bereits im Zusammenhang mit der Begutachtung der Aussenwärmedämmung aufgeworfen. In Bezug auf den Umfang des Gutach-

tensauftrags wird auf die dortigen Erwägungen Bezug genommen (Ziffer 2.3.1.2.3 oben).

Die Fragestellung bezieht sich auf den "Wasserabfluss auf den Balkonen der Liegenschaften [der streitgegenständlichen] Überbauung" (act. 25 Rz. 32; act. 3/12 Ziffer 6.15 S. 34). Der Gutachter nimmt in der Beantwortung keine verbale Einschränkung auf die untersuchten Balkone vor (act. 25 Rz. 32, 33), schreibt jedoch auch nicht ausdrücklich, dass sich die Entwässerungsproblematik bei sämtlichen 149 Balkonen manifestiert habe (act. 29 Rz. 86, 89, 93). Die Tragweite der gutachterlichen Aussagen lässt sich nicht losgelöst von der Schlüssigkeit beantworten.

2.3.2.6.4. Die Beklagte hält den Schluss von den explorierten Stellen auf sämtliche Balkone für nicht schlüssig (act. 10 Rz. 77; act. 29 Rz. 532, 553, 544). Da der Gutachter nicht sämtliche Balkone besichtigt habe, sei eine solche Feststellung nicht glaubwürdig (act. 29 Rz. 86, 88). Hingegen ist die Klägerin der Ansicht, das Gutachten habe zu diesem Schluss kommen müssen, weil ein Planungsmangel vorliege und die Planung für sämtliche Balkone dieselbe sei (act. 25 Rz. 208).

Dieselbe Frage hat die Beklagte bereits im Zusammenhang mit der Begutachtung der Aussenwärmedämmung aufgeworfen. In Bezug auf die Zulässigkeit des Schlusses auf die nicht explorierten Stellen bei einem systematischen Fehler (Planungsfehler) wird auf die dortigen Erwägungen Bezug genommen (Ziffer 2.3.1.2.4 oben). Im Grundsatz ist unbestritten, dass für sämtliche Balkone eine einheitliche Planung besteht (Ziffer 2.3.2.4 oben). Die Beklagte macht nicht geltend, dass von den planerischen Vorgaben, soweit solche bestehen, abgewichen worden wäre (vgl. act. 25 Rz. 34; act. 29 Rz. 95). Jedenfalls ist ein Grund für solche Abweichungen nicht ersichtlich. Eine unterschiedliche Positionierung der Balkonentwässerung bei einigen Balkonen müsste einem externen Beobachter bereits von aussen sofort auffallen. Folglich ist davon auszugehen, dass bei sämtlichen Balkonen die Positionierung der Direktentwässerung und die Höhe der Schwelle der Balkontüre gemäss Planung eingehalten wurden.

Lediglich in Bezug auf die nicht geplanten Eigenschaften stellt sich die Frage einer unterschiedlichen Ausführung. Namentlich geht es um das nicht hinreichend geplante Gefälle im Zementüberzug. Die Beklagte ist der Ansicht, bei fehlenden planerischen Vorgaben sei es Sache des Unternehmers, ein normgemässes Werk zu erstellen (act. 29 Rz. 500). Demzufolge geht sie davon aus, durch eine entsprechende Ausführung würde sich die unvollständige Planung nicht auswirken. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Ausführung der verschiedenen Balkone.

2.3.2.6.5. Der Standpunkt der Beklagten, wonach sich die Entwässerungsproblematik auf die explorierten Stellen beschränke, widerspricht sowohl dem Gutachten vom 27. Juni 2016 als auch den gestützt darauf ergangenen eigenen Ausführungen der Beklagten.

Das Gutachten vom 27. Juni 2016 hält fest (act. 10 Rz. 77; act. 29 Rz. 51; zitiert nach dem Gutachtenstext [act. 3/12 Ziffer 6.20 S. 38]):

" Die Positionierung des geplanten und ausgeführten N.____ Direktablaufs vor der Fassade ist bautechnisch ungeeignet. Mit dieser Positionierung des N.____ Direktablaufs wird das Oberflächenwasser zum Schwellenbereich und zum Fassadenanschluss geführt. Ein hinsichtlich pfützenfreies Abführen des Oberflächenwassers mit funktionierender Gefälleausbildung im Zementüberzug, ist bei der Positionierung des N.____ Direktablaufs, in einer Balkonecke und den vorgegebenen Kotten bei Türschwellen und Staketengeländer nicht möglich."

Nach Ansicht der Beklagten ist die Positionierung der N.____-Direktentwässerung für das mangelhafte Gefälle ursächlich (act. 10 Rz. 78; act. 29 Rz. 51, 549). Hingegen geht es nach Ansicht der Klägerin nicht um die Positionierung der Direktentwässerung, sondern um das fehlende Gefälle (act. 25 Rz. 14, 207). Im Rahmen der Nachbesserung verlangt die Klägerin jedoch eine Versetzung der Direktentwässerung (act. 1 Rz. 85, 88). Inwiefern die Positionierung lediglich für die Nachbesserung relevant sein soll (act. 25 Rz. 207), lässt sich nicht nachvollziehen. Die Klägerin geht auch hier davon aus, dass der bestehende Zementüberzug entfernt werden muss (act. 1 Rz. 85, 87). Der Vortrag der Klägerin leidet insoweit an einem Widerspruch. Neben der Positionierung der Direktentwässerung sind auch die Höhenkoten der vorderen und der hinteren Oberkan-

te des Balkons vorgegeben (act. 29 Rz. 51). Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass bei zu geringer Höhendifferenz die Ausgestaltung eines hinreichenden Gefälles nicht möglich ist. Deshalb ist der Parteivortrag der Beklagten insoweit widersprüchlich, als sie sich auf den Standpunkt stellt, das Gefälle könne normgemäss ausgeführt werden (act. 10 Rz. 133; act. 29 Rz. 500, 560).

Das Gutachten vom 27. Juni 2016 legt überzeugend dar, dass die Ausführung eines hinreichenden Gefälles bei den vorgegebenen Planungsparametern in tatsächlicher Hinsicht unmöglich ist. Da sich die Planungsparameter bei sämtlichen Balkonen decken, ist auszuschliessen, dass das Gefälle bei einigen Balkonen hinreichend ausgebildet ist. Aus diesem Grund lässt sich die Schlussfolgerung des Gutachtens auf sämtliche Balkone übertragen.

2.3.2.6.6. Die Behauptungen der Klägerin stützen sich neben dem Gutachten vom 27. Juni 2016, welches auch das Teilgutachten vom 23. Juni 2016 beinhaltet, auch auf das Privatgutachten vom 22. November 2013 (act. 1 Rz. 33; act. 25 Rz. 31-33). Privat- bzw. Parteigutachten sind lediglich als Parteibehauptungen zu qualifizieren (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438; BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 88, E. 3.6 S. 88-89; BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; BGer 4A_247/2020 v. 07.12.2020 E. 4.1 m.Nw.). Bestrittene Behauptungen dürfen (allein) aufgrund eines Privatgutachtens nicht als bewiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438). Gestützt auf ein Privatgutachten aufgestellte Parteibehauptungen sind jedoch oft besonders substantiiert (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGer 4A_412/2019 v. 27.04.2020 E. 4.2.2.1). Sie vermögen deshalb allenfalls "zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen" (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGer 4A_247/2020 v. 07.12.2020 E. 4.1; 4A_9/2018 v. 31.10.2018 E. 5.3; 4A_409/2017 v. 17.01.2018 E. 3.3).

Die Klägerin beauftragte am 3./5. November 2013 eine private Firma mit der Prüfung der Balkone (Ziffer A.b oben). Am 20. November 2013 besichtigte der Privatgutachter sieben Balkone (act. 10 Rz. 48; act. 25 Rz. 181; act. 29 Rz. 110, 479; act. 3/20 Ziffer 5 S. 4 und Anhang 1 S. 1). Das Privatgutachten vom 22. November 2013 kommt zum Schluss, dass die Balkonentwässerung (Balkon-

gefälle und Wasserabflusssystem) in verschiedener Hinsicht nicht den Regeln der Baukunde bzw. der SIA-Norm 271:2007 entspreche (act. 1 Rz. 33; act. 10 Rz. 48; act. 3/20 Ziffer 6.1 und 6.2 S. 4-6). Die Klägerin weist namentlich darauf hin, dass "(i) das Gefälle nicht den Minimalanforderungen von 1.5% entspricht, (ii) das Gefälle nicht weg vom Schwellenanschluss führt, (iii) die Stauhöhe nicht deutlich unter 25 mm unter der Freibordhöhe liegt, (iv) die Gefahren hinsichtlich Wasserrückstau bei Eis- und Schneebarrieren nicht hinreichend beachtet sind und (v) die geforderte durchgehende Entwässerungsrinne vor der Türe und der Verglasung fehlt" (act. 1 Rz. 33).

Die Interpretation des Privatgutachtens vom 22. November 2013 ist zwischen den Parteien streitig. Nach Ansicht der Beklagten beziehe sich das Privatgutachten vom 22. November 2013 nicht auf sämtliche 149 Balkone der gesamten Überbauung (act. 29 Rz. 86, 89, 93). Da nicht sämtliche Balkone besichtigt und vermessen worden seien (act. 29 Rz. 86, 89, 93; act. 3/20 Anhang 1 S. 1), wäre eine solche Aussage nicht fundiert (act. 29 Rz. 86, 93). Das Privatgutachten stelle (lediglich) fest, dass die sieben besichtigten Balkone nicht den Anforderungen der SIA-Norm 271:2007 entsprechen würden (act. 10 Rz. 48; act. 29 Rz. 110, 117, 479, 814). Nach Ansicht der Klägerin beziehe sich das Privatgutachten hingegen auf sämtliche Balkone der streitgegenständlichen Überbauung (act. 25 Rz. 45, 181).

Es ist nicht näher bekannt, aufgrund welcher Kriterien der Privatgutachter die sieben untersuchten Balkone ausgewählt hat. Fest steht jedoch, dass im Gegensatz zum Gutachten vom 27. Juni 2016 nicht die private Bestandsaufnahme vom 5. Oktober 2015 als Grundlage gedient hat, ist dies doch bereits aus zeitlichen Gründen ausgeschlossen. Ein Vergleich der Standorte der am 23. Mai 2016 vorgenommenen Sondierungsöffnungen für die Erstellung des Gutachtens vom 27. Juni 2016 (act. 3/12 Ziffer 8.4 S. 44) mit jenen der privatgutachterlichen Besichtigungen vom 20. November 2013 (act. 3/20 Anhang 1 S. 1) zeigt, dass sich die Standorte nicht decken. Die Beklagte bestreitet die Normabweichung der sieben privatgutachterlich untersuchten Balkone nicht substantiiert. Deshalb ist da-

von auszugehen, dass neben den gutachterlich konkret untersuchten fünf Balkonen weitere sieben konkrete Balkone den Normanforderungen nicht entsprechen.

Die Feststellungen im Privatgutachten stützen die Schlussfolgerungen des Gutachtens vom 27. Juni 2016. Insgesamt ist immerhin bei 13 Balkonen von einem anerkannten festgestellten mangelhaftem Gefälle auszugehen.

2.3.2.7. Gemäss Art. 166 Abs. 4 Satz 1 SIA-Norm 118 liegt kein Mangel im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn den vertragswidrigen Zustand des Werkes (oder Werkteils) verschuldet hat (Selbstverschulden, Art. 369 OR). Ein Selbstverschulden ist jedoch zu verneinen bei einer Verletzung der Anzeige- oder Abmahnungspflicht i.S.v. Art. 25 SIA-Norm 118 (Art. 166 Abs. 4 Satz 2 SIA-Norm 118). Für die ihm übergebenen Pläne trifft den Unternehmer eine Prüfungspflicht nur, "wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist" (Art. 25 Abs. 3 Satz 1 SIA-Norm 118). In diesem Fall besteht eine Anzeige- und Abmahnungspflicht lediglich für tatsächlich entdeckte Mängel (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 SIA-Norm 118; ROLAND HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 22.1, N. 27 zu Art. 25 SIA-Norm 118).

2.3.2.7.1. Das unzureichend ausgebildete Gefälle der Balkonböden ist durch eine unvollständige bzw. fehlerhafte Planung bedingt (Ziffer 2.3.2.5 oben). Art. 166 Abs. 4 Satz 1 a.E. SIA-Norm 118 schliesst die Annahme eines Mangels insbesondere bei der Verursachung durch einen Fehler in den Ausführungsunterlagen aus. Die Ausnahme gilt jedoch nicht für die eigene Ausführungsplanung des Unternehmers, denn selbstredend haftet dieser für die von ihm erstellte Ausführungsplanung vollumfänglich (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 16 zu Art. 166 SIA-Norm 118). Gemäss Ziffer 4 Abs. 3 und Ziffer 5.1 Abs. 2 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 ist die Totalunternehmerin vollumfänglich für die Planung verantwortlich (Ziffer 2.1 oben). Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 ist insoweit nicht anwendbar.

2.3.2.7.2. Die Beklagte beruft sich auf die eigene Kenntnis und Fachkunde der Klägerin (act. 10 Rz. 78, 85; act. 29 Rz. 62, 65, 711). Eine vertragliche Abrede, dass die Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Pläne beim Unternehmer liegt, führt dazu, dass der Unternehmer zur Prüfung verpflichtet bleibt, auch wenn auf Seite des Bauherren Sachverstand vorhanden ist (HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 17.2 zu Art. 118 SIA-Norm 118). Eine solche Abrede enthält Ziffer 4 Abs. 3 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2001 (Ziffer 2.1 oben). Gemäss der Normkaskade von Ziffer 2.1 und Ziffer 2.14 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 geht die Vertragsabrede von Ziffer 4 Abs. 3 und Ziffer 5.1 Abs. 2 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 der SIA-Norm 118 vor. Die (allfällige) Sach- und Fachkunde der Klägerin entbindet die Totalunternehmerin deshalb nicht von einer Prüfungspflicht für die von ihr übernommene Planung.

2.3.2.7.3. Gemäss Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118 trifft den Unternehmer eine Abmahnungspflicht, "wenn er bei der Ausführung seiner Arbeit feststellt oder nach den Umständen feststellen muss, dass ihm erteilte Weisungen der Bauleitung fehlerhaft sind oder ihm Verantwortungen (z.B. hinsichtlich Gefährdung Dritter) auferlegen, die er glaubt, nicht übernehmen zu dürfen".

Die Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe der Totalunternehmerin eine Weisung i.S.v. Art. 369 OR oder Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118 erteilt (act. 10 Rz. 86; act. 29 Rz. 62). Lediglich für den Eventualfall behauptet sie, an der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 sei eine Abmahnung (Erläuterung des Problems und Erklärung, dass man nicht haften werde) erfolgt (act. 29 Rz. 64). Die Klägerin bestreitet eine Abmahnung (act. 1 Rz. 54, 55, 57; act. 25 Rz. 22, 28).

Die Formempfehlung von Art. 25 Abs. 2 SIA-Norm 118 gilt auch für die Abmahnung (GAUCH, a.a.O., N 1948; HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 9, N. 25.1 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Gemäss Art. 25 Abs. 2 SIA-Norm 118 sollen Anzeigen "schriftlich erfolgen; mündliche Anzeigen sind zu protokollieren". Die Einhaltung der Schriftform ist jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung (BGE 95 II 43 E. 2b S. 48; GAUCH, a.a.O., N 1947; HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 10.1, 10.2 und 10.4 zu Art. 25 SIA-Norm 118; HANS RUDOLF

SPIESS/MARIE-THERES HUSER, Norm SIA 118, 2014, N. 13 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Sie dient lediglich Beweis Zwecken (BGE 95 II 43 E. 2b S. 46-47; HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 10.2 zu Art. 25 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, N. 13 zu Art. 25 SIA-Norm 118).

In inhaltlicher Hinsicht wird "die Mitteilung verlangt, die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe" (BGE 116 II 305 E. 2c/bb S. 308). Die Abmahnung muss "bestimmt, klar und deutlich sein und dem Besteller unmissverständlich zum Bewusstsein bringen, dass bei der von ihm angeordneten Ausführung nach der Auffassung des Unternehmers möglicherweise Schäden auftreten könnten" (BGE 95 II 43 E. 3c S. 50). Streitig ist, ob der Unternehmer darüber hinaus eine eigentliche Enthaltungserklärung abgeben muss (ablehnend THEODOR BÜHLER, in: Zürcher Kommentar, Teilband V 2d, hrsg. von Wilhelm Schönenberger/Peter Gauch/Jörg Schmid, 3. Aufl. 1998, N. 43 zu Art. 369 OR; GAUCH, a.a.O., N 1941; GEORG GAUTSCHI, in: Berner Kommentar, Der Werkvertrag, hrsg. von Arthur Meier-Hayoz, 2. Aufl. 1967, N. 9 zu Art. 369 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N 586; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl. 1936, N. 2 zu Art. 369 OR; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, N. 22 zu Art. 25 SIA-Norm 118; eher befürwortend H. BECKER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, hrsg. von M. Gmür, 1934, N. 1 zu Art. 369 OR; DAVID DÜRR, Der Werkvertrag, 2. Aufl. 1966, N. 2 zu Art. 369 OR; zum Ganzen HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 25.3 zu Art. 118 SIA-Norm 118; GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 10 zu Art. 369 OR; je m. Nw.). Eine ausdrückliche Abmahnung ist "nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne" (BGE 116 II 305 E. 2c/bb S. 308; BGer 4C.452/1999 v. 27.03.2000 E. 2a; es handelt sich jedoch nicht um eine Willenserklärung, GAUCH, a.a.O., N 1941). Dazu ist ausreichend, wenn der Unternehmer die wesentlichen Tatsachen angibt, die dem Besteller die Konsequenzen der von ihm erteilten Anweisungen unmissverständ-

lich bewusst machen (BGer 4C.452/1999 v. 27.03.2000 E. 2a; eher strenger dagegen BGer 4C.217/2005 v. 20.02.2006 E. 3.2.1).

Das Protokoll der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 fasst die Standpunkte der Totalunternehmerin und der Architektin [...] zu Ausführung bzw. Nichtausführung einer Rinne vor der Türschwelle zusammen (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.1-3.1.3). Zum Inhalt der Diskussion hält dieses das folgende Ergebnis fest (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.3):

" Aus der ei[n]gehenden Diskussion über die Position des Einlaufes und die Ausbildung eines Gefälles auf dem Balkon wird festgehalten:

- Am Einlauf mit Fallrohr wird festgehalten.
- Die Position wird in der Nähe der Fassade unterhalb des Anzuges belassen.
- Der Hartbeton-Überzug wird mit einem einseitigen Tendenzgefälle weg von der Wange und einer leichten Mulde ausgebildet, die als eine Art Rinne zum Einlauf fungieren soll."

Die Beklagte anerkennt, dass aus dem Protokoll nicht hervorgeht, ob eine eigentliche Abmahnung erfolgt ist (act. 29 Rz. 64). Gemäss der dargelegten Rechtsprechung hätte dazu eine für den Besteller erkennbare Mitteilung vorzuliegen, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass bei der in Angriff genommenen Ausführung ein Werkmangel entsteht, für welchen der Unternehmer die Haftung nicht übernehmen will. Jedenfalls nicht ausreichend ist ein allgemeiner Vorbehalt bzw. eine Empfehlung des Unternehmers, technisch anders vorzugehen oder einen anderen Subunternehmer beizuziehen (BGE 116 II 305 E. 2c/bb S. 308; HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 25.3 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Hätte die Beklagte ernsthaft befürchtet, dass die besprochene Ausführung zu Mängeln führt, und sich einer entsprechenden Haftung entschlagen wollen, hätte sie einen deutlichen Hinweis angebracht. Aus dem Protokoll ergeben sich jedoch keine Hinweise auf einen solchen. Die Beklagte behauptet denn auch nicht, an ihrem Einwand festgehalten zu haben, sondern sie hat unbestrittenermassen das Tendenzgefälle mit den besprochenen Parametern ausgeführt (vgl. BGE 95 II 43 E. 3c S. 50-51).

Die Beklagte verweist auf die Befragung der an der Koordinationssitzung Nr. 74 vom 6. März 2012 anwesenden Personen (act. 29 Rz. 64 i.V.m. Rz. 56). Ein Beweisverfahren setzt jedoch substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 68-69). Es dient nicht der Vervollständigung einer lückenhaften Sachverhaltsdarstellung (BGer 5A_837/2019 v. 08.05.2020 E. 4.1; 4A_462/2017 v. 12.03.2018 E. 6.2.3; 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.1.1; 4A_504/2015 v. 28.01.2016 E. 2.4; CLAUDE SCHRANK, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 55 ZPO m.Nw.). Von einer Befragung der genannten Personen ist deshalb abzusehen.

Die Frage der Abmahnung stellt sich jedoch nicht, wenn gar keine Weisung der Klägerin vorliegt, wovon auch die Klägerin auszugehen scheint. Im Anschluss an das Ergebnis der Diskussion hält das Protokoll zum Standpunkt der Klägerin fest (act. 11/8 = act. 3/23 [Auszug] Ziffer 3.1.4):

" Aus Sicht der Bauherrschaft stellt die geplante Detailausbildung mit den zusätzlichen Festlegungen für die Ausführung des Hartbeton-Überzuges eine einwandfreie und wirtschaftliche Lösung für die gewünschte Ausbildung einer möglichst barrierefreien Schwelle zum Balkon dar. [Die Klägerin und die Immobilientreuhänderin] stimmen der Ausführung unter Berücksichtigung der genannten Punkte ohne Vorbehalt zu."

Der Wortlaut ist eindeutig: Die Klägerin stimmte lediglich der von der Totalunternehmerin und den involvierten Subunternehmerinnen vorgeschlagenen Ausführung zu. Gegen das Vorliegen einer Weisung spricht auch die Stelle, an welcher der Standpunkt der Klägerin festgehalten ist. Demgemäss ist die Stellungnahme der Klägerin nach den Ausführungen der anderen Sitzungsbeteiligten erfolgt. Aus chronologischen Gründen kann es sich bei der Stellungnahme der Klägerin nicht um eine Weisung handeln.

Der Klägerin anzulasten zu sein könnte somit einzig, dass sie im Anschluss an die Koordinationssitzung Nr. 73 vom 23. Februar 2012 nicht auf die dort diskutierte alternative Abführung des Wassers durch einen im Staketengeländer integrierten Speier eingegangen ist. Eine Abmahnung ist für jene Koordinationssitzung jedoch noch nicht einmal behauptet (vgl. act. 29 Rz. 64). Eine solche ist im Umstand,

dass die Klägerin auf den Vorschlag einer alternativen Ausführung der Balkonentwässerung nicht eingegangen ist, auch nicht zu sehen.

2.3.2.8. Im Ergebnis ist gutachterlich erstellt:

g) Die Balkone der streitgegenständlichen Überbauung verfügen über ein unzureichend ausgebildetes Gefälle zum Wasserabfluss, welches durch die planerischen Vorgaben zur Positionierung der Direktentwässerung und der Höhenkoten der vorderen und der hinteren Oberkante des Balkons bedingt ist.

2.4. Mängelrügen

Gemäss Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) während der Rügefrist (Garantiefrist) Mängel aller Art jederzeit rügen. Die Garantiefrist (Rügefrist) beträgt zwei Jahre (Art. 172 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118) und beginnt mit dem Tag der Abnahme des Werks oder einzelnen Werkteils (Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118). Bei der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge handelt es sich um eine rechtsbegründende Tatsache (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147). Nach der Rechtsprechung hat jedoch der Unternehmer die Verspätung der Mängelrüge zu behaupten; die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Rüge liegt beim Besteller (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGE 107 II 50 E. 2a S. 54; BGer 4A_537/2020 v. 23.02.2021 E. 3.3.2; 4A_388/2017 v. 22.02.2018 E. 5.1; 4A_405/2017 v. 30.11.2017 E. 3.3; 4A_28/2017 v. 28.06.2017 E. 4; 4C.130/2006 v. 08.05.2007 E. 4.2.3). Da die Beklagte für die Schuld der Totalunternehmerin einstehen muss, trifft sie die Darlegungslast.

Für die einzelnen Baufelder lief die Rügefrist zwischen dem 24. Juli 2014 und dem 19. November 2015 ab (act. 1 Rz. 11; act. 10 Rz. 24). Danach haben die Parteien in Ziffer 16.4 des Totalunternehmer-Vertrags vom 5. November 2010 eine Rügefrist von 60 Tagen seit der Entdeckung des Mangels vereinbart (act. 1 Rz. 27; act. 10 Rz. 24; act. 29 Rz. 320; act. 3/4). Die zweijährige Rügefrist lief als erstes für Baufeld A1 am 24. Juli 2014 ab (act. 1 Rz. 11; act. 10 Rz. 24; act. 29 Rz. 121, 322).

Die SIA-Norm 118 enthält keine Bestimmung zum Inhalt der Mängelrüge (BGer 4A_511/2014 v. 04.03.2015 E. 4.3; 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 3.1; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 4.2 zu Art. 163 SIA-Norm 118). Die Mängelrüge stellt eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung dar, für deren Auslegung und Wirksamwerden die für die Willenserklärung anwendbaren Regeln entsprechend zur Anwendung gelangen (KGer GR ZK2 15 20 v. 18.01.2017 E. 4a; INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N 27.06; vgl. BGer 4C.395/2001 v. 28.05.2001 E. 2.1.1; HEINRICH HONSELL, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, N. 10 zu Art. 201 OR). Die Mängelrüge muss sich an den Unternehmer oder seinen Vertreter richten (BGer 4C.125/2005 v. 02.06.2006 E. 3.1; GAUCH, a.a.O., N 2145). Sie ist an keine bestimmte Form gebunden (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175-176). Inhaltlich muss die Rüge die Mängel hinreichend genau angeben (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175-176). Zudem muss sie "zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will" (Rügeobliegenheit; BGE 107 II 172 E. 1a S. 175-176; so auch BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.2; 4A_293/2017 v. 13.02.2018 E. 2.2.2; 4C.130/2006 v. 08.05.2007 E. 4.2.1). Die Anforderungen an die inhaltliche Substantiierung sind anhand von Sinn und Zweck der Mängelrüge nach den konkreten Umständen zu beurteilen (vgl. BGE 22, 498, E. 2 S. 503-504; BGer 4A_261/2020 v. 10.12.2020 E. 7.2.1; 4C.395/2001 v. 28.05.2002 E. 2.1.1 = Pra 92 [2003] Nr. 107; HONSELL, in: Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 201 OR). Der Unternehmer muss verstehen, in welchen Punkten sein Werk beanstandet wird (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.2; 4A_293/2017 v. 13.02.2018 E. 2.2.2; 4A_643/2014 v. 25.11.2015 E. 3.2 [nicht in BGE 141 III 596 publ.] = Pra 105 [2016] Nr. 88; GAUCH, a.a.O., N 2131). Dazu genügt es nicht, wenn der Besteller lediglich seine allgemeine Unzufriedenheit kundtut (BGer 4A_82/2008 v. 29.09.2009 E. 6.1). Er muss die Art, die Lage und das Ausmass des Mangels erfassen können (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.2; BGer 4C.395/2001 v. 28.05.2002 E. 2.1.1), "damit er entscheiden kann, wie er sich im Hinblick auf die in Aussicht stehende Haftung verhalten will" (BGer 4C.395/2001 v. 28.05.2002

E. 2.1.1; vgl. auch BGer 4A_293/2017 v. 13.02.2018 E. 2.2.4). Jedoch muss der Unternehmer, "sich mit aller Sorgfalt bemühen, den Besteller richtig zu verstehen" und "sich durch eine entsprechende Rückfrage um präzisierende Angaben [...] bemühen, wenn er solcher bedarf" (GAUCH, a.a.O., N 2132).

2.4.1. Aussenwärmedämmung

2.4.1.1. Das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 ("Mängelliste der 2-jährigen Abnahme") trägt verschiedene Unterschriftsdaten aus dem Juli 2014 (act. 25 Rz. 49 Fn. 1; act. 3/9). Die Totalunternehmerin unterzeichnete dieses am 18. Juli 2014 (act. 1 Rz. 29, 30; act. 3/9). Die Klägerin unterzeichnete es am 29. Juli 2014 (act. 29 Rz. 120, 121, 139, 322; act. 3/9). Die Beklagte ist der Ansicht, bezüglich des Baufelds A1 sei die Rügefrist nicht eingehalten (act. 29 Rz. 121, 139, 143, 322, 323, 370).

Für die Fristeinhaltung entscheidend ist die Zustellung der Mängelrüge an den Unternehmer (GAUCH, a.a.O., N 2153). Der Zweck der Mängelrüge, den Unternehmer von den bestehenden Mängeln in Kenntnis zu setzen und ihm eine Abschätzung der damit verbundenen Folgen zu ermöglichen, ist damit erreicht. Da die Mängelrüge keinen Formerfordernissen unterliegt, wirkt die Unterschrift der Klägerin nicht konstitutiv. Die Totalunternehmerin konnte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Erstellung der Mängelliste namens und mit Einwilligung der Klägerin erfolgte. Die Totalunternehmerin wies die Mängelliste nicht wegen fehlender Unterschrift oder Zweifeln am Bestehen der Rügeabsicht der Klägerin zurück (vgl. BGer 4A_107/2010 v. 03.05.2010 E. 2.3). Selbst wenn von einer fehlenden Einwilligung ausgegangen würde, genehmigte die Klägerin die Mängelliste am 29. Juli 2014 unterschriftlich durch ihre Vertreter (vgl. Art. 38 Abs. 1 OR). Die Genehmigung wirkt dabei zurück (BGE 97 III 113 S. 115-116; BGer 4A_107/2010 v. 03.05.2010 E. 2.3; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 603; ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 38 OR; wohl a.A. GAUCH, a.a.O., N 2127a). Das massgebliche Datum ist deshalb jenes der Unterzeichnung durch die Totalunternehmerin am 18. Juli 2014.

Die Beklagte anerkennt 91 Mängelrügen betreffend gerissene Fugen gemäss Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 10, 40; act. 29 Rz. 291, 328, 401; act. 3/9). Im Einzelnen handelt es sich um die Mängel Nr. 324-326, 330, 337, 349 und 355 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Fenster, die Mängel Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 457, 458, 466, 478, 501 und 533 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Balkonbrüstungen sowie die doppelt zugeordneten Mängel Nr. 309, 456, 462, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 40; act. 25 Rz. 112; act. 29 Rz. 291; act. 3/9); nicht näher spezifiziert sind zudem die nur in der Klagebegründung genannten Mängel Nr. 116, 350 und 463 (act. 1 Rz. 29), welche die Beklagte ebenfalls anerkennt (act. 10 Rz. 40; act. 29 Rz. 291).

Die Klägerin macht die Rüge weiterer 30 gerissener Fugen geltend, im Einzelnen der Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246, 247 und 256, betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Fenster sowie des Mangels Nr. 471 betreffend den Anschluss der Fassade an die Balkonbrüstungen geltend (act. 25 Rz. 112). Die entsprechenden Rügen ergeben sich aus dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (act. 3/9). Damit sind weitere 30 Mängelrügen erstellt. Die Klägerin zählt in der Replik die 13 doppelt zugeordneten Mängel zweifach (act. 25 Rz. 112). Dadurch kommt sie auf ein Total von 131 Mängelrügen (act. 25 Rz. 111). Bei einer Zählung nach Mängel Nr. im Mängelprotokoll und unter Berücksichtigung der drei lediglich in der Klagebegründung genannten Mängel Nr. handelt es sich um insgesamt 121 Mängelrügen.

Mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 rügte die Klägerin insgesamt 121 gerissene Fugen, im Einzelnen die Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246, 247, 256, 324-326, 330, 337, 349 und 355 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Fenster, die Mängel Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306,

310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 457, 458, 471, 478, 501 und 533 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Balkonbrüstungen sowie die Mängel Nr. 116, 309, 350, 456, 462, 463, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500. Für diese Mängel ist die zweijährige Rügefrist eingehalten.

2.4.1.2. Im März 2015 entdeckte die Klägerin im Rahmen des Liegenschaftenerhaltung Ausblühungen rund um die Balkonfront (act. 1 Rz. 31; Ziffer 2.3.1.3 oben). Die Liegenschaftenerhaltung dokumentierte dazu fotografisch vier Stellen und übermittelte mit E-Mail vom 13. März 2015 die Bilder der Klägerin (act. 10 Rz. 42; act. 25 Rz. 174; act. 3/17). Mit Schreiben vom 27. April 2015 machte die Klägerin bei der Totalunternehmerin c/o Konkursamt geltend: "Bei der Wohnüberbauung 'B._____' treten bei sämtlichen Mietwohnungen balkonseitig Ausblühungen auf." (act. 1 Rz. 31; act. 10 Rz. 42; act. 25 Rz. 116, 120, 174, 332; act. 29 Rz. 302, 310, 892; act. 3/18).

Zwischen den Parteien ist streitig, wie das Schreiben vom 27. April 2015 auszulegen ist. Die Beklagte behauptet, die Ausblühungen würden nur an den vier fotografisch festgehaltenen Stellen bestehen (act. 10 Rz. 42; act. 29 Rz. 302, 464). Es sei offensichtlich wahrheitswidrig, dass bei sämtlichen Mietwohnungen balkonseitige Ausblühungen auftreten würden (act. 29 Rz. 302, 363, 464). Die Klägerin behauptet demgegenüber, die Mängelrüge würde sich auf alle Wohnungen in der gesamten Überbauung beziehen (act. 25 Rz. 119, 120); die vier fotografisch dokumentierten Stellen betreffen nur eine Auswahl (act. 25 Rz. 122, 174).

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend (subjektive Auslegung; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48-49; BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253 = Pra 107 [2018] Nr. 7; BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 90-91 = Pra 103 [2014] Nr. 79). Hat der Unternehmer den Mangel tatsächlich erkannt, sind die inhaltlichen Anforderungen an die Substantiierung der Mängelrüge ohne weiteres erfüllt (GAUCH, a.a.O., N 2132). Lässt sich ein übereinstimmender wirklicher Wille bzw. ein übereinstimmendes Verständnis nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (ob-

jektivierte Auslegung; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48-49; BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253 = Pra 107 [2018] Nr. 7; BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 138-139; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666-667; BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Der "mutmassliche Parteiwille ist danach zu ermitteln, wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der andern Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste" (BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48-49 m.Nw.). Die objektivierte Auslegung "erfolgt unter Berücksichtigung nicht nur des Wortlautes der Vereinbarung, sondern der Umstände, welche dem Vertragschluss vorausgegangen sind oder ihn begleitet haben, unter Ausschluss späterer Ereignisse" (BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48-49; BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253 m.Nw. [franz.] = Pra 107 [2018] Nr. 7; s. auch BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Die Beweislast für einen vom Wortlaut abweichenden subjektiven Vertragswillen trägt diejenige Partei, welche sich zu ihren Gunsten auf einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillen beruft (BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123-124; BGer 5A_173/2010 v. 15.07.2010 E. 3.2.1; 5A_161/2010 v. 08.07.2010 E. 4.2; 4C.158/2004 v. 10.08.2004 E. 4.3; 4C.372/1999 v. 20.04.2000 E. 4).

Die Klägerin trägt die Behauptungs- und Beweislast für ihren allfälligen vom Wortlaut des Schreibens vom 27. April 2015 abweichenden und von der Beklagten erkannten tatsächlichen Willen. Sie beruft sich auf den Wortlaut des Schreibens vom 27. April 2015 und das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (vgl. act. 25 Rz. 119-124). Damit ist weder ein tatsächlicher Wille der Klägerin behauptet, noch dass die Beklagte einen solchen erkannt hätte. Auch die offerierten Beweismittel sind nicht geeignet, einen solchen nachzuweisen, da sie einzig aus dem Lager der Klägerin stammen. Da ein übereinstimmender wirklicher Willen nicht dargelegt ist, ist das Schreiben vom 27. April 2015 normativ auszulegen.

Der Wortlaut des Schreibens vom 27. April 2015 ist knapp, aber deutlich: Die Klägerin beanstandet balkonseitige Ausblühungen bei sämtlichen Mietwohnungen. Damit tut sie nicht lediglich eine allgemeine Unzufriedenheit kund. Der Inhalt ist hinreichend klar, um der Totalunternehmerin die Erfassung des Ausmasses des Mangels zu erlauben. Überdies ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein

äusserlich sichtbares Mängelbild handelt. Gegebenenfalls hätte sich die Totalunternehmerin durch Rückfrage um ergänzende Angaben oder eine eigene Augenscheinnahme bemühen können. Der durch den Konkurs bewirkte Verlust der Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse vermag sie davon nicht zu befreien.

Die Klägerin behauptet, dass "die Klägerin in der Beilage zur Mängelrüge [vom 27. April 2015] nur ein paar *Beispielfotos* mitgeschickt hat", und damit "die Mängelrüge durch Beispielfotos entsprechend substantiiert hat" (act. 25 Rz. 122). Sie geht davon aus, die der E-Mail der Liegenschaftenunterhaltung an die Klägerin vom 13. März 2015 angehängten Fotos (act. 10 Rz. 42; act. 3/17) hätten auch dem Schreiben vom 27. April 2015 beigelegt (act. 25 Rz. 174). Das aktenkundigen Schreiben vom 27. April 2015 ist nicht eindeutig, da es keine Beilagen erwähnt (act. 3/18). Die Beklagte widerspricht der Darstellung in diesem Punkt jedoch nicht (act. 29 Rz. 464). Die Fotos sind für die Auslegung der Mängelrüge zu berücksichtigen (act. 29 Rz. 465). Aus der Beilage einer geringen Anzahl von Fotos konnte und durfte die Totalunternehmerin jedoch nicht darauf schliessen, dass sich die Mängelrüge lediglich auf die fotografisch dokumentierten Stellen bezogen hätte. Lagen die Fotos dem Schreiben vom 27. April 2015 gar nicht bei, konnte sie diese Schlussfolgerung erst recht nicht ziehen. Das Schreiben vom 27. April 2015 lässt sich deshalb nicht restriktiv auslegen.

Das Bestehen des Mangels stellt eine von der rechtzeitigen Mängelrüge zu unterscheidende weitere Anspruchsvoraussetzung für das Bestehen von Mängelrechten dar. Die Praxis thematisiert die Problematik von "auf Vorrat" zu erhebenden Mängelrügen unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit für den Besteller, jede Bagatellerscheinung rügen zu müssen, um die Verwirkung seiner Rechte zu vermeiden (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148-149; BGer 4A_261/2020 v. 10.12.2020 E. 7.2.1; 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3). Soweit ersichtlich, wird die von der Beklagten aufgeworfene Frage der Zumutbarkeit für den Unternehmer, mit umfangreichen Mängelrügen konfrontiert zu werden, nicht thematisiert. Es erscheint denkbar, dass eine Vielzahl von Rügen von Bagatellerscheinungen die Bestimmtheit der Mängelrüge tangieren. Die Frage stellt sich jedoch erst, wenn ein Besteller wider besseres Wissens eine grosse Zahl von Mängeln rügt, welche tatsäch-

lich nicht bestehen. Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass wenigstens an den vier fotografisch festgehaltenen Stellen das entsprechende Mängelbild bestand. Zudem handelt es sich nicht um Bagatellmängel. Bereits unter Betrachtung der vier fotografisch festgehaltenen Mängel musste im Zeitpunkt des Schreibens vom 27. April 2015 vermutet werden, dass es sich um systematische Mängel handelt. Unter diesen Umständen hätte eine weitere Detaillierung nicht zu einer besseren Klärung für die Beklagte geführt.

Die Beklagte bestreitet die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge vom 27. April 2015 zu Recht nicht (act. 29 Rz. 321). Ein Mangel gilt in dem Zeitpunkt als entdeckt, in welchem der Besteller dessen Vorhandensein mit Gewissheit feststellt (BGE 131 III 145 E. 7.2 S. 150; BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3), um eine hinreichend substantiierte Mängelrüge zu formulieren (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3). Dazu muss er die Bedeutung und das Ausmass erkennen (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3). Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln genügen dazu die ersten Anzeichen nicht (BGE 131 III 145 E. 7.2 S. 150; BGE 118 II 142 E. 3b S. 148-149; BGer 4A_261/2020 v. 10.12.2020 E. 7.2.1; 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3). Die Rügefrist beginnt erst zu laufen, wenn "sich der Besteller gewahr wird – oder sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gewahr werden müsste – dass der Mangel eine Vertragsverletzung darstellt, und nicht bloss eine übliche Erscheinung, die noch nicht auf eine Vertragsabweichung hinweist" (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.3 [franz.; eigene Übersetzung]; vgl. auch BGE 131 III 145 E. 7.2 S. 150; BGE 117 II 425 E. 2 S. 427-428). bzw. "der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird" (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148-149). Die sichtbaren Ausblühungen entstehen durch Kristallisation von Salzen, welche durch Feuchtigkeit aus dem Putzsystem herausgelöst werden (vgl. act. 3/12 Ziffer 6.1 S. 7). Eine Feststellung ist deshalb erst im fortgeschrittenen Stadium der Feuchtigkeitsdurchdringung möglich. Es ist weder behauptet noch ersichtlich, dass solche oberflächlichen Ausblühungen vor März 2015 deutlich hervorgetreten wären. Demnach gilt der 13. März 2015 als Entdeckungszeitpunkt. Die vertraglich vereinbarte Rügefrist von 60 Tagen lief am 12. Mai 2015 ab. Die Mängelrüge vom 27. April 2015 ist rechtzeitig.

2.4.1.3. Mit Schreiben vom 28. April 2015 machte die Klägerin bei der Totalunternehmerin c/o Konkursamt geltend, an der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 würde an vier Stellen die Stossfuge bei der Betonbrüstung fehlen (act. 1 Rz. 31; act. 3/18). Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich die Klägerin bereits in der Eingabe vom 27. Februar 2015 an das Konkursamt auf das Fehlen der Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 berief (act. 11/11 S. 2). Die Klägerin stützt sich jedoch in den Rechtsschriften lediglich auf das Schreiben vom 28. April 2015. Mangels Bestreitung durch die Beklagte ist ohne weiteres von einer rechtzeitigen Mängelrüge auszugehen.

2.4.1.4. Die Klägerin stützt sich zu Recht lediglich auf das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 sowie die Mängelrügen vom 27. April 2015 und vom 28. April 2015 (act. 1 Rz. 31; act. 25 Rz. 119; act. 3/9; act. 3/18). Der übrigen, in unterschiedlichem Zusammenhang in den Rechtsschriften thematisierten Korrespondenz kommt nicht die Wirkung einer Mängelrüge zu.

2.4.1.4.1. Nach Konkurseröffnung über die Totalunternehmerin machte die Klägerin mit Schreiben vom 5. März 2015 bei der Beklagten (unter anderem) das Fehlen der Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 geltend (act. 3/48). Das Schreiben richtet sich nicht an die Totalunternehmerin. In Bezug auf die entsprechende Mängelrüge ist deshalb auf das Schreiben vom 28. April 2015 abzustellen (Ziffer 2.4.1.3 oben).

2.4.1.4.2. Mit Eingabe vom 8. April 2015 meldete die Klägerin beim Konkursamt eine Ersatzforderung aufgrund mangelhaft ausgeführter Aussenwärmedämmung von CHF 320'000.00 an (act. 10 Rz. 213; act. 11/11). Dazu berief sie sich darauf, das an den Fassaden unterhalb der Balkone Ausblühungen aufgetreten seien; die Ausblühungen seien aufgrund unsorgfältiger Ausführung des Aussenwärmedämmung durch die Totalunternehmerin entstanden, wodurch nun Wasser in die Fassadenkonstruktion eindringe und durch das Austrocknen des Wassers Ausblühungen entstünden (act. 11/12 S. 2). Die Klägerin stützt sich in den Rechtsschriften lediglich auf das Schreiben vom 27. April 2015 (Ziffer 2.4.1.2 oben). Da beide

Schreiben rechtzeitig sind, hat die Eingabe vom 8. April 2015 keine selbstständige Bedeutung.

2.4.1.4.3. Mit Schreiben vom 8. April 2015 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten Ausblühungen unterhalb der Balkone geltend (act. 1 Rz. 193; act. 25 Rz. 115; act. 29 Rz. 295, 297, 459; act. 3/49). Der Beklagten kommt gegenüber der Klägerin lediglich die Stellung einer Bürgin für die Verpflichtungen der Totalunternehmerin zu. Die Klägerin macht keine vertragliche Vereinbarung geltend, nach welcher die Beklagte anstelle der Totalunternehmerin direkt aus dem Werkvertrag haften würde (vgl. BGE 94 II 161 E. 3b S. 166). Da sich das Schreiben vom 8. April 2015 nicht an die Totalunternehmerin richtet (act. 29 Rz. 295, 299), entfaltet dieses nicht die Wirkung einer Mängelrüge.

2.4.1.4.4. Mit Schreiben vom 24. April 2015 machte die Klägerin bei der Subunternehmerin balkonseitige Ausblühungen geltend (act. 1 Rz. 31; act. 3/19). Diese entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem Schreiben vom 27. April 2015 an die Totalunternehmerin unter Beilage von vier Fotos (act. 3/18; act. 3/19). Die Mängelrüge an eine Subunternehmerin genügt nicht, um die Haftung der Totalunternehmerin herbeizuführen (GAUCH, a.a.O., N 2145). Das Schreiben vom 24. April 2015 entfaltet deshalb nicht die Wirkung einer Mängelrüge.

2.4.1.4.5. Mit Schreiben vom 24. April 2015 stellte die Klägerin der Beklagten die Mängelrügen an die Subunternehmerin in Kopie zu (act. 1 Rz. 193; act. 3/50). Da sich auch dieses Schreiben vom 24. April 2015 nicht an die Totalunternehmerin richtet, entfaltet es nicht die Wirkung einer Mängelrüge.

2.4.1.4.6. Mit Schreiben vom 28. April 2015 machte die Klägerin bei der Subunternehmerin geltend, an der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 würde an vier Stellen die Stossfuge bei der Betonbrüstung fehlen (act. 1 Rz. 31; act. 3/19). Dieses entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem Schreiben vom 28. April 2015 an die Totalunternehmerin (act. 3/18; act. 3/19). Da sich dieses Schreiben vom 28. April 2015 nicht an die Totalunternehmerin richtet, entfaltet es nicht die Wirkung einer Mängelrüge.

2.4.1.4.7. Mit E-Mail vom 9. Juni 2015 informierte die Klägerin die Beklagte über den Stand der Behebung der (geltend gemachten) Mängel an Fassade und Balkonen (act.1 Rz. 194; act. 10 Rz. 218; act. 3/51). Da sich weder die E-Mail vom 9. Juni 2015 noch die in der Anlage zur Kenntnisnahme zugestellten Schreiben vom 5. Juni 2015 an die Totalunternehmerin richteten, kommt diesen Dokumenten nicht die Wirkung einer Mängelrüge zu.

2.4.1.4.8. Mit Schreiben vom 28. Juli 2015 richtete sich die Beklagte an die Subunternehmerin und forderte sie auf, zur Erstellung eines gemeinsamen Gutachtens zu den Ursachen der Baumängel und der Art und Weise von deren Behebung zu äussern (act. 1 Rz. 195; act. 25 Rz. 141; act. 29 Rz. 360; act. 3/52). Da das Schreiben nicht von der Klägerin stammt, kommt diesem nicht die Wirkung einer Mängelrüge zu.

2.4.1.5. Mit Schreiben vom 6. Juli 2016 machte die Klägerin bei der Totalunternehmerin c/o Konkursamt die Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails der verputzten Wärmedämmung geltend, insbesondere: "Die Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung wurde nicht auf die Betonbrüstung geführt" (act. 29 Rz. 247, 301, 368, 399, 441, 507, 618, 619, 884; act. 30/5). Die Beklagte macht zu Recht weder eine Unbestimmtheit noch eine Verspätung der Mängelrüge geltend. Die Mängelbeschreibung im Schreiben vom 6. Juli 2016 stützt sich auf das Gutachten vom 27. Juni 2016 und ist entsprechend detailliert. Die Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails wurde erst mit dem Gutachten vom 27. Juni 2016 festgestellt (act. 29 Rz. 247, 301, 305, 340, 373, 432, 441, 443, 448, 460, 507, 618, 825, 884; act. 3/12). Das Gutachten wurde der Klägerin mit Verfügung vom 29. Juni 2016 zugestellt, welche sie am 30. Juni 2016 in Empfang nahm (act. 36/48; act. 36/49/1). Die vertraglich vereinbarte Rügefrist lief am 29. August 2016 ab. Die Mängelrüge vom 6. Juli 2016 ist rechtzeitig.

2.4.1.6. Zusammengefasst hat die Klägerin bezüglich der Aussenwärmedämmung bei der Totalunternehmerin folgende Mängelrügen rechtzeitig erhoben:

- a) Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails, insbesondere der Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung mit Schreiben vom 6. Juli 2016 (Ziffer 2.4.1.5 oben)

b) Auftreten von balkonseitigen Ausblühungen bei sämtlichen Mietwohnungen mit Schreiben vom 27. April 2015 (Ziffer 2.4.1.2 oben),

121 gerissene Fugen mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (Ziffer 2.4.1.1 oben), im Einzelnen:

c) Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246, 247, 256, 324-326, 330, 337, 349 und 355 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Fenster,

d) Mängel Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 457, 458, 462, 466, 471, 478, 501 und 533 betreffend die Anschlüsse der Fassade an die Balkonbrüstungen sowie

e) Mängel Nr. 116, 309, 350, 456, 463, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500,

f) Fehlen der Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C._____strasse 2 mit Schreiben vom 28. April 2015 (Ziffer 2.4.1.3 oben).

Die Klägerin stützt sich darauf, dass die Fassadenausblühungen, die abgerissenen Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke und die gerissenen Fugen beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen auf die mangelhaften Anschlussdetails zurückzuführen seien (act. 1 Rz. 32, 45, 47; act. 25 Rz. 99, 100, 103, 113, 114, 169, 176). Jene würden "'nur' Symptom bzw. das äusserlich wahrnehmbare Mängelerscheinungsbild der mangelhaft verarbeiteten Anschlussdetails ('unsorgfältig ausgeführte Aussenwärmedämmung')" darstellen; dies sei letztlich, was die Klägerin überhaupt hätte rügen können und müssen (act. 25 Rz. 99). Nach Ansicht der Beklagten handelt es sich hingegen bei den Fassadenausblühungen um einen Sekundärmangel der als mangelhaft geltend gemachten Anschlussdetails (act. 10 Rz. 35, 37; act. 29 Rz. 239, 242, 243, 249, 257, 429, 444, 591).

Nach der Rechtsprechung ist zwischen Primär- und Sekundärmängeln zu unterscheiden (BGer 4A_303/2017 vom 13.12.2017 E. 3.4; 4A_109/2014 v. 21.05.2014 E. 3.3.1; GAUCH, a.a.O., N 1455, 1470). Der Primärmangel besteht bereits im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes (BGer 4A_109/2014 v. 21.05.2014 E. 3.3.1; beim Kaufvertrag im Zeitpunkt des Gefahrübergangs: BGer 4A_601/2009 v.

08.02.2010 E. 3.2.3; 4C.321/2006 v. 01.05.2007 E. 4.3.1; GAUCH, a.a.O., N 1470). Der Sekundärmangel entsteht erst nach diesem Zeitpunkt (BGer 4A_109/2014 v. 21.05.2014 E. 3.3.1; BGer 4C.321/2006 v. 01.05.2007 E. 4.3.1; GAUCH, a.a.O., N 1470). Zum Sekundärmangel wird dieser, wenn seine Ursache in dem im relevanten Zeitpunkt bestehenden Primärmangel liegt (BGer 4A_109/2014 v. 21.05.2014 E. 3.3.1; 4A_601/2009 v. 08.02.2010 E. 3.2.3; 4C.321/2006 v. 01.05.2007 E. 4.3.1; GAUCH, a.a.O., N 1455, 1470, 1471; vgl. BGer 4D_67/2014 v. 26.01.2015 E. 2.1). Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs unterscheidet den eine Vertragswidrigkeit darstellenden Gewährleistungsfall von der gewährleistungsrechtlich nicht relevanten blossen Verschlechterung der Sache bzw. des Werks nach Gefahrübergang bzw. Ablieferung (BGer 4A_601/2009 v. 08.02.2010 E. 3.2.3; 4C.321/2006 v. 01.05.2007 E. 4.3.1; GAUCH, a.a.O., N 1471). Für das Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärmangel ergibt sich:

- Für eine nach Ablieferung entstandene Verschlechterung des Werks haftet der Unternehmer nur, wenn diese kausal auf einen bereits in diesem Zeitpunkt bestehenden Sachmangel zurückgeht.
- Die Anerkennung des Sekundärmangels durch den Unternehmer erstreckt sich nicht auf den Primärmangel (BGer 4A_303/2017 vom 13.12.2017 E. 3.4; 4A_109/2014 v. 21.05.2014 E. 4.2).
- Die fehlende Rüge des Primärmangels hat nicht auch die Verwirkung der Mängelrechte aus dem Sekundärmangel zur Folge (ALAIN BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, 2009, N 363; GAUCH, N 2159, 2161; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 23 zu Art. 370 OR).
- Die Rüge des Sekundärmangels gilt nicht als Rüge des Primärmangels. Unterlässt der Besteller die Rüge des Primärmangels, kann er nicht gestützt auf den Sekundärmangel dessen Beseitigung verlangen (GAUCH, a.a.O., N 2161).

Nach der vom deutschen Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Symptomtheorie ist "beim Mängelbeseitigungsverlangen [...] mit einer hin-

reichend genauen Bezeichnung der 'Manglerscheinungen' (der Symptome des Mangels) der Mangel selbst bezeichnet" (BGH, Versäumnisurt. v. 09.10.2008 – VII ZR 80/07, NJW 2009, 354, N 19). "Der Auftraggeber braucht den Mangel selbst, die Ursachen der Symptome, nicht zu bezeichnen." (BGH, Urt. v. 03.12.1998, NJW 1999, 1330, S. 1331 unter II 1). Eine verjährungsunterbrechende Anerkennung erstreckt sich auf den Mangel, welcher den Manglerscheinungen zugrunde liegt (BGH, Urt. v. 18.01.1990 – VII ZR 260/88, BGHZ 110, 99, S. 101-102 unter II 1).

Der Symptombegriff umfasst die "Manglerscheinungen, an denen sich die Abweichung des Werks von der vertraglich geschuldeten Leistung zeigt" (BGH, Urt. v. 18.01.1990 – VII ZR 260/88, BGHZ 110, 99, S. 101-102 unter II 1; GAUCH, a.a.O., N 1470). Damit bildet der Zeitpunkt des Auftretens kein Abgrenzungskriterium. In den übrigen Merkmalen decken sich die "Manglerscheinungen" jedoch mit den Sekundärmängeln. Für das schweizerische Recht lehnt GAUCH die Symptomtheorie ausdrücklich ab (GAUCH, a.a.O., N 1470). Die schweizerische Rechtsprechung äussert sich, soweit ersichtlich, zur Frage nicht, steht in der Sache jedoch in offenem Widerspruch zur Symptomtheorie, da eine Anerkennung des Sekundärmangels den diesem zugrunde liegenden Primärmangel gerade nicht umfasst.

Die Mängelrüge muss die Ursache des Mangels nicht angeben (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.2; 4A_293/2017 v. 13.02.2018 E. 2.2.2; 4A_82/2008 v. 29.09.2009 E. 6.1; 4C.130/2006 v. 08.05.2007 E. 4.2.1; 4C.76/1991 v. 10.07.1991, SJ 1992, 103, E. 1a S. 105; GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, N. 18 zu Art. 367 OR). Der Besteller muss die Mängelrüge nicht begründen (BGer 4A_251/2018 v. 11.09.2018 E. 3.2; 4A_293/2017 v. 13.02.2018 E. 2.2.2; 4A_82/2008 v. 29.09.2009 E. 6.1). Die fehlende Begründungspflicht bezieht sich lediglich auf die Substantiierung der Mängelrüge. Sie bedeutet nicht, dass die Mängelrüge sich auch auf die nicht genannten Mängelursachen erstreckt. Entscheidend bleibt, dass der Unternehmer aufgrund der Mängelrüge die Art, die La-

ge und das Ausmass des Mangels erfassen kann. Dies wäre bei einer Erfassung der nicht gerügten Primärmangel nicht gewährleistet.

Für die Rüge der Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails ist (erst) auf das Schreiben vom 6. Juli 2016 abzustellen. Die Rüge der gerissenen Fugen, der balkonseitigen Fassadenausblühungen und der teilweise fehlenden Stossfuge können nicht als Rüge mangelhafter Anschlussdetails betrachtet werden. Die Rüge der Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails, insbesondere der Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung, erfolgte erst mit Schreiben vom 6. Juli 2016.

2.4.2. Balkongefälle

2.4.2.1. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 rügte die Klägerin bei der Totalunternehmerin das mangelhaft geplante und ausgeführte Balkongefälle sowie die fehlenden Entwässerungsrinnen (act. 1 Rz. 34; act. 25 Rz. 38; act. 3/21). Die zweijährige Rügefrist ist eingehalten bzw. nicht streitig. Zwischen den Parteien streitig ist der Umfang der Mängelrüge.

Das Schreiben vom 17. Dezember 2013 nannte die Balkone "der Typen BG, BH, BF, BB, BC und BA in den Gebäudekörpern C1, C3, B1, A1 und A3" (act. 10 Rz. 49; act. 25 Rz. 43; act. 29 Rz. 107; act. 3/21). Als Grundlage diente das im Auftrag der Klägerin erstellte Privatgutachten vom 22. November 2013 (act. 1 Rz. 33; act. 10 Rz. 48; act. 3/20). Dieses lag dem Schreiben vom 17. Dezember 2013 bei (act. 25 Rz. 45, 47; act. 29 Rz. 109, 110).

Die Parteien legen übereinstimmend dar, dass die im Schreiben genannten Balkontypen 91 der insgesamt 149 Balkone ausmachen (act. 25 Rz. 39-43, 46; act. 29 Rz. 106, 115, 130, 291, 306, 307; act. 26/54). Folglich sind 58 Balkone vom Wortlaut nicht erfasst (act. 29 Rz. 106). Zudem stimmen die Parteien dahingehend überein, dass sich die Balkontypen insbesondere bezüglich ihrer Breite unterscheiden (act. 25 Rz. 44; act. 29 Rz. 114).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Mängelrüge beziehe sich lediglich auf die genannten Balkontypen und Gebäudekörper (act. 10 Rz. 49; act. 29 Rz. 105, 200, 484, 898). Die Totalunternehmerin habe diese entsprechend ihrem Wortlaut ver-

stehen dürfen (act. 29 Rz. 107, 108, 109, 112, 115). Sie habe die Mängelrüge dahingehend verstanden, dass sie sich nur auf die vom Wortlaut abgedeckten Balkone bezogen habe (act. 29 Rz. 118). Es gebe keine Mängelrügen in Bezug auf die Gebäudekörper A2, C2 und B2 und in Bezug auf die Balkone der Typen BD, BE und BI (act. 10 Rz. 49). Die Beschränkung mache Sinn, weil das Entwässerungsgefälle unter Einhaltung der Vorgabe eines Zementüberzugs von 3 cm und eines möglichst schwellenlosen Übergangs bei der Terrassentüre insbesondere bei den breiten Balkonen ein Problem darstelle (act. 29 Rz. 114). Die Klägerin habe zudem nicht dargelegt, welche Balkone der Gebäudekörper C1, C3, B1, A1 und A3 den gerügten Typen entsprächen (act. 10 Rz. 50).

Die Klägerin ist der Ansicht, die Totalunternehmerin habe die Mängelrüge nach Treu und Glauben nur so verstehen können, dass die Entwässerung sämtlicher 149 Balkone mangelhaft sei (act. 25 Rz. 46, 48). Explizit wörtlich erfasst seien 91 von 149 Balkonen oder 61 % aller Balkone; der überwiegende Teil der Balkone sei somit explizit und wörtlich gerügt worden (act. 25 Rz. 43, 46). Hinsichtlich der konstruktiven Details seien sämtliche 149 Balkone identisch (act. 25 Rz. 44). Das Privatgutachten vom 22. November 2013 nehme keine Einschränkung auf bestimmte Typen vor (act. 25 Rz. 45). Aufgrund der Zahl der explizit gerügten Balkontypen habe die Totalunternehmerin den Systemmangel erkennen und die Mängelrüge so verstehen müssen, dass alle 149 Balkone betroffen seien (act. 25 Rz. 46).

Das Privatgutachten vom 22. November 2013 enthält in seinen Aussagen keine Beschränkung auf bestimmte Typen oder Gebäudekörper (act. 25 Rz. 33), stellt jedoch auch nicht fest, dass sich bei "sämtlichen" Balkonen ein Entwässerungsproblem manifestiert (act. 29 Rz. 86, 93). Die in der Mängelrüge vom 17. Dezember 2013 namentlich genannten Balkontypen und Gebäudekörper (gemeint: Baufelder) gehen auf die gemäss Anhang 1 des Privatgutachtens konkret explorierten Balkone zurück (vgl. act. 25 Rz. 47; act. 29 Rz. 111, 117, 129, 130, 175, 193). Die Untersuchung umfasste einen Typ BA im Baufeld A3, einen Typ BB im Baufeld A1, einen Typ BC im Baufeld A1, einen Typ BF im Baufeld B1, einen Typ BG im Baufeld C1, sowie je einen Typ BH in den Baufeldern C1 und C3

(act. 3/20 Anhang 1 S. 1). Weitere denkbare Kombinationen aus den genannten Typen und Baufeldern – einen Typ BA im Baufeld A1 oder B1, einen Typ BB im Baufeld A3 oder B1, einen Typ BC im Baufeld A3 – untersuchte der Privatgutachter nicht. Der Wortlaut des Privatgutachtens extrapoliert dennoch nicht nur einen Balkon auf die Gesamtheit der gleichen Typ-Gebäude-Kombination, sondern erfasst auch nicht einzeln untersuchte Typ-Gebäude-Kombinationen (act. 3/20 Anhang 1 Ziffer 6 S. 4-7).

Das Schreiben vom 17. Dezember 2013 beschreibt das Mängelbild detailliert und anschaulich, insbesondere ein zu geringes Gefälle der Balkonböden, unebene Balkonböden, fehlende Entwässerungsrinnen sowie – soweit vorhanden – nicht vom Schwellenanschluss wegführendes Gefälle (act. 3/21 S. 1). Es verweist ausdrücklich auf das Privatgutachten vom 22. November 2013 (act. 3/21 S. 2). In diesem Zusammenhang kann die Rechtsprechung zu gestützt auf ein Privatgutachten aufgestellten Parteibehauptungen (Ziffer 2.3.2.6.6 oben) analoge Anwendung finden. Eine gestützt auf ein Privatgutachten verfasste Mängelrüge erweist sich meistens als besonders substantiiert. Im konkreten Fall geht das Schreiben vom 17. Dezember 2013 über die Minimalanforderungen an eine Mängelrüge hinaus. Das Privatgutachten bietet der Adressatin die Möglichkeit, sich über die Begründung selber ein Bild zu verschaffen. Die Mängelrüge erweist sich damit in der Tat als besonders substantiiert. Der von der Beklagten hervorgehobene Umstand, dass konkret lediglich sieben Balkone untersucht und vermessen worden sind (act. 29 Rz. 490), vermag an der Substantiiertheit nichts zu ändern. Ein solches Vorgehen ist bei einer Begutachtung unabhängig davon üblich, ob es sich um eine private oder gerichtliche Begutachtung handelt (Ziffer 2.3.1.2 oben).

Der Totalunternehmerin war die Problematik der Balkonentwässerung aus den Diskussionen anlässlich der Koordinationssitzungen bewusst. Bei Empfang des Schreibens vom 17. Dezember 2013 musste sie davon ausgehen, dass ein systematischer Mangel vorliegt. Das Ausmass des Mangels konnte sie gestützt auf das Schreiben angemessen erfassen. Aufgrund des geschilderten Mängelbildes war für die Totalunternehmerin erkennbar, dass eine umfangreiche und kostspielige Sanierung auf sie zukommen könnte. Bei Unklarheiten hätte sie zunächst das

Privatgutachten konsultieren können und müssen. Darüber hinaus hätte sie sich durch Nachfragen weitere Klarheit verschaffen können. Schliesslich war die Totalunternehmerin gemäss Art. 175 SIA-Norm 118 "berechtigt, das Werk während der Garantiefrist (Rügefrist) nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen". Unter diesen Umständen durfte sich die Totalunternehmerin nicht mit einer buchstabengetreuen Auslegung des Schreibens begnügen.

Aus dem Schreiben vom 17. Dezember 2013 ergibt sich die Rüge eines systematischen Planungs- und Ausführungsfehlers. Die Mängelrüge beschränkt sich deshalb nicht auf die ausdrücklich genannten Balkontypen und Baufelder. Dieser Inhalt war für die Totalunternehmerin nach Treu und Glauben erkennbar.

2.4.2.2. Mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 rügte die Klägerin bei der Totalunternehmerin (auch) Mängel betreffend die unzureichende Entwässerung. Die Mängelliste beruht auf einer durch die Immobilienverwaltung durchgeführte Nachfrage bei den Mietern der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 25 Rz. 51; act. 29 Rz. 123). Die Schlussprüfung nach Art. 177 SIA-Norm 118 dient der Beweissicherung (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 1 zu Art. 177 SIA-Norm 118). Das Protokoll der Schlussprüfung begründet eine tatsächliche Vermutung, dass der protokollierte Mangel entdeckt und gerügt wurde (GAUCH, a.a.O., N 2712; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 6 zu Art. 177 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, N. 7 zu Art. 177 SIA-Norm 118). Die zweijährige Rügefrist ist eingehalten.

Die Klägerin behauptet, sie habe mit den Mängeln Nr. 10, 13, 42, 63, 72, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 153, 158, 166, 168, 191, 198, 263, 272, 291, 295, 298, 300, 313, 319, 322, 327, 334, 348, 356, 362, 367, 379, 385, 386, 391, 400, 413, 415, 416, 423, 429, 433, 448, 461, 477, 482, 487 und 496 die unzureichende Entwässerung bei 52 Balkonen gerügt (act. 25 Rz. 49, 53, 325; act. 3/9; act. 26/54). Die Mängel Nr. 10, 13, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 198, 263, 272, 291, 295, 298 und 300 würden insgesamt 18 zusätzliche, durch das Schreiben vom 17. Dezember 2013 noch nicht erfasste Balkone betreffen (act. 25 Rz. 53, 56, 57, 325; act. 26/54).

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe mit den Mängeln Nr. 10, 13, 42, 63, 72, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 158, 165 [recte: 166], 191, 263, 272, 291, 334, 356, 385, 386, 391, 413, 415, 416, 423, 429, 433, 448, 482, 487 und 496 Probleme mit dem Gefälle gerügt (act. 10 Rz. 204; act. 29 Rz. 119); während die Beklagte Mangel Nr. 461 in der Klageantwort noch anerkennt (dort irrtümlich als Mangel Nr. 451 bezeichnet; act. 10 Rz. 204), gilt er mit der Duplik als bestritten (act. 29 Rz. 124). Zusätzlich anerkennt die Beklagte den von der Klägerin nur im Zusammenhang mit der Aussenwärmedämmung genannten Mangel Nr. 463 (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 204) und den von der Klägerin nicht genannten Mangel Nr. 420 (act. 10 Rz. 204). Gemäss Beklagter hat die Klägerin insgesamt 38 von 149 Balkonen gerügt (act. 10 Rz. 10, 12, 52 vierter Bullet-Point, 204, 205; act. 29 Rz. 119, 129, 130, 138, 143, 144, 400, 491, 719); ohne Berücksichtigung des nunmehr bestrittenen Mangels Nr. 461 reduziert sich die Zahl der Rügen auf 37 von 149 Balkonen.

Die Beklagte bestreitet, dass die Mängel Nr. 153, 198, 295, 298, 300, 313, 319, 322, 348, 362, 367, 379, 400 und 461 in einer für die Totalunternehmerin erkennbaren Weise die Beanstandung eines ungenügenden Gefälles betreffen (act. 29 Rz. 124). Die Mängel Nr. 10, 13, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 272 und 291 würden einerseits 13 zusätzliche, durch das Schreiben vom 17. Dezember 2013 noch nicht erfasste Balkone betreffen (act. 29 Rz. 128, 130, 131). Andererseits seien nicht alle vom Schreiben vom 17. Dezember 2013 erfassten Balkone aufgeführt (act. 29 Rz. 129).

Die Mängel Nr. 153, 400 und 461 betreffen den Dachwasserablauf bzw. das Regenwasserablaufrohr. Dagegen beziehen sich der Mangel Nr. 198 auf eine Bodenunebenheit mit Flecken, die Mängel Nr. 295, 298, 300, 313, 319, 322, 348, 362 und 367 auf Wasserflecken auf dem Boden und der Mangel Nr. 379 auf Kalkablagerungen. Diese stehen in einem Zusammenhang mit den Entwässerungsproblemen. Dasselbe gilt für die von der Beklagten weder ausdrücklich bestrittenen noch ausdrücklich anerkannten Mängel Nr. 168 ("Bei Regen bildet sich eine grosse Pfütze vor der Türschwelle und andere kleinere. Der Boden ist nicht

zum Abfluss hin geneigt, das Wasser fliesst nicht ab.") und Nr. 477 ("Wasser bleibt liegen").

Somit betreffen die Mängel Nr. 10, 13, 42, 63, 72, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 158, 166, 168, 191, 198, 263, 272, 291, 295, 298, 300, 313, 319, 322, 327, 334, 348, 356, 362, 367, 379, 385, 386, 391, 413, 415, 416, 420, 423, 429, 433, 448, 463, 477, 482, 487 und 496 das Balkongefälle; dagegen können die Mängel Nr. 153, 400 und 461 nicht eindeutig dem Balkongefälle zugeordnet werden. Mangel Nr. 198, den die Klägerin als durch das Schreiben vom 17. Dezember 2013 noch nicht wörtlich erfassten Balkon bezeichnet (act. 25 Rz. 53, 56), betrifft wie Mangel Nr. 191 die Liegenschaft D.____-strasse 3 (act. 25 Rz. 53) und ist deshalb bereits wörtlich durch das Schreiben vom 17. Dezember 2013 erfasst. Wäre das Schreiben vom 17. Dezember 2013 als auf die ausdrücklich genannten Balkontypen und Baufelder beschränkt ausgelegt, würden die Mängel Nr. 10, 13, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 263, 272, 291, 295, 298 und 300 darüber hinaus weitere 17 Balkone betreffen. Spätestens mit Erhalt des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 musste die Totalunternehmerin davon ausgehen, dass die Problematik der Balkonentwässerung nicht nur auf die im Schreiben vom 17. Dezember 2013 genannten Balkontypen und Baufelder beschränkt war.

2.4.2.3. Die Klägerin stützt sich zu Recht lediglich auf das Schreiben vom 17. Dezember 2013 und das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (act. 1 Rz. 34; act. 25 Rz. 37; act. 3/9; act. 3/21). Der übrigen, in unterschiedlichem Zusammenhang in den Rechtsschriften thematisierten Korrespondenz kommt nicht die Wirkung einer Mängelrüge zu.

2.4.2.3.1. Mit Eingabe vom 27. Februar 2015 meldete die Klägerin beim Konkursamt eine Ersatzforderung aufgrund mangelhaft ausgeführter Balkone von CHF 447'000.00 an, wozu sie sich auf das Privatgutachten vom 22. November 2013 und das Schreiben vom 17. Dezember 2013 berief (act. 10 Rz. 213; act. 11/11). Inhaltlich kommt dem Schreiben deshalb keine weitergehende Wirkung zu.

2.4.2.3.2. Im Schreiben vom 5. März 2015 an die Beklagte bezog sich die Klägerin betreffend Mängel der Balkone auf das Privatgutachten vom 22. November 2013 und das Schreiben vom 17. Dezember 2013 (act. 1 Rz. 192; act. 10 Rz. 212; act. 25 Rz. 90, 91; act. 29 Rz. 200; act. 3/48). Inhaltlich kommt dem Schreiben deshalb keine weitergehende Wirkung zu. Zudem lässt sich das Schreiben vom 5. März 2015 auch nicht als Mängelrüge betrachten, da es sich nicht an die Totalunternehmerin richtet.

2.4.2.4. Zusammengefasst hat die Klägerin bezüglich der Balkonentwässerung bei der Totalunternehmerin folgende Mängelrügen rechtzeitig erhoben:

g¹) das mangelhaft geplante und ausgeführte Balkongefälle sowie die fehlenden Entwässerungsrinnen mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 (Ziffer 2.4.2.1 oben),

g²) Mängel Nr. 10, 13, 42, 63, 72, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 158, 166, 168, 191, 198, 263, 272, 291, 295, 298, 300, 313, 319, 322, 327, 334, 348, 356, 362, 367, 379, 385, 386, 391, 413, 415, 416, 420, 423, 429, 433, 448, 463, 477, 482, 487 und 496 gemäss dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 (Ziffer 2.4.2.2 oben).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 die Mängelrüge vom 17. Dezember 2013 durch Konkretisierung beschränkt (act. 10 Rz. 51; act. 29 Rz. 129, 130, 192, 489, 876). Die Klägerin widerspricht dieser Ansicht; es seien sämtliche vorhandenen Mängel aufgenommen worden; bereits die Mängelrüge vom 17. Dezember 2013 sei sehr konkret gewesen (act. 25 Rz. 185).

Gemäss Auslegung der Beklagten lägen entsprechend bei den durch den Wortlaut vom Schreiben vom 17. Dezember 2013 ausdrücklich abgedeckten Balkontypen und Baufeldern lediglich die Mängel Nr. 42, 63, 72, 158, 166, 168, 191, 198, 313, 319, 322, 327, 334, 348, 356, 362, 367, 379, 385, 386, 391, 413, 415, 416, 420, 423, 429, 433, 448, 463, 477, 482, 487 und 496 vor. Die im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 nicht genannten Balkone würden nicht (mehr) als gerügt gelten. Dies würde einem qualifizierten Schweigen des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 gleichkommen. Das Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 wäre abschliessend.

Aus dem Protokoll der Schlussprüfung ergibt sich eine tatsächliche Vermutung, dass der protokollierte Mangel entdeckt und gerügt wurde. Dazu wird vorausgesetzt, dass der Unternehmer an der Schlussprüfung teilnimmt (SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, N. 7 zu Art. 177 SIA-Norm 118). Das Protokoll der Schlussprüfung ist deshalb nicht ohne weiteres mit einer Mängelrüge gleichzusetzen, auch wenn es regelmässig die Funktion einer Mängelrüge einnimmt. Hält das Protokoll der Schlussprüfung einen Mangel nicht fest, ist zu vermuten, dass er weder entdeckt worden noch offensichtlich ist (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 6 zu Art. 177 SIA-Norm 118).

Eine tatsächliche Vermutung in dem Sinne, dass das Protokoll der Schlussprüfung die frühere Mängelrügen ersetzt, besteht nicht. Die Beklagte vermag keine konkreten Umstände darzutun, welche zu einer solchen Vermutung führen müssten. Jedenfalls kann bei einer detaillierten Mängelrüge mit Privatgutachten das Protokoll der Schlussprüfung nicht als Einschränkung im Sinne eines qualifizierten Schweigens gedeutet werden. Das Protokoll der Schlussprüfung ist nicht dazu geeignet, über Einzelmängel hinausgehende schwerwiegende Planungs- und Ausführungsmängel zu rügen.

Der Inhalt des Protokolls der Schlussprüfung steht auch nicht in einem Widerspruch zur Mängelrüge. Es ist davon auszugehen, dass bei der Mängelmeldung nicht alle Mieterinnen und Mieter die Mängelmeldung mit derselben Sorgfalt vorgenommen haben. Auch mögen manche die Balkone als Bestandteil der von aussen sichtbaren Fassade wahrgenommen und eine Meldung deshalb für entbehrlich erachtet haben. Jedenfalls bestehen, wie von den Parteien dargelegt, auch Überschneidungen zwischen der Mängelrüge vom 17. Dezember 2013 und dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014.

Die Mängelrüge vom 1. Juli 2014 ist somit nicht als Beschränkung der Mängelrüge vom 17. Dezember 2013 zu betrachten.

2.5. Bürgschaftsfall

Gemäss Art. 496 Abs. 1 und 2 OR kann der Solidarbürge vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist. Die Parteien haben eine Solidarbürgschaft i.S.v. Art. 496 OR vereinbart (act. 1 Rz. 177, 180, 181; act. 10 Rz. 192; act. 25 Rz. 7; act. 3/13/1-4). Mit Konkurs der Totalunternehmerin am 6. Januar 2015 ist der Bürgschaftsfall eingetreten.

2.5.1. Die Beklagte ist der Ansicht, der Anspruch auf Bevorschussung der Ersatzvornahmekosten bestehe nur gegenüber dem Unternehmer, nicht gegenüber einem (Solidar-)Bürgen (act. 10 Rz. 18, 19, 94; act. 29 Rz. 408, 409, 411, 588, 756).

Gemäss Art. 492 Abs. 1 OR "verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen". Die Bürgschaftsforderung ist akzessorisch zur Hauptforderung und sichert deren Erfüllung (BGE 138 III 453 E. 2.2.1 S. 454-455 m.Nw.). Das Gesetz legt den möglichen Inhalt der zu sichernden Hauptforderung nicht fest (BGE 138 III 453 E. 2.3.2 S. 459-460). Nach allgemeiner Ansicht muss es sich um eine Geldschuld handeln, oder diese muss sich in eine solche umwandeln lassen (PESTALOZZI, in: Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 492 OR). Die Hauptforderung muss wenigstens bestimmbar sein (BGE 120 II 35 E. 3a S. 37-38). Das zu sichernde Forderungs- oder Rechtsverhältnis braucht die Bürgschaftsurkunde selbst jedoch nicht (näher) zu umschreiben (BGE 128 III 434 E. 3.5 S. 440-441; BGE 120 II 35 E. 3a S. 37-38).

Die streitgegenständliche Werkgarantie bezieht sich auf Mängel, ohne die Art der aus den Mängeln fliessenden Forderung weiter zu individualisieren oder einzuschränken. Aus dem Bürgschaftstext lässt sich die gesicherte Hauptforderung bestimmen. Zu den gesicherten Gewährleistungsansprüchen gehört auch der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme. Weder Gesetz noch Vertrag schliessen die Haftung für Ansprüche auf Bevorschussung dieser Kosten aus.

Der Zweck des Bevorschussungsanspruchs beinhaltet insbesondere, dass der Besteller nicht in Vorleistung für die Nachbesserungsschuld des Unternehmers gehen muss (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418). Da der Bevorschussungsanspruch durch die Sicherstellung der Nachbesserungsforderung mittels Bürgschaft nicht entfällt, bejaht die Praxis des Handelsgerichts die Einstandspflicht des Bürgen für den Anspruch auf Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme (HGer ZH HG130074-O v. 24.08.2016 E. 3.4). Das Schrifttum geht für den umgekehrten Fall der Inanspruchnahme des Unternehmers davon aus, dass der Besteller auch über einen Anspruch auf Vorschussleistung verfügt, wenn die Mängelhaftung des Unternehmers durch eine Bürgschaft (Art. 492 ff. OR) oder ein Garantieverprechen (Art. 111 OR) eines Dritten gesichert ist (GAUCH, a.a.O., N 1816). Diese Frage stellt sich überhaupt nur, wenn die Bürgschaft oder Garantie den Bevorschussungsanspruch miterfasst. Schliesslich geht auch die deutsche Rechtsprechung mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass gleichermassen "ein auf Geld gerichteter Anspruch des Auftraggebers auf Vorschuss für eine Ersatzvornahme der Mangelbeseitigung oder auf Erstattung der Kosten der Mangelbeseitigung [...] den Bürgschaftsanspruch entstehen lässt" (BGH, Urt. v. 11.09.2012 – XI ZR 56/11, NJW 2013, 1228, N 17).

Die Beklagte muss gegenüber der Klägerin im Rahmen der vertraglichen Bedingungen für den Anspruch gegen die Totalunternehmerin auf Bevorschussung der Kosten der Mängelbeseitigung eintreten.

2.5.2. Mit Erklärung vom 3. März 2015 trat die Konkursmasse der Totalunternehmerin der Klägerin "sämtliche Nachbesserungsrechte und Schadenersatzansprüche für Mangelfolgeschäden gegenüber den Unternehmern, Bauhandwerkern, Architekten, Ingenieuren, Lieferanten etc." ab (act. 10 Rz. 220; act. 25 Rz. 336; act. 29 Rz. 21; act. 11/13). Die Beklagte beruft sich auf Art. 503 Abs. 1 OR (act. 29 Rz. 26, 28). Aufgrund der Abnahmetermine wären die an die Klägerin abgetretenen Ansprüche gegen die Subunternehmer für Mängel des streitgegenständlichen Werkes aufgrund von Planungsfehlern des Architekten und von Ausführungsfehlern bei den Balkonen spätestens zwischen dem 24. Juli 2017 und dem 26. Juli 2018 eingetreten (act. 29 Rz. 24). Da die Klägerin es unterlassen

habe, die Verjährung gegenüber den für die Planung und für die Erstellung der Balkone zuständigen Subunternehmern zu unterbrechen (act. 29 Rz. 25, 901), würde auf die Beklagte im Falle einer Leistung auf die Bürgschaft eine bereits verjährte Forderung übergehen, was einen Regress verunmögliche (act. 29 Rz. 27).

Die Haftung des Bürgen verringert sich um den Betrag, um welchen der Gläubiger "zum Nachteil des Bürgen bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandene oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangte und eigens für die verbürgte Forderung bestimmte Pfandrechte oder anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte" vermindert (Art. 503 Abs. 1 Satz 1 OR). Der Minderungsbetrag entspricht dem Schaden, welcher dem Bürgen durch die Verminderung der Sicherheiten entstanden ist (BGE 66 II 123 E. 2 S. 129-130; PESTALOZZI, in: Basler Kommentar, N. 11 zu Art. 503 OR). Der Bürge verfügt lediglich über einen Schadenersatzanspruch (BGE 66 II 123 E. 2 S. 129-130).

Die an die Klägerin abgetretenen Ansprüche der Totalunternehmerin beruhen darauf, dass die Totalunternehmerin nicht sämtliche Arbeiten eigenhändig ausgeführt, sondern diese mindestens teilweise vertraglich an Subunternehmer übertragen hat. Sie stehen ausserhalb des Valutaverhältnisses zwischen der Totalunternehmerin als Hauptschuldnerin und der Klägerin als Gläubigerin. Demnach handelt es sich nicht um "Pfandrechte oder anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte" der verbürgten Forderung i.S.v. Art. 503 Abs. 1 OR.

Der Minderungsbetrag ist zudem im Quantitativ nicht dargelegt bzw. ausgewiesen. Gemäss Art. 42 Abs. 1 OR hat der Anspruchsteller den Schaden zu beweisen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der haftungsrechtliche Schaden "der ungewollten Verminderung des Reinvermögens", d.h. "der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte" (BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27-28; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323-324).

Die Beklagte nimmt eine Haftungsverringerung um 100 % an (act. 29 Rz. 30, 31). Nach der Differenzhypothese ist der tatsächliche dem hypothetischen Vermögensstand gegenüberzustellen. Es kann nicht bloss unterstellt werden, die abge-

tretenen Ansprüche würden die Bürgschaftsleistung vollständig decken. Die Beklagte müsste sowohl den tatsächlichen als auch den hypothetischen Vermögensstand darlegen. Die Ansprüche gegen die Subunternehmer sind weder im Grundsatz noch im Quantitativ dargelegt. Die Beklagte begnügt sich mit der Behauptung, dass die Totalunternehmerin die Mängel in der Garantiefrist gerügt habe (act. 29 Rz. 22, 23; act. 30/1; act. 30/3).

Die Beklagte beruft sich deshalb ohne Erfolg auf Art. 503 Abs. 1 OR.

2.6. Vertragliche Bedingungen der Bürgschaftsverpflichtung

Die Art der Bürgschaft definiert der massgebliche Garantieschein Nr. BG 14.177.865/00004 vom 28. April 2017 folgendermassen (act. 1 Rz. 178; act. 11 Rz. 192; act. 3/13/4):

" **Werkgarantie**, d.h. Garantie, die sich auf Mängel erstreckt, die kumulativ i) erst nach der gemeinsamen Prüfung der vollendeten Arbeiten, ii) der Aushändigung des Garantiescheins Nr. 16 an die BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich und iii) bis und mit 31. Juli 2015 festgestellt und zusätzlich iv) bis spätestens am 31. August 2015 gegenüber der A._____ schriftlich geltend gemacht werden."

Drei der vier vertraglichen Bedingungen der Bürgschaftsverpflichtung stellen auf Zeitpunkte ab, in welchen die Mängel festgestellt wurden. Da der Wortlaut der Bürgschaftsbedingungen das Hauptverb "festgestellt" hinter die Klammer zieht, muss der Begriff der Feststellung bei allen drei Voraussetzungen im gleichen Sinne verstanden werden. Aus den Behauptungen der Parteien ergeben sich keine anderen Auslegungsansätze.

Nach übereinstimmender Ansicht der Parteien bedeutet die Feststellung eines Mangels dessen tatsächliche Kenntnisnahme/Wahrnehmung (act. 10 Rz. 26, 210; act. 25 Rz. 75, 128; act. 29 Rz. 156, 171, 174, 189, 214, 303, 325, 326, 431). Die blosser Feststellbarkeit (Möglichkeit der Feststellung) der Mängel bedeutet nicht deren effektive Wahrnehmung (act. 25 Rz. 128; act. 29 Rz. 156, 325). Die Klägerin lehnt sich an die Voraussetzungen der fristauslösenden Entdeckung eines Mangels an (act. 25 Rz. 75; s. dazu Ziffer 2.4.1.2). Die Interessenlage der Parteien deckt sich jedoch nur teilweise. Die Anforderungen an die fristauslösende Ent-

deckung des Mangels schützt den Besteller vor der vorzeitigen Verwirkung seiner Mängelrechte. Demgegenüber begrenzt die Befristung der Bürgschaftsverpflichtung vorliegend die Haftung des Bürgen (act. 25 Rz. 68). Dies dient wie das in Art. 510 Abs. 3 OR enthaltene Beschleunigungsgebot "dem Interesse des Bürgen an einer Klärung von Grundsatz und Umfang seiner Haftung, aus der Tendenz zur Erleichterung seiner Befreiung von einer in aller Regel einseitig eingegangenen Verpflichtung und aus der Schwierigkeit der Schadensbestimmung bei unterlassener oder verzögerter Geltendmachung der Hauptforderung" (BGE 127 III 559 E. 5 S. 566; BGE 125 III 322 E. 3b S. 325-326).

Der ursprüngliche Garantieschein Nr. 16 vom 3. Mai 2013 war bis 31. Juli 2015 befristet (act. 25 Rz. 64; act. 29 Rz. 146; act. 3/13/1). Gemäss Art. 510 Abs. 3 OR musste die Klägerin ihre Forderung innerhalb von vier Wochen nach Ablauf der Frist geltend machen (act. 25 Rz. 64; act. 29 Rz. 351; act. 3/13/1). Bei der Verlängerung der Bürgschaft verzichteten die Parteien auf die Einwendung des Art. 510 Abs. 3 OR (act. 25 Rz. 64; act. 29 Rz. 154, 351), um die Klägerin nicht zur gerichtlichen Geltendmachung zu zwingen (act. 25 Rz. 64, 65; act. 26/56). Durch das zusätzliche Erfordernis der Feststellung bis 31. Juli 2015 behielten sie die Befristung bis 31. Juli 2015 in der Sache jedoch bei (act. 25 Rz. 63, 68; act. 29 Rz. 146, 156). Folglich enthielten alle Verlängerungen die zusätzliche Voraussetzung, dass die Mängel innerhalb der Geltung des ursprünglichen Garantiescheins bis 31. Juli 2015 festgestellt worden sein mussten. An die Stelle der Beschränkung von Art. 510 Abs. 3 OR trat die weitere Voraussetzung, dass die Mängel gegenüber der Beklagten bis 31. August 2015 geltend gemacht werden mussten (act. 25 Rz. 63, 67; act. 29 Rz. 146; act. 26/57). Gegenüber dem ursprünglichen Garantieschein hat sich bei den nachfolgenden Garantiescheinen jeweils lediglich die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung verlängert, sofern der Mangel der Beklagten bis 31. August 2015 angezeigt wird, hingegen bedingten die Parteien Art. 510 Abs. 3 OR nicht – wie zunächst mit E-Mail vom 15. April 2015 in Form einer einseitigen Erklärung durch die Beklagte vorgeschlagen (act. 25 Rz. 65; act. 29 Rz. 150; act. 26/56) – ab (vgl. act. 3/13/2-4). Offen bleiben kann deshalb, ob darin nicht ein unzulässiger Vorausverzicht des Bürgen vorliegen würde (Art. 492 Abs. 4 i.V.m. Art. 510 Abs. 3 OR; CHRISTOPH M. PESTALOZZI, in: Obligati-

onenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 9 zu Art. 510 OR; Wilhelm Schönenberger, in: Zürcher Kommentar, 3. Teil, 2. Aufl. 1945, N. 13 zu Art. 510 OR). Nach der Rechtsprechung bezieht sich die Bestimmung jedoch lediglich auf die Geltendmachung der Hauptforderung, nicht auch auf jene der Bürgschaftsforderung (BGE 125 III 322 E. 3b S. 325-326).

2.6.1. Feststellung nach gemeinsamer Prüfung der vollendeten Arbeiten

Gemäss Garantieschein ist die Bürgschaft beschränkt auf Mängel, die erst nach der gemeinsamen Prüfung der vollendeten Arbeiten festgestellt wurden (act. 1 Rz. 178, 181; act. 11 Rz. 192; act. 29 Rz. 325; act. 3/13/1; act. 3/13/4). Die Abnahmetermine sind zwischen den Parteien unstrittig (act. 1 Rz. 184; act. 10 Rz. 195). Die letzte Abnahme fand am 19. November 2013 statt (act. 1 Rz. 183; act. 10 Rz. 194).

2.6.1.1. Aussenwärmedämmung

Bei der Schlussprüfung im Juli 2014 stellte die Klägerin insgesamt 91 gerissene Fugen fest (act. 1 Rz. 28, 186; Ziffer 2.4.1.1 oben). Es bestehen keine Hinweise, dass diese bereits bei den Abnahmeterminen festgestellt worden wären. Die Beklagte bestreitet nicht, dass in den Mängellisten der Vorabnahmen "keine gerissenen Anschlussfugen, keine Ausblühungen an den Fassaden, kein Eindringen von Wasser in die Fassaden, geschweige denn eine unsorgfältig ausgeführte verputzte Aussenwärmedämmung dokumentiert" bzw. festgestellt wurden (act. 25 Rz. 129, 131; act. 3/8; act. 26/58). Ihre vor Vorlage der Mängellisten durch die Klägerin aufgestellte (unsubstanzierte) Behauptung, dass "zumindest einzelne Mängel im Zusammenhang mit der verputzten Aussenwärmedämmung schon bei der Abnahme feststellbar" gewesen seien (act. 10 Rz. 198), hält sie damit nicht mehr aufrecht.

2.6.1.2. Balkongefälle

Die Parteien stimmen darin überein, dass weder in den Protokollen der Schlussprüfung vom Juli 2014 noch in den dazugehörigen Mängellisten der Vorabnahmen

ein Hinweis auf das streitgegenständliche unzureichende Balkongefälle festgehalten ist (act. 25 Rz. 71; act. 29 Rz. 165; act. 3/8; act. 26/58).

Die Beklagte geht davon aus, dass ein Teil der Mängel bereits bei der Abnahme festgestellt worden sei (act. 10 Rz. 201). Ihre Mutmassung, die Vertreter der Klägerin hätten bewusst keinen Hinweis aufgenommen, da sie sich an die Absprache vom 6. März 2012 erinnern hätten (act. 29 Rz. 165, 167, 176), bleibt jedoch unbestimmt. Die Beklagte versucht damit lediglich, ihre vor Vorlage der Mängellisten durch die Klägerin aufgestellte Behauptung aufrecht zu erhalten, nachdem sich ihre implizite Vermutung, die Mängellisten würden Hinweise auf ein Entwässerungsproblem bei den Balkonen enthalten (vgl. act. 10 Rz. 201; act. 29 Rz. 165), nicht bestätigt haben. Da die Klägerin an der Besprechung vom 6. März 2012 nicht einer den Regeln der Baukunde widersprechenden und nicht gebrauchstauglichen Ausführung der Balkonentwässerung zugestimmt hat (Ziffer 2.3.2.7.3 oben), kann auch nicht die Rede von einem offensichtlichen Mangel i.S.v. Art. 163 Abs. 2 Var. 2 SIA-Norm 118 (act. 29 Rz. 167) sein.

Die streitgegenständlichen Mängel betreffend das Balkongefälle wurden deshalb nicht bereits vor der gemeinsamen Prüfung der Arbeiten festgestellt.

2.6.2. Feststellung nach Aushändigung des Garantiescheins

Gemäss Garantieschein beschränkt sich die Bürgschaft auf Mängel, welche nach der Aushändigung des Garantiescheins Nr. 16 [vom 3. Mai 2013] festgestellt wurden (act. 1 Rz. 178, 181; act. 11 Rz. 192; act. 3/13/1; act. 3/13/4). Die Übergabe des Garantiescheins Nr. 16 vom 3. Mai 2013 erfolgte frühestens einige Tage später (act. 25 Rz.322; act. 29 Rz. 867) und spätestens am 24. Mai 2013 (Ablage in den Safe der Klägerin; act. 1 Rz. 188; act. 10 Rz. 200; act. 25 Rz. 322).

2.6.2.1. Aussenwärmedämmung

Nach Darstellung der Klägerin sei die "mangelhafte verputzte Aussenwärmedämmung erstmals bei der 2-jährigen Garantieabnahme im Juli 2014" (act. 1 Rz. 189) und somit nach der Übergabe des Garantiescheins festgestellt" worden (act. 1 Rz. 189; act. 25 Rz. 132). Die Beklagte behauptet nicht, dass die geltend

gemachten Mängel zwischen Abnahme und Aushändigung des Garantiescheins festgestellt worden wären. Die in diesem Zusammenhang zunächst nochmals aufgestellte (unsubstanzierte) Behauptung, dass "zumindest ein Teil der Mängel schon bei der Abnahme (und damit vor der Aushändigung des Garantiescheins) feststellbar" gewesen seien (act. 10 Rz. 201), hält sie nach Vorlage der Mängellisten durch die Klägerin nicht mehr aufrecht (Ziffer 2.6.1.1 oben).

2.6.2.2. Balkongefälle

Nach Darstellung der Klägerin stellte die Klägerin den Mangel mit Übergabe des Privatgutachtens vom 22. November 2013 fest (act. 1 Rz. 185, 189; act. 25 Rz. 72, 74).

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe aus Mieterreklamationen betreffend stehendes Wasser auf den Balkonen bereits vor dem 24. Mai 2013 Kenntnis von mangelhaften Balkongefällen gehabt (act. 10 Rz. 196, 197, 202; act. 29 Rz. 168). Dazu beruft sie sich auf das Gesuch einer Mieterin vom 16. Mai 2013 um Hinterlegung der Mietzinse (act. 10 Rz. 47, 202; act. 29 Rz. 170; act. 11/3; Ziffer 2.3.2.3 oben). Weitere konkrete Mieterreklamationen vor dem 24. Mai 2013 sind nicht behauptet oder nachgewiesen (act. 25 Rz. 73, 77, 79, 80). Die Behauptung der Beklagten, es habe vor dem 24. Mai 2013 weitere Reklamationen von Mietern wegen stehendem Wasser auf den Balkonen gegeben (act. 29 Rz. 168), erweist sich als unsubstantiiert.

Ausgehend von der einen bekannten Mieterreklamation vom 15. Januar 2013 (Ziffer 2.3.2.3 oben) konnte die Klägerin den (systematischen) Mangel noch nicht erkennen. Nach übereinstimmendem Verständnis der Parteien ist unter Feststellung die tatsächliche Kenntnisnahme des Mangels zu verstehen. Die Beklagte macht zu Recht geltend, dass die bloße Rüge nicht mit dem tatsächlichen Vorliegen des gerügten Mangels gleichzusetzen ist (act. 29 Rz. 156, 174, 210). Angesichts des Beschränkungszwecks des Feststellungserfordernisses genügt eine Mieterreklamation noch nicht, um von der Kenntnis eines Mangels auszugehen. Da die Werkgarantie an die Erfüllungsgarantie anschliesst, deckt sie insbesondere auch Mängel, die bei der Abnahme nicht festgestellt wurden.

2.6.3. Feststellung bis 31. Juli 2015

Gemäss Garantieschein bezieht sich die Bürgschaft auf Mängel, die bis und mit 31. Juli 2015 festgestellt wurden (act. 1 Rz. 178, 181, 190; act. 11 Rz. 192; act. 3/13/4). Die Klägerin behauptet unter Verweis auf die Mängelrügen, die streitgegenständlichen Mängel allesamt vor dem 31. Juli 2015 festgestellt zu haben (act. 1 Rz. 190; act. 25 Rz. 83, 135). Die Beklagte anerkennt dies lediglich teilweise (vgl. act. 10 Rz. 204, 208, 209; act. 29 Rz. 189, 193, 328, 331, 334). Somit gilt die Darstellung der Klägerin im Übrigen als bestritten.

2.6.3.1. Aussenwärmedämmung

2.6.3.1.1. Die Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails, insbesondere der Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung, wurde erst durch das Gutachten vom 27. Juni 2016 festgestellt (act. 10 Rz. 209; act. 25 Rz. 177, 317; act. 29 Rz. 246, 247, 334, 473, 495, 505, 507, 626, 835, 857, 858, 866, 871, 903 vierter Bullet-Point; Ziffer 2.4.1.5 oben). Bis 31. Juli 2015 waren lediglich die Fassadenausblühungen und die gerissenen oder fehlenden Fugen festgestellt (act. 29 Rz. 332, 430, 432). Namentlich war damals nicht festgestellt, dass der Zustand der Aussenwärmedämmung von der SIA-Norm 243:2008, den bei der Erstellung gültigen Systemhaltervorschriften und den Regeln der Baukunde abweicht, und die Herstellervorgaben der Aussenwärmedämmung nicht eingehalten sind.

2.6.3.1.2. Die Klägerin entdeckte die Ausblühungen rund um die Balkonfront im März 2015 und rügte sie mit Schreiben vom 27. April 2015 bei der Totalunternehmerin (Ziffer 2.4.1.2 oben). Gegenüber der Beklagten machte die Klägerin die balkonseitigen Ausblühungen mit Schreiben vom 8. April 2015 geltend (act. 10 Rz. 209, 210; act. 25 Rz. 115, 134; act. 29 Rz. 313; Ziffer 2.4.1.4.1 oben). Als festgestellt gelten die Mängel indessen nur, soweit sie bestehen bzw. beweismässig erstellt werden können (act. 10 Rz. 210; act. 29 Rz. 351), worüber kein zeitnahes Dokument besteht (act. 29 Rz. 348). Die Beklagte bestreitet, dass bei sämtlichen Fassadenteilen bis 31. Juli 2015 Ausblühungen festgestellt worden bzw. feststellbar gewesen seien (act. 29 Rz. 276, 281, 307, 310, 317, 349, 372). Aus der privaten Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 ergibt sich, dass nicht

bei sämtlichen Wohnungen Fassadenausblühungen festzustellen waren (act. 29 Rz. 35, 903 zweiter Bullet-Point; Ziffer 2.3.1.2.2 oben). Von den fünf für das Gutachten vom 27. Juni 2016 sondierten Balkonen hatte die Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 nachweislich deren drei als "stark" betroffen ausgewiesen (act. 29 Rz. 418; act. 30/6); bei den zwei übrigen ist dies sehr wahrscheinlich, da der Gutachter Balkone mit sichtbaren Schäden für die Sondierung auswählte (act. 29 Rz. 418; act. 29 Rz. 90, 415, 418; act. 11/4; act. 36/42; Ziffer 2.3.1.2.2 oben). Aufgrund des geringen zeitlichen Abstands zum relevanten Stichtag des 31. Juli 2015 ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Fassadenausblühungen namentlich an den fünf sondierten Balkonen bereits damals festgestellt hat. Folgende Mängel sind demnach rechtzeitig festgestellt:

b) An den fünf gutachterlich untersuchten Standorten D._____-strasse 3, C._____-strasse 4, D._____-strasse 5, C._____-strasse 2 und C._____-strasse 6 gemäss Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016 bestehen Fassadenausblühungen rund um die Balkonfront. Bei den übrigen Mietwohnungen sind die balkonseitigen Ausblühungen hingegen nicht erstellt (Ziffer 2.3.1.3 oben).

2.6.3.1.3. Soweit die gerissenen Fugen gemäss dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 erstellt sind, sind sie unstreitig bis zum 31. Juli 2015 festgestellt (act. 10 Rz. 33, 221; act. 25 Rz. 111, 112, 134; act. 29 Rz. 328). Folgende Mängel sind demnach rechtzeitig festgestellt:

c) Die Anschlüsse der verputzten Aussenwärmedämmung an die Fensterbänke sind an den Stellen gemäss Mängel Nr. 324-326, 330, 337, 349, 355 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 abgerissen. Die ebenfalls gerügten Mängel Nr. 204-208, 210, 212-218, 221, 222, 224, 225, 227-230, 232, 237-239, 242, 246, 247 und 256 sind hingegen nicht erstellt (Ziffer 2.3.1.4 oben).

d) Die Anschlüsse beim Anschluss an die verputzten Balkonbrüstungen sind an den Stellen gemäss Mängel Nr. 7, 18, 59, 120, 151, 154, 181, 260, 265, 268, 273, 287-289, 294, 296, 297, 299, 305, 306, 310-312, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 340, 341, 345, 346, 353, 354, 357, 358, 360, 363, 368, 380, 384, 387, 390a, 408, 417, 421, 424, 427, 430, 432, 434, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 450, 451, 457, 458, 478, 501 und 533 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 abgerissen. Der Mangel Nr. 471 ist hingegen nicht erstellt (Ziffer 2.3.1.5 oben).

e) Die Fugen an den Stellen gemäss Mängel Nr. 116, 309, 350, 456, 462, 463, 466, 468, 469, 473, 479, 486, 488, 493, 497 und 500 des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 sind gerissen.

2.6.3.1.4. Die Klägerin rügte mit Schreiben vom 28. April 2015 gegenüber der Totalunternehmerin die fehlende Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 (Ziffer 2.3.1.7 oben; Ziffer 2.4.1.3 oben). Gegenüber der Beklagten erfolgte die Geltendmachung bereits mit Schreiben vom 5. März 2015 (act. 10 Rz. 209; act. 3/48). Es ist unbestritten, dass die Klägerin die Mängel spätestens am 28. April 2015 festgestellt hatte. Folgende Mängel sind demnach rechtzeitig festgestellt:

f) Die Kittfugen bei der Betonbrüstung fehlen an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2.

2.6.3.2. Balkongefälle

Die Klägerin behauptet, das fehlerhafte Balkongefälle erstmals im Herbst 2013 entdeckt zu haben (act. 1 Rz. 33, 124, 190). Dabei stützt sie sich massgeblich auf das Privatgutachten vom 22. November 2013 (act. 1 Rz. 33, 124). Spätestens mit Erhalt des Privatgutachtens vom 22. November 2013 sei der streitgegenständliche Mangel festgestellt gewesen (act. 1 Rz. 33, 185, 189; act. 25 Rz. 72, 74, 83). Dagegen anerkennt die Beklagte lediglich die (später) im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 aufgeführten 38 Positionen mit Beanstandungen zur Thematik der Balkonentwässerung, soweit diese nach ihrer Ansicht in einer für die Totalunternehmerin erkennbaren Weise die Beanstandung eines ungenügenden Gefälles betreffen (act. 10 Rz. 10, 11, 12, 204, 208; act. 29 Rz. 189, 193, 195, 203, 214, 874, 876; act. 3/9); unter Berücksichtigung des letztlich bestrittenen Mangels Nr. 461 (act. 29 Rz. 124) sind gar lediglich 37 Positionen anerkannt.

Missverständlich bleibt, ob die Beklagte bei den gerügten Positionen anerkennt, dass die Mängel festgestellt worden sind (so in act. 10 Rz. 11, 12, 208; act. 29 Rz. 189, 193, 195, 203), oder ob sich ihre Anerkennung lediglich darauf bezieht, dass die Klägerin die entsprechenden Positionen mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 gerügt hat (so in act. 10 Rz. 52; act. 29 Rz. 144, 192, 204, 400, 754). Gemäss Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO hat die beklagte Partei "darzulegen, welche

Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden". Bestreitungen müssen so konkret erfolgen, dass sich daraus "bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden sollen" (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438; BGE 117 II 113 E. 2 S. 113-114 m.Nw.). In Bezug auf die im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 gerügten Balkone fehlt es der Darstellung der Beklagten an der für eine Bestreitung erforderlichen Konkretheit. Zudem räumt die Beklagte an anderer Stelle ein, dass "bei einzelnen Balkonen" das Gefälle zu verbessern sein könnte (act. 10 Rz. 129, 135). Demnach gilt die Feststellung eines Mangels bei den von der Beklagten genannten 37 Positionen im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 als anerkannt.

Noch vor dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 rügte die Klägerin mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 ein mangelhaftes Balkongefälle, nachdem sie das Privatgutachten vom 22. November 2013 erstellen lassen hatte (Ziffer 2.4.2.1 oben). Zudem rügte die Klägerin mit dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 über die von der Beklagten anerkannten 37 Positionen hinaus weitere 13 einzeln bezeichnete Positionen (Ziffer 2.4.2.2 oben). Nach Ansicht der Beklagten stellte das Privatgutachten vom 22. November 2013 den streitgegenständlichen Mangel lediglich für die sieben konkret untersuchten Balkone fest (act. 10 Rz. 48; act. 29 Rz. 110, 117, 189, 479, 814). Das Schreiben vom 17. Dezember 2013 bezog sich jedoch nicht auf sieben einzelne Balkone, sondern auf bestimmte Balkontypen in bestimmten Gebäudekörpern (Ziffer 2.4.2.1 oben). Daran zeigt sich, dass die Klägerin damals von einem systematischen Mangel ausging, auch wenn sie nicht ausdrücklich darauf hinwies (act. 29 Rz. 184, 190, 191). Die nachfolgenden Beweishebungen haben die systematische Natur des streitgegenständlichen Mangels bestätigt (Ziffer 2.3.2.6 oben). Ausserdem macht die Beklagte ebenfalls geltend, die Klägerin habe den streitgegenständlichen Mangel bereits vor der Erstellung des Privatgutachtens vom 22. November 2013 entdeckt (Ziffer 2.6.2.2 oben). Der streitgegenständliche Mangel der Balkonentwässerung ist spätestens mit Erhalt des Privatgutachtens vom 22. November 2013 festgestellt worden:

- g) Die Balkone der streitgegenständlichen Überbauung, namentlich die unter Mängel Nr. 10, 13, 42, 63, 72, 89, 96, 107, 108, 119, 125, 128, 142, 146, 158, 166, 168, 191, 198, 263, 272, 291, 295, 298, 300,

313, 319, 322, 327, 334, 348, 356, 362, 367, 379, 385, 386, 391, 413, 415, 416, 420, 423, 429, 433, 448, 463, 477, 482, 487 und 496 gemäss dem Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 aufgeführten, verfügen über ein unzureichend ausgebildetes Gefälle zum Wasserabfluss, welches durch die planerischen Vorgaben zur Positionierung der Direktentwässerung und der Höhenkoten der vorderen und der hinteren Oberkante des Balkons bedingt ist.

2.6.4. Geltendmachung bis 31. August 2015

Gemäss Garantieschein bezieht sich die Bürgschaft auf Mängel, die bis und mit 31. August 2015 gegenüber der Beklagten schriftlich geltend gemacht wurden (act. 1 Rz. 178, 181, 190; act. 11 Rz. 192; act. 3/13/4). Mit E-Mail vom 16. Juli 2015 stellte die Klägerin der Beklagten eine Kopie des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 zu (act. 10 Rz. 203; act. 29 Rz. 201; act. 11/10). Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien handelte es sich dabei jedoch nicht um eine Geltendmachung im Sinne der Bürgschaftsbestimmungen (act. 10 Rz. 38; act. 25 Rz. 82; act. 29 Rz. 201, 369). Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Voraussetzung der Geltendmachung für sämtliche Mängel erfüllt ist (act. 10 Rz. 211).

2.6.4.1. Aussenwärmedämmung

2.6.4.1.1. Nach Konkurseröffnung über die Totalunternehmerin machte die Klägerin mit Schreiben vom 5. März 2015 bei der Beklagten (neben dem Balkongefälle und weiteren Punkten) geltend (act. 1 Rz. 192): "An der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 fehlt an vier Stellen die Stossfuge bei der Betonbrüstung. Wie mehrfach erwähnt, garantierte die [Totalunternehmerin] der BVK die Qualität des Bauwerkes und die einwandfreie Funktionstüchtigkeit der Anlagen und Installationen. Auch hier liegt wiederum ein Mangel vor, weshalb der BVK die entsprechenden Mängelrechte zustehen." (act. 3/48). Folgende Mängel sind demnach rechtzeitig geltend gemacht:

- f) Die Kittfugen bei der Betonbrüstung fehlen an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2.

2.6.4.1.2. Mit Schreiben vom 8. April 2015 machte die Klägerin bei der Beklagten (neben weiteren Positionen) geltend (act. 1 Rz. 193; act. 25 Rz. 115, 137; act. 29 Rz. 295, 341, 459): "An den Fassaden sind unterhalb der Balkone Ausblühungen

aufgetreten. Die Ausblühungen sind aufgrund unsorgfältiger Ausführung der Aussenwärmedämmung durch die [Totalunternehmerin] entstanden, wodurch nun Wasser in die Fassadenkonstruktion eindringt und durch das Austrocknen des Wassers Ausblühungen entstehen. Gemäss dem Totalunternehmer-Werkvertrag (TU-Vertrag) garantiert die [Totalunternehmerin] der [Klägerin] jedoch die Qualität des Bauwerkes, welche durch die geschilderte unsorgfältige Ausführung nicht erreicht wurde. Die Aussenwärmedämmung ist mangelhaft und muss ausgebessert werden." (act. 3/49). Als Beilage fügte die Klägerin den Nachtrag zur Forderungsanmeldung vom 27. Februar 2015 mit Datum vom 8. April 2015 bei (act. 10 Rz. 190, 215; act. 25 Rz. 137; act. 3/49), welche Fotos der Ausblühungen enthielt (act. 25 Rz. 140; act. 11/12). Dabei handelte es sich offensichtlich um die vier Fotos, welche die Liegenschaftenunterhaltung der Klägerin nach Entdeckung der Ausblühungen um die Balkonfront der Klägerin mit E-Mail vom 13. März 2015 übermittelte (act. 29 Rz. 349; act. 3/17; Ziffer 2.4.1.2 oben).

Im Grundsatz anerkennt die Beklagte, dass die Klägerin wenigstens gewisse Ausblühungen unterhalb der Balkone vor dem 31. Juli 2015 als Mangel geltend gemacht hat (act. 10 Rz. 221; act. 29 Rz. 295, 337). Nach ihrer Ansicht erfasst das Schreiben vom 8. April 2015 jedoch lediglich "die Ausblühungen unterhalb der Balkone (Sekundärmangel)" (act. 10 Rz. 221; act. 29 Rz. 339) und hat die Klägerin nicht substantiiert dargelegt, an welchen Stellen sie die Ausblühungen konkret festgestellt habe (act. 10 Rz. 216, 222; act. 29 Rz. 246, 337, 339, 341, 347, 352, 355).

Aufgrund vergleichbarer Interessenlage gelten für die Auslegung des Schreibens vom 8. April 2015 dieselben Grundsätze wie für die Auslegung von Mängelrügen (Ziffer 2.4 oben). Von der korrespondierenden Mängelrüge vom 27. April 2015 (act. 3/18) unterscheidet sich das Schreiben vom 8. April 2015 insbesondere dadurch, dass die Klägerin nicht ausdrücklich "bei sämtlichen Mietwohnungen balkonseitig Ausblühungen" geltend macht. Daraus durfte die Beklagte jedoch nicht den Schluss ziehen, es seien lediglich die fotografisch dokumentierten Stellen betroffen. Diese gehörten schliesslich auch nicht zum eigentlichen Schreiben vom 8. April 2015, sondern lagen diesem lediglich als Anhang zum beiliegenden

Nachtrag zur Forderungsanmeldung vom 8. April 2015 bei. Auch eine Differenzierung zwischen den Ausblühungen unterhalb der Balkone und an weiteren Stellen ist nicht naheliegend, denn eine solche nimmt nicht einmal die Beklagte konsequent vor (vgl. act. 29 Rz. 337) und die Lokalisierung "unterhalb der Balkone" ist von beschränkter Aussagekraft. Das Schreiben vom 8. April 2015 konnte und musste die Beklagte (wie die Totalunternehmerin das Schreiben vom 27. April 2015) dahingehend verstehen, dass die Klägerin bei sämtlichen Balkonen bzw. Mietwohnungen Ausblühungen geltend macht. Folgende Mängel sind demnach rechtzeitig geltend gemacht:

- b) Bei sämtlichen Mietwohnungen treten balkonseitig Ausblühungen auf.

2.6.4.1.3. Die Klägerin beruft sich auch auf das Schreiben vom 24. April 2015 (act. 1 Rz. 193; act. 3/50). Mit diesem Schreiben wurden der Beklagten die Mängelrügen an die Subunternehmer weitergeleitet (act. 3/50). Die Geltendmachung eines Anspruchs gegen die Beklagte ist daraus nicht ersichtlich (act. 10 Rz. 217).

2.6.4.1.4. Die Klägerin informierte die Beklagte mit E-Mail vom 9. Juni 2015 über den aktuellen Verfahrensstand der Mangelbehebung (act. 1 Rz. 194; act. 10 Rz. 218; act. 25 Rz. 334; act. 29 Rz. 895; act. 3/51). Die Geltendmachung eines Anspruchs ergibt sich daraus nicht (act. 10 Rz. 218; act. 29 Rz. 896). Einen gegenteiligen Standpunkt nimmt auch die Klägerin nicht ein (vgl. act. 1 Rz. 194; act. 25 Rz. 334).

2.6.4.1.5. Die Klägerin beruft sich auf die Begehung vom 24. Juli 2015 und das Schreiben der Beklagten an die Subunternehmerin vom 27. Juli 2015 (act. 1 Rz. 195; act. 25 Rz. 141, 324; act. 3/52). Die Begehung vom 24. Juli 2015 wahrt die Schriftform nicht (vgl. Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 13-15 OR, act. 29 Rz. 161). Das (lediglich als Entwurf vorliegende) Schreiben vom 27. Juli 2015 stammt nicht von der Klägerin. Eine garantiekonforme Geltendmachung ist nicht ersichtlich.

2.6.4.1.6. Die im Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014 aufgeführten gerissenen Fugen machte die Klägerin gegenüber der Beklagten innerhalb der Frist des Garantie-

scheins nicht geltend (act. 10 Rz. 33, 38, 221; act. 25 Rz. 169; act. 29 Rz. 309, 454, 457, 903 erster Bullet-Point).

2.6.4.1.7. Die Mangelhaftigkeit der Anschlussdetails, insbesondere der Abdichtung vom Mauerwerk zur Betonbrüstung, hat die Klägerin gegenüber der Beklagten nicht rechtzeitig geltend gemacht (act. 10 Rz. 209; act. 29 Rz. 247, 281, 306, 309, 319, 430, 460, 505, 825, 903). Den entsprechenden Zustand hat erst das Gutachten vom 27. Juni 2016 festgestellt (Ziffer 2.4.1.5 oben).

2.6.4.2. Balkongefälle

Nach Eröffnung des Konkurses über die Totalunternehmerin machte die Klägerin mit Schreiben vom 5. März 2015 bei der Beklagten unter Berufung auf das in ihrem Auftrag erstellte Privatgutachten vom 22. November 2013 den Anspruch auf Bevorschussung der Ersatzvornahmekosten betreffend die mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 bei der Totalunternehmerin gerügten Mängel "bei den Balkonen BG, BH, BF, BB, BC und BA in den Gebäudekörpern C1, C3, B1, A1 und A3" geltend (act. 1 Rz. 192; act. 10 Rz. 212; act. 25 Rz. 90, 91; act. 29 Rz. 200; act. 3/48; s. Ziffer 2.4.2.3.2 oben). Dem Schreiben lag das Schreiben an die Totalunternehmerin vom 17. Dezember 2013 und das Privatgutachten vom 22. November 2013 bei (act. 25 Rz. 91). Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen zum Umfang der Mängelrüge haben auch für das Schreiben vom 5. März 2015 ihre Gültigkeit (Ziffer 2.4.2.1 oben). Aus dem Schreiben vom 17. Dezember 2013 ergibt sich die Rüge eines systematischen Planungs- und Ausführungsfehlers, welche nicht auf die in den Schreiben vom 17. Dezember 2013 und vom 5. März 2015 ausdrücklich genannten Balkontypen und Baufelder beschränkt ist (Ziffer 2.4.2.1 oben). Die fehlende Mitteilung des Mängelprotokolls vom 1. Juli 2014 an die Beklagte (act. 25 Rz. 82; act. 29 Rz. 201, 202, 210, 870) bleibt somit folgenlos.

Die Beklagte weist darauf hin, dass die Klägerin bis zum 31. August 2015 die Forderung gegen die Beklagte nicht beziffert hat (act. 10 Rz. 213). Da sie mit Eingabe vom 27. Februar 2015 eine Ersatzforderung von CHF 447'000.00 angemeldet habe, wäre sie in der Lage gewesen, die Forderung zu beziffern (act. 10

Rz. 213; act. 11/11; Ziffer 2.4.2.3.1 oben). Die Klägerin wendet ein, sie habe im Frühjahr 2015 die Kosten für die Ersatzvornahme noch nicht präzise angeben können, da sie die detaillierte Ursachenbehebung des Mangels noch nicht gekannt habe (act. 25 Rz. 330). Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien verlangen die Bürgschaftsbestimmungen nicht, dass die Klägerin die Forderung beziffert (act. 25 Rz. 70, 87, 330, 333; act. 29 Rz. 197, 886). Eine Bezifferung bis zum 31. August 2015 erweist sich deshalb nicht als erforderlich.

2.6.5. Zwischenergebnis

Die kumulativen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bürgschaft sind für folgende Mängel erfüllt:

Hinsichtlich Aussenwärmedämmung:

b) Fassadenausblühungen rund um die Balkonfront an den fünf gutachterlich untersuchten Standorten D.____-strasse 3, C.____-strasse 4, D.____-strasse 5, C.____-strasse 2 und C.____-strasse 6 gemäss Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016

f) Fehlen der Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 gemäss Schreiben vom 28. April 2015

Hinsichtlich Balkonentwässerung:

g) unzureichend ausgebildetes Gefälle der Balkone zum Wasserabfluss, welches durch die planerischen Vorgaben zur Positionierung der Direktentwässerung und der Höhenkoten der vorderen und der hinteren Oberkante des Balkons bedingt ist

2.7. Kostenbevorschussung

Hinsichtlich der Höhe der Kostenbevorschussung entfaltet das Urteil des Kostenvorschussprozesses keine Rechtskraft (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-261). Beim Kostenvorschuss handelt es sich erstens um mutmasslichen oder voraussichtlichen Aufwand (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 37, unter Bezugnahme auf BGH, Urte. v. 22.02.2001 – VII ZR 115/99 [unter II 1 m.Nw.]). Dem Beweis zugänglich sind lediglich "Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit" (BGE 118 IV 41 E. 3 S. 44; BGer 6B_1270/2017, 6B_1291/2017 vom 24. April 2018 E. 2.2). Ein strikter Nachweis der Höhe des Kostenvorschusses ist deshalb nicht zu verlangen (HGer ZH HG120187-O v. 19.03.2015 E. 3.5.2.2; HG080170-O v.

26.10.2015 E. 2.1.7). Zweitens stellt der zu leistende Kostenvorschussbetrag nur eine vorläufige Leistung dar (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 37). Es besteht deshalb ein allgemeiner Konsens, dass an die Substantiierung und den Nachweis des Vorschussbetrags nicht dieselben Anforderungen gestellt werden können. Nach einer Ansicht genügt das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung (HGer ZH HG080170-O v. 26.10.2015 E. 2.1.7; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, N. 18 zu Art. 169 SIA-Norm 118, N. 14 zu Art. 170 SIA-Norm 118; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 37). Nach anderer Ansicht ist die Höhe in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (HGer ZH HG120187-O v. 19.03.2015 E. 3.5.2.2; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 39).

Die Klägerin stützt sich auf ein in ihrem Auftrag erstelltes Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 (act. 1 Rz. 66-69; act. 3/25). Zur vorgängigen Erstellung eines Privatgutachtens wäre sie nicht verpflichtet (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 41). Ein Privatgutachten ist lediglich als Parteibehauptung zu qualifizieren, jedoch sind gestützt auf ein Privatgutachten aufgestellte Parteibehauptungen oft besonders substantiiert (Ziffer 2.3.2.6.6 oben). Eine pauschale Bestreitung genügt deshalb nicht (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGer 4A_412/2019 v. 27.04.2020 E. 4.2.2.1). Hinsichtlich des Mängelbildes kann sich das Privatgutachten zudem auf das Gutachten vom 27. Juni 2016 stützen (act. 1 Rz. 66). Zusammen mit durch Beweismittel nachgewiesenen Indizien vermag ein Privatgutachten allenfalls auch den Beweis zu erbringen (Ziffer 2.3.2.6.6 oben). Nach geltendem Recht ist ein Privatgutachten jedoch nicht als Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO zu qualifizieren (vgl. act. 25 Rz. 147; act. 29 Rz. 387; Ziffer 2.3.2.6.6 oben).

2.7.1. Aussenwärmedämmung

Die Klägerin verlangt einen Kostenvorschuss zur Ausarbeitung, Abdichtung und Verfüzung der Anschlüsse der Aussenwärmedämmung an die Fenster, Balkone, Sockel und die Fassade (act. 1 Rz. 70). Zur Kostenermittlung teilt sie bzw. das Privatgutachten die Fassade in die fünf Zonen Dachrandband, Fensterband, Brüstungsband, Sockelband und Sturz hinter den Storen auf (act. 1 Rz. 71, 72; act. 3/25). Für jede Zone macht die Klägerin die jeweiligen Arbeiten mit den dazu gehörigen Mengen und Einheitspreisen geltend (act. 1 Rz. 74, 76, 78, 80, 82).

Nach Ansicht der Klägerin sind diese Arbeiten zum Einbau einer ordnungs- und vertragsgemässen Aussenwärmedämmung erforderlich und angemessen (act. 1 Rz. 73, 75, 77, 79, 81, 83). Die Klägerin macht Gesamtkosten von CHF 2'226'203.70 bzw. CHF 2'397'621.40 inkl. MWST von 7,7 % geltend (act. 1 Rz. 84; act. 25 Rz. 144).

Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Gesamtkosten der Instandstellung der Aussenwärmedämmung (act. 29 Rz. 374). Namentlich bestreitet sie die Mengen, im Einzelnen:

- im Bereich des Dachrandbandes seien keine mangelhaften Stellen nachgewiesen oder gerügt worden (act. 10 Rz. 107; act. 29 Rz. 649, 651, 653);
- im Bereich des Fensterbandes habe die Beklagte die mangelhaften Stellen nicht nachgewiesen oder gerügt (act. 10 Rz. 110; act.. 29 Rz. 658, 659);
- im Bereich des Brüstungsbandes seien die mangelhaften Stellen nicht ersichtlich und gerügt worden (act. 10 Rz. 113; act. 29 Rz. 666, 667);
- im Bereich des Sockelbandes sei unklar, worin der Mangel bestehe und bei welchen Sockelbändern er auftrete; auch habe die Klägerin nicht substantiiert, welche Mängelrügen sich auf diesen Mangel beziehen sollten (act. 10 Rz. 116; act. 29 Rz. 674, 675);
- im Bereich Sturz hinter Storen habe die Beklagte die Rüge dieses Mangel nicht dargelegt (act. 10 Rz. 119; act. 29 Rz. 685) und sei unklar, was mangelhaft sein solle (act. 29 Rz. 682); es sei bestritten, dass in diesem Bereich Wasser in die Fassade eindringen könne (act. 29 Rz. 688).

2.7.1.1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die von der Klägerin geltend gemachten Mengen darauf beruhen, dass sämtliche Fassadenbereiche von den Mängeln betroffen und die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenbevorzugung und der Solidarbürgschaft erfüllt sind (act. 10 Rz. 97 zweiter Bullet-Point, 98, 99, 102, 105, 107, 110, 113, 116, 122; act. 25 Rz. 226, 240, 244, 247, 249, 251, 258; act. 29 Rz. 600, 628).

Hinsichtlich der Mängel der Aussenwärmedämmung sind die kumulativen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bürgschaft lediglich für einen kleinen Teil der Fassadenausblühungen erfüllt:

b) Fassadenausblühungen rund um die Balkonfront an den fünf gutachterlich untersuchten Standorten D.____-strasse 3, C.____-strasse 4, D.____-strasse 5, C.____-strasse 2 und C.____-strasse 6 gemäss Ziffer 8.4 des Gutachtens vom 27. Juni 2016

f) Fehlen der Stossfuge bei der Betonbrüstung an vier Stellen der Fassade im 4./5. Obergeschoss an der C.____-strasse 2 gemäss Schreiben vom 28. April 2015

Damit entfällt die Grundlage der Kostenschätzung, dass der Klägerin die Mängelrechte in Bezug auf die gesamte Fassadenfläche zustehen. Die einzelnen Flächen hat die Klägerin im Rahmen der Kostenschätzung nicht ausgeschieden. Zur Vornahme einer Kostenschätzung fehlt es an der Darlegung der einzelnen Zahlen (vgl. act. 29 Rz. 628).

2.7.1.2. Die Beklagte bestreitet jeweils die von der Klägerin angeführten Einheitspreise, da der Marktpreis für die geltend gemachten Mengen tiefer als die von der Klägerin angeführten Einheitspreise für Kleinaufträge seien (act. 10 Rz. 109, 112, 115, 118, 121; act. 29 Rz. 663). Da die berechtigten Mengen nicht ausgewiesen sind, ist nicht erforderlich, auf diese Einwendung weiter einzugehen.

2.7.1.3. Die von der Klägerin geltend gemachten Mengen zur Behebung der Mängel der Aussenwärmedämmung sind nur teilweise ausgewiesen. Da die Klägerin die Mengenangaben im Einzelnen nicht substantiiert hat, ist der Anspruch auf Kostenvorschuss vollumfänglich abzuweisen.

2.7.2. Balkongefälle

Die Klägerin verlangt einen Kostenvorschuss zur Durchführung der folgenden Arbeiten (act. 1 Rz. 85):

- Entfernen des bestehenden Zementüberzugs / Untergrundvorbereitung
- Erstellen von Kernbohrungen für einen zentral positionierten Bodenablauf
- Erstellen partieller Abdichtungen Abschlussbereich Fenster- und Fassaden

Versetzen von neuem Bodenablauf mit Leitungsführung an Deckenuntersicht zur bestehenden Fallstrangleitung

Erstellen eines neuen Nutzbelags im Gefälle

Die Beklagte wendet ein, die Klägerin könne keine andere Ausführungsart verlangen (act. 10 Rz. 97 vierter Bullet-Point 126, 131, 133, 137, 139, 143; act. 29 Rz. 605, 708, 747, 757). Zwischen den Parteien sei die Positionierung der Direktentwässerung in der Nähe der Fassade vereinbart gewesen (act. 10 Rz. 126, 139, 143; act. 29 Rz. 708, 735, 749, 757; vgl. Ziffer 2.3.2.1 oben). Die Klägerin könne deshalb keine Positionierung der Direktentwässerung in der Mitte der Balkone fordern (act. 10 Rz. 143; act. 29 Rz. 708, 735).

Der Besteller hat grundsätzlich kein Recht auf Erstellung eines neuen Werks (BGE 98 II 118 E. 2 S. 120-121; BGer 4A_151/2016 v. 21.06.2016 E. 3.4.1; 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 4.1.4 [nicht publ. in BGE 128 III 416]; GAUCH, a.a.O., N 1775; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl. 1995, N 116, 119). Selbstredend besteht auch kein Anspruch auf Erstellung eines anderen Werks. Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Positionierung der Direktentwässerung nicht um eine vereinbarte Eigenschaft des Werks (Ziffer 2.3.2.1 oben). Die Klägerin verlangt deshalb nicht die Erstellung eines anderen Werks.

Ist jedoch die Herstellung eines mangelfreien Werks nur durch Neuerstellung möglich, hat der Besteller ausnahmsweise einen entsprechenden Anspruch auf Neuherstellung (BGer 4A_151/2016 v. 21.06.2016 E. 3.4.1; 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 4.1.4 [nicht publ. in BGE 128 III 416]; KOLLER, a.a.O., N 120). In Übereinstimmung mit dem Gutachten gehen beide Parteien davon aus, dass die Ausbildung eines hinreichenden Gefälles bei bestehender Positionierung und Kosten nicht möglich ist (act. 10 Rz. 78; act. 25 Rz. 227, 261; act. 29 Rz. 604, 707, 710, 716 erster Bullet-Point; act. 3/12 Ziffer 6.20 S. 38). Bei der Neupositionierung der Balkonentwässerung handelt es sich indessen, wenn überhaupt, lediglich um eine teilweise Neuerstellung. Ist die Ausbildung eines für eine einwandfreie Balkonentwässerung hinreichenden Gefälles bei der bestehenden Positionierung der

Direktentwässerung objektiv unmöglich, besteht Anspruch auf eine Versetzung der Direktentwässerung.

Weiter wendet die Beklagte (erneut) ein, das Gefälle sei nur bei einigen Balkonen gerügt worden (act. 10 Rz. 126, 129, 132, 133, 135, 140; act. 29 Rz. 695, 702, 743, 754) bzw. es seien nicht alle Balkone mangelhaft (act. 10 Rz. 97; act. 29 Rz. 695, 702, 744, 754). Nach Ansicht der Klägerin verfügen sämtliche 149 Balkone über ein mangelhaftes Gefälle und ist dies auch gerügt worden (act. 25 Rz. 266, 277). Die Bestreitung der Beklagten betrifft lediglich die Anzahl der nachzubessernden Balkone. Die Voraussetzungen für eine Mängelbeseitigung sind jedoch bei sämtlichen Balkonen erfüllt (Ziffer 2.3.2.6 oben; Ziffer 2.6.3.2 oben).

2.7.2.1. Untergrundvorbereitung

Die Klägerin behauptet, der bestehende Zementüberzug von rund 12 m² pro Balkon müsse zunächst entfernt werden, um darauf den neuen Nutzbelag mit dem korrekten Gefälle zu verlegen (act. 1 Rz. 87). Die Beklagte anerkennt die Notwendigkeit der Arbeiten lediglich für einzelne Balkone (act. 10 Rz. 129). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenvorschuss sind indessen für sämtliche Balkone erfüllt (Ziffer 2.6.5 oben). Die Arbeiten sind somit bei sämtlichen Balkonen erforderlich.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 80.00/m² (act. 1 Rz. 87; act. 25 Rz. 267). Den Betrag bestreitet die Beklagte lediglich pauschal (act. 10 Rz. 130, 141, 142; act. 29 Rz. 720, 749). Deshalb ist auf die privatgutachterliche Kostenschätzung abzustellen.

Die voraussichtlichen Kosten pro Einheit betragen CHF 1'000.00 (12 m² zu CHF 80.00/m²).

2.7.2.2. Versetzung des Bodenablaufs

Die Klägerin behauptet, die Konstruktion des neuen Ablaufs in der Mitte der Balkonfläche erfordere eine Kernbohrung; im Anschluss werde der Bodenablauf

dorthin versetzt und über eine Leitung an die seitliche Falleitung geführt (act. 1 Rz. 88). Die Beklagte bestreitet die Notwendigkeit einer Kernbohrung; die Klägerin habe lediglich Anspruch auf einen Einlauf mit Fallrohr in der Nähe der Fassade, weshalb keine Bedarf nach einer Kernbohrung und einer Versetzung des Bodenablaufs bestehe, und es müsse auch keine Leitung von einem neuen Bodenablauf in die seitliche Falleitung geführt werden (act. 10 Rz. 131). Da die Klägerin im vorliegenden Falle Anspruch auf eine abweichende Ausführung hat, ist dieses Argument der Beklagten zu verwerfen. Nicht bestritten ist, dass die Arbeiten zur Ausführung des Ablaufs in der Mitte der Balkonfläche erforderlich sind.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 1'600.00 pro Einheit; für die Einzelheiten wird auf die Darstellung in der Klageschrift Bezug genommen (act. 1 Rz. 88). Die Beklagte bestreitet den Betrag nicht (vgl. act. 10 Rz. 131, 132) oder lediglich pauschal (act. 10 Rz. 141, 142; act. 29 Rz. 749). Deshalb ist auf die privatgutachterliche Kostenschätzung abzustellen.

Die voraussichtlichen Kosten pro Einheit betragen CHF 1'600.00.

2.7.2.3. Erstellen des neuen Nutzbelags

Die Klägerin behauptet, es sei ein normkonformer Nutzbelag mit einem Gefälle von 1.5 % auszuführen (act. 1 Rz. 89). Die Beklagte anerkennt die Notwendigkeit der Arbeiten lediglich für einzelne Balkone (act. 10 Rz. 133). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenvorschuss sind indessen für sämtliche Balkone erfüllt (Ziffer 2.6.5 oben). Die Arbeiten sind somit bei sämtlichen Balkonen erforderlich.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 3'880.00 pro Einheit; für die Einzelheiten wird auf die Darstellung in der Klageschrift Bezug genommen (act. 1 Rz. 89). Die Beklagte bestreitet den Betrag lediglich pauschal (act. 10 Rz. 134, 141, 142; act. 29 Rz. 749). Deshalb ist auf die privatgutachterliche Kostenschätzung abzustellen.

Die voraussichtlichen Kosten pro Einheit betragen CHF 3'880.00.

2.7.2.4. Neuanschluss der Dämmung

Die Klägerin behauptet, im Sockelbereich sei die Dämmung im Umfang von ca. 3.5 m neu an die Balkone anzuschliessen (act. 1 Rz. 90). Die Beklagte anerkennt die Notwendigkeit der Arbeiten lediglich für einzelne Balkone (act. 10 Rz. 135). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenvorschuss sind indessen für sämtliche Balkone erfüllt (Ziffer 2.6.5 oben). Die Arbeiten sind somit bei sämtlichen Balkonen erforderlich.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 350.00 pro Einheit; für die Einzelheiten wird auf die Darstellung in der Klageschrift Bezug genommen (act. 1 Rz. 90). Die Beklagte bestreitet den Betrag lediglich pauschal (act. 10 Rz. 136, 141, 142; act. 29 Rz. 749). Deshalb ist auf die privatgutachterliche Kostenschätzung abzustellen.

Die voraussichtlichen Kosten pro Einheit betragen CHF 350.00.

2.7.2.5. Malerarbeiten

Die Klägerin behauptet, nach den vorstehenden Arbeiten seien gewisse Ausbesserungen im Putz sowie äussere Malerarbeiten an den Metallgeländern, der Brüstung und den Untersichten erforderlich (act. 1 Rz. 91). Durch das Erstellen des Gefälles werde auch der Fassadenanschluss von Brüstung und Untersicht betroffen; der Nutzbelag müsse wieder neu an die Fassade angeschlossen werden (act. 25 Rz. 274). Die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten sind nicht einschlägig (act. 10 Rz. 137; act. 29 Rz. 735). Die Beklagte räumt ein, dass bei gewissen Balkonen das bestehende Gefälle abgetragen und ein neues Gefälle erstellt werden müsse (Ziffer 2.7.2.1 oben; Ziffer 2.7.2.3 oben). Dadurch ist auch der Übergang zu den an den Balkonboden anschliessenden Wänden und Geländern betroffen. Da die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenbevorschussung für sämtliche Balkone erfüllt sind (Ziffer 2.6.5 oben), sind sämtliche Balkonen zu berücksichtigen.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 600.00 pro Einheit; für die Einzelheiten wird auf die Darstellung in der Klageschrift Bezug genommen (act. 1 Rz. 91). Die

Beklagte bestreitet den Betrag lediglich pauschal (act. 10 Rz. 138; act. 29 Rz. 749). Deshalb ist auf die privatgutachterliche Kostenschätzung abzustellen.

Die voraussichtlichen Kosten pro Einheit betragen CHF 600.00.

2.7.2.6. Planung

Bei der Sanierung des Balkongefälles ist ein Honorar für die Planung, Projektierung, Ausschreibung, Bauleitung und Abnahme hinzuzurechnen (act. 1 Rz. 95; act. 10 Rz. 144).

Die Klägerin schätzt das Honorar mit den Nebenkosten für Kopien, Reisespesen, Einsatz von Spezialgeräten etc. auf 10 % der Baukosten (act. 1 Rz. 95, 96; act. 25 Rz. 281) und beruft sich auf das Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 und die üblicherweise angewendete Honorar- und Spesenberechnung (act. 25 Rz. 281; act. 3/25). Die Beklagte bestreitet die Höhe der Schätzung von 10 % (act. 10 Rz. 144, 145; act. 29 Rz. 753, 749). Die Honorarschätzung bewegt sich im üblichen Bereich. Deren Bestreitung durch die Beklagte bleibt unsubstantiiert.

2.7.2.7. Zwischenergebnis

Die Beklagte bestreitet die Höhe der Kostenbasis von CHF 7'429.53 pro Balkon bzw. der Gesamtkosten (act. 10 Rz. 141; act. 29 Rz. 207, 749 letzter Bullet-Point, 754). Im Einzelnen wird auf Ziffer 2.7.2.1 oben - 2.7.2.5 oben verwiesen. Demnach ist von folgenden voraussichtlichen Kosten pro Einheit auszugehen:

Untergrundvorbereitung	CHF	1'000.00
Versetzung des Bodenablaufs	CHF	1'600.00
Erstellen des neuen Nutzbelags	CHF	3'880.00
Neuanschluss der Dämmung	CHF	350.00
Malerarbeiten	CHF	600.00
<hr/>		
Kosten der Arbeiten pro Einheit	CHF	7'430.00

Honorarzuschlag von 10 %	CHF	743.00
Kosten pro Einheit	CHF	8'173.00

Die voraussichtlichen Kosten der Arbeiten betragen 149 Einheiten * CHF 8'173.00, insgesamt somit CHF 1'217'777.00 exkl. MWST. Die Klägerin verlangt auch den darauf zu entrichtenden Mehrwertsteuerbetrag, ohne zu begründen, weshalb sie die im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung aufgewendete Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen könnte. Soweit die Klägerin zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, entstehen ihr keine Kosten, was bei der Kostenabrechnung zu berücksichtigen sein wird. Im Rahmen des Vorschussprozesses ist der Klägerin jedoch nicht zuzumuten, für die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in Vorleistung zu gehen, auch wenn sie diese danach allenfalls als Vorsteuerabzug geltend machen kann (vgl. BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 = NJW 2010, 3085, N 16). Unter Berücksichtigung der MWST von 7,7 % beläuft sich der Anspruch auf Kostenbevorschussung auf CHF 1'311'545.83 inkl. MWST.

2.7.3. Gemeinsame Kostenpositionen

2.7.3.1. Baustelleneinrichtungen

Im Grundsatz ist unbestritten, dass für die Sanierung "Bauprovisorien, Hebebühnen, Kräne, Wasser- und Elektrizitätsanschluss, Materialcontainer, WC-Anlagen und Baustellenbüros erforderlich" und "geeignete Absicherungen vorzusehen" sind (act. 1 Rz. 100; act. 10 Rz. 150).

Die Kostenschätzung der Klägerin beruht auf der Zahl von 20 Hauseingängen (act. 1 Rz. 100; act. 25 Rz. 289). Die Beklagte wendet ein, es brauche die Baustelleneinrichtungen nur punktuell für die konkret vorliegenden und gerügten Stellen (act. 10 Rz. 150, 154; act. 29 Rz. 771 dritter Bullet-Point, 780 dritter Bullet-Point). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenvorschuss sind für sämtliche Balkone erfüllt (Ziffer 2.6.5 oben). Der Gebäudeteil auf dem Baufeld C2 verfügt jedoch über keine zu sanierenden Balkone (act. 10 Rz. 49, 205; act. 25

Rz. 40, 182, 326; act. 29 Rz. 126, 127, 481). Bezüglich des dort erstellten sog. Demenzbalkons (act. 10 Rz. 205; act. 29 Rz. 65, 126, 127, 481, 878; act. 3/7/2; act. 3/7/33) macht die Klägerin jedenfalls keine Mängel geltend (act. 29 Rz. 481). Grundlage der gemeinsamen Kostenpositionen bildet die gleichzeitige Sanierung der Aussenwärmedämmung und der Balkone (act. 1 Rz. 99; act. 25 Rz. 286). Da einerseits die Voraussetzungen für die Sanierung der gesamten Aussenwärmedämmung nicht vorliegen (Ziffer 2.7.1.1 oben), andererseits die Sanierung der Balkone nicht sämtliche Baufelder betrifft, ist der klägerischen Darlegung der gemeinsamen Kostenpositionen die Grundlage entzogen. Die Baustelleneinrichtungen sind nicht an sämtlichen Hauseingängen erforderlich. Die Klägerin legt nicht dar, welche Anzahl Hauseingänge bei ausschliesslicher Sanierung der Balkone betroffen ist. Die Zahl lässt sich auf Grundlage des durch die Parteien dargelegten Sachverhalts nicht bestimmen.

Die Klägerin behauptet Kosten von CHF 1'000.00 pro Einheit (act. 1 Rz. 100) bzw. insgesamt CHF 20'000.00 (act. 25 Rz. 289). Die Beklagte bestreitet diese, allerdings in pauschaler Art und Weise (act. 10 Rz. 151; act. 29 Rz. 375 erster Bullet-Point, 775). Die Klägerin kann sich zudem auf das Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 stützen (act. 1 Rz. 100; act. 3/25). Da sich die Zahl der betroffenen Einheiten nicht bestimmen lässt, ist auf die Kosten indessen nicht weiter einzugehen.

Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten der Baustelleneinrichtungen ist abzuweisen.

2.7.3.2. Gerüste

Die Klägerin behauptet, die Instandstellung der Aussenwärmedämmung und die Herstellung eines korrekten Balkongefälles könne nur mit einer vollständigen Eingerüstung der Gebäude ausgeführt werden (act. 1 Rz. 102; act. 25 Rz. 290). Die Beklagte wendet ein, für die konkret vorliegenden und hinreichend gerügten Mängel könne keine vollständige Eingerüstung gefordert werden (act. 10 Rz. 153, 154; act. 29 Rz. 780 dritter Bullet-Point, 785). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenvorschuss sind für sämtliche Balkone erfüllt (Ziffer 2.6.5 oben).

Da jedoch der Gebäudeteil auf dem Baufeld C2 von der Sanierung der Balkone nicht betroffen ist, ist der klägerischen Darlegung der gemeinsamen Kostenpositionen die Grundlage entzogen (Ziffer 2.7.3.1 oben).

Die Fassadenfläche beträgt 18'160 m² (act. 10 Rz. 156; act. 3/25 Ziffer 1 S. 4). Die Klägerin berücksichtigt einen Ausmasszuschlag von 50 % und veranschlagt 27'165 m² (act. 1 Rz. 103; act. 25 Rz. 291). Die Eingerüstung müsse um die Balkone herum gestellt werden (act. 1 Rz. 103; act. 25 Rz. 291); auch die Hausecken führten zu einem grösseren Ausmass (act. 1 Rz. 103). Die Beklagte bestreitet das von der Klägerin geltend gemachte Ausmass, allerdings in pauschaler Art und Weise (act. 10 Rz. 156; act. 29 Rz. 786). Da die Klägerin nur das Ausmass für die Eingerüstung der gesamten Fassade darlegt, diese jedoch für den Gebäudeteil auf Baufeld C2 entfällt, ist auf die Einwendungen der Beklagten nicht weiter einzugehen. Das Ausmass der erforderlichen Eingerüstung ist nicht substantiiert dargelegt. Es lässt sich auf Grundlage des durch die Parteien dargelegten Sachverhalts nicht bestimmen.

Die Klägerin behauptet Kosten für die Eingerüstung von CHF 25.00, für die Miete für 4 Monate zu CHF 1.00 pro Monat pro Einheit und einen Honorarzuschlag von 10 % für Planung, Bauleitung und Nebenkosten (act. 1 Rz. 103; act. 10 Rz. 153-156; act. 3/25 S. 9 und Blatt 18). Der Rechnungsfehler beim Honorarzuschlag lässt sich berichtigen (act. 1 Rz. 103). Die Bestreitung der Beklagten erfolgt in pauschaler Art und Weise (act. 10 Rz. 155; act. 29 Rz. 375 zweiter Bullet-Point, 784 erster Bullet-Point). Die Klägerin kann sich zudem auf das Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 stützen (act. 1 Rz. 103; act. 3/25). Da sich das Ausmass nicht bestimmen lässt, ist auf die Kosten indessen nicht weiter einzugehen.

Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Gerüste ist abzuweisen.

2.7.3.3. Gärtnerarbeiten

Im Grundsatz ist unbestritten, dass für Nachbesserungsarbeiten Begleitkosten anfallen können (act. 1 Rz. 105; act. 10 Rz. 157).

Die Klägerin beziffert die tangierte Fläche mit 2'640 m² (act. 1 Rz. 106). Sie behauptet, auf den von den Bauinstallationen und Gerüsten tangierten Grünflächen sei zwingend eine Instandsetzung bzw. Wiederherstellung erforderlich; konkret seien "insbesondere Bodenbeschädigungen durch die Gerüste und Baumaschinen zu beheben, neues Gras zu sähen sowie gegebenenfalls beschädigte Anpflanzungen zu ersetzen" (act. 1 Rz. 105). Die Beklagte bestreitet entsprechende Begleitkosten in einem grösseren Umfang (act. 10 Rz. 158; act. 29 Rz. 375 dritter Bullet-Point, 792 erster Bullet-Point). Die Klägerin könne nur die Nachbesserung der konkret vorliegenden und gerügten mangelhaften Stellen fordern, und die Nachbesserung dürfe keine übermässigen Kosten i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR verursachen (act. 10 Rz. 157; act. 29 Rz. 788 zweiter Bullet-Point). Da der Gebäudeteil auf dem Baufeld C2 von der Sanierung der Balkone nicht betroffen ist, sind die Bauinstallationen und Gerüste nicht bei sämtlichen Gebäudeteilen erforderlich (Ziffer 2.7.3.1 oben; Ziffer 2.7.3.2 oben). Dadurch ist der klägerischen Darlegung der gemeinsamen Kostenpositionen die Grundlage entzogen. Die Klägerin legt nicht dar, welche Fläche bei ausschliesslicher Sanierung der Balkone betroffen ist. Diese lässt sich auf Grundlage des durch die Parteien dargelegten Sachverhalts nicht bestimmen.

Die Klägerin macht Kosten von CHF 90.00 pro Einheit und einen Honorarzuschlag von 10 % für Planung, Bauleitung und Nebenkosten geltend (act. 1 Rz. 106). Die Bestreitung der Beklagten erfolgt lediglich in pauschaler Art und Weise (act. 10 Rz. 159; act. 29 Rz. 375 dritter Bullet-Point, 792 erster Bullet-Point). Die Klägerin kann sich zudem auf das Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 stützen (act. 1 Rz. 106; act. 3/25). Da sich die betroffene Fläche nicht bestimmen lässt, ist indessen auf die Kosten nicht weiter einzugehen.

Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten der Gärtnerarbeiten ist abzuweisen.

2.7.3.4. Baureinigung

Die Klägerin behauptet Kosten für die Baureinigung von CHF 20'000.00 exkl. MWST (act. 1 Rz. 114). Die Beklagte bestreitet diese Kosten bezüglich Höhe und

Erforderlichkeit (act. 10 Rz. 162; act. 29 Rz. 375 vierter Bulltet-Point, 801). Die Bestreitung durch die Beklagte erfolgt in pauschaler Art und Weise. Entgegen der Annahme der Klägerin erstrecken sich die Baustelleneinrichtungen und die Gerüste nicht über die Gesamtheit der Fassade (Ziffer 2.7.3.1 oben und Ziffer 2.7.3.2 oben). Es ist jedoch offenkundig, dass die Mehrheit der Gebäude und Gebäudeteile der streitgegenständlichen Siedlung betroffen sind. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass die Kosten der Baureinigung merklich tiefer ausfallen werden. Demnach ist von Kosten von CHF 20'000.00 auszugehen.

2.7.3.5. Zwischenergebnis

Für die gemeinsamen Kostenpositionen ergibt sich folgender Anspruch auf Kostenbevorschussung:

Baustelleneinrichtungen	CHF	0.00
Gerüste	CHF	0.00
Gärtnerarbeiten	CHF	0.00
Baureinigung	CHF	20'000.00
<hr/>		
Zwischenergebnis exkl. MWST	CHF	20'000.00
MWST	CHF	1'540.00
<hr/>		
Zwischenergebnis inkl. MWST	CHF	21'540.00

2.7.4. Verhältnismässigkeit

Die Beklagte beruft sich auf die Unverhältnismässigkeit der Nachbesserungskosten (act. 29 Rz. 183, 233, 601, 614, 644, 715, 717, 758, 855), namentlich da sich der Mangel nicht bei sämtlichen Balkonen auswirke (act. 10 Rz. 12, 102, 132, 133, 140, 146, 153, 157, 162). Gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 und Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller die Nachbesserung nur verlangen, wenn "die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht" (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 1 zweiter

Teilsatz SIA-Norm 118). Zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit sind die Kosten für den Unternehmer gegen den Nutzen für den Besteller abzuwägen (BGE 111 II 173 E. 5 S. 173-174; BGer 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 4.1.3 [nicht in BGE 128 III 416 publ.]; 4A_78/2020 v. 06.08.2020 E. 4.7). Hingegen ist das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den gesamten Baukosten oder dem gesamten Werklohn nach herrschender Ansicht nicht massgebend (BGE 111 II 173 E. 5 S. 173-174; BGer 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 4.1.3 [nicht in BGE 128 III 416 publ.]; 4A_307/2010 v. 14.10.2010 E. 2 m.Nw.).

2.7.4.1. Für die Kosten der Beklagten ist von den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten auszugehen. Die voraussichtlichen Arbeitskosten belaufen sich auf CHF 1'311'545.83 inkl. MWST. Hinzu kommen die gemeinsamen Kostenpositionen für Vorbereitungs- und Instandstellungsarbeiten. Solche Begleitkosten bilden ebenfalls Bestandteil des Aufwands für die Mängelbeseitigung (BGE 111 II 173 E. 5 S. 173-174; GAUCH, a.a.O., N 1755). Diese sind im Rahmen des vorliegenden Vorschussprozesses mehrheitlich nicht ausgewiesen. Gestützt auf die klägerische Darstellung würden sie CHF 1'257'853.61 betragen. Der grosse Betrag entsteht insbesondere daraus, dass es sich um mehrere Mehrfamilienhäuser handelt und insgesamt 149 Balkone zu sanieren sind. Da sich der Mangel bei sämtlichen Balkonen auswirkt (Ziffer 2.3.2.3 oben), macht die Zahl der Balkone die Kosten nicht unverhältnismässig. Pro Balkon belaufen sich die Kosten, einschliesslich der im Rahmen des vorliegenden Vorschussprozesses nicht hinreichend ausgewiesenen Kosten, auf CHF 17'244.29, mithin rund CHF 17'250.00. Die Beklagte hält Kosten von mehr als CHF 2'000.00 pro Balkon für übermässig (act. 29 Rz. 235).

2.7.4.2. Hinsichtlich des Nutzens für die Klägerin wendet die Beklagte ein, der Klägerin würde durch die geltend gemachten Mängel kein finanzieller Nachteil entstehen (act. 29 Rz. 230, 382, 385 zweiter Bullet-Point, 405). Insbesondere habe die Klägerin nicht unter Mietzinseinbussen gelitten (act. 29 Rz. 230, 382, 711, 855). Da kein mietrechtlicher Mangel vorliege (Ziffer 2.3.2.3 oben), habe die Klägerin kein oder nur geringes Interesse an einer Nachbesserung (act. 29 Rz. 233,

234, 235, 404, 421, 516 zweiter Bullet-Point, 601, 614, 644, 712, 715, 716 zweiter Bullet-Point, 717, 758).

Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 setzt keinen Vermögensschaden in Form eines entgangenen Gewinns voraus. Die Nachbesserungskosten sind noch nicht übermässig, weil sie den Betrag des alternativ bestehenden Minderungsanspruchs i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118 und Art. 368 Abs. 2 übersteigen (GAUCH, a.a.O., N 1759; ZINDEL/PULVER, in: Basler Kommentar, N. 49 zu Art. 368 OR). Der Schaden des Bestellers besteht in den Kosten für die Mängelbeseitigung (BGE 116 II 305 E. 4a S. 313-314). Bei Verweigerung der Nachbesserung kann der Besteller den Gegenwert der Nachbesserungsleistung nach Art. 107 Abs. 2 OR als Schadenersatz verlangen (BGE 136 III 273 E. 2.4 S. 276 = Pra 99 [2010] Nr. 129). Die Vermögensposition gründet auf dem abgeschlossenen Werkvertrag an sich. Gestützt darauf hat die Klägerin Anspruch auf ein mängelfreies Werk, wofür sie einen Werkpreis entrichtet. Die Mangelhaftigkeit des Werks stellt deshalb einen vermögenswerten Nachteil dar.

Ein Schadensnachweis ist nur für den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens erforderlich (Art. 171 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118). Auf Seiten des Bestellers können auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden (BGE 111 II 173 E. 5 S. 173-174; BGer 4C.258/2001 v. 05.09.2002 E. 4.1.3 [nicht in BGE 128 III 416 publ.]; 4A_78/2020 v. 06.08.2020 E. 4.7; GAUCH, a.a.O., N 1757, 1760a). Dagegen wendet die Beklagte ein, bei der streitgegenständlichen Überbauung handle es sich um eine Kapitalanlage; die Klägerin habe keine anderen Interessen (act. 29 Rz. 229, 381). Auch wenn die Klägerin konkrete Mietminderungen nicht nachzuweisen vermag, ist nicht undenkbar, dass sie durch die unzureichende Balkonentwässerung und die damit zusammenhängenden Folgen grösseren Schwierigkeiten bei der Wiedervermietung begegnet, als wenn die Balkonentwässerung einwandfrei funktionieren würde. Lebensqualität und Wohnkomfort sind beim Nutzen ebenfalls zu berücksichtigen (GAUCH, a.a.O., N 1760). Daran ändert sich nichts, wenn die Klägerin die streitgegenständliche Überbauung nicht selber nutzt, sondern vermietet. Auch bei Nicht-Luxuswohnungen dürfen Mieterinnen und Mieter von einem funktional einwandfreien Balkon ausgehen,

selbst wenn sie aus den bestehenden Mängeln mietrechtlich keinen Anspruch auf Mietminderung hätten und die Klägerin den vorgesehenen Mietzins aufgrund der Marktverhältnisse dennoch durchsetzen könnte.

2.7.4.3. Die Kosten von rund CHF 17'250.00 pro Balkon erscheinen insgesamt noch nicht übermässig. Dabei fällt ins Gewicht, dass es sich um eine Wohnüberbauung mit einer langjährigen Nutzungsdauer handelt. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die unzureichende Balkonentwässerung auch zur Verstärkung der Folgen der mangelhaften Anschlüsse der Aussenwärmedämmung führt (Ziffer 2.3.2.3 oben).

2.7.5. Ergebnis

2.7.5.1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Kostenbevorschussung in folgendem Umfang:

Aussenwärmedämmung	CHF	0.00
Balkongefälle	CHF	1'311'545.83
Gemeinsame Kostenpositionen	CHF	21'540.00
<hr/>		
Anspruch auf Kostenbevorschussung	CHF	1'333'085.83

2.7.5.2. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Schuldnerverzugs ist die Kostenvorschussforderung verzinslich (BGE 146 III 206 E. 7.2 S. 207-208). Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt. Unter Mahnung ist "eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt", zu verstehen (BGE 143 II 37 E. 5.2.2 S. 43-44; BGE 129 III 535 E. 3.2.2 S. 541-542).

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 verlangte die Klägerin von der Beklagten, ihre Zahlungsbereitschaft bis Ende Januar 2017 zu erklären, anderenfalls sie weitere rechtliche Schritte in Aussicht stellte (act. 1 Rz. 116; act. 3/26). Damit brachte die Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass sie die Beklagte im Weigerungsfall in Verzug setzen will (sog. befristete Mahnung). Im Übrigen würde sich

bei Weigerung der Beklagten, eine solche Zahlungsverprechung abzugeben, in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR eine Mahnung als entbehrlich erweisen (BGE 143 II 37 E. 5.2.2 S. 44; BGE 97 II 58 E. 5 S. 64, E. 6 S. 65). Die Klägerin hat Anspruch auf Verzinsung des Kostenvorschusses ab 1. Februar 2017. Der gesetzliche Zins beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR).

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin für die Nachbesserung der Mängelbehebung an den Balkonen der Überbauung "B._____", C.____-strasse/D.____-strasse, in ... E._____, durch geeignete Dritte einen Kostenvorschuss von CHF 1'333'085.83 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Februar 2017 zu leisten.

2.7.5.3. Der Besteller ist "in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei" (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418). Der Vorschuss ist ausschliesslich für die Finanzierung der angeführten Nachbesserung zu verwenden, und der Besteller ist zur Abrechnung und zur Rückerstattung eines allfälligen Überschusses verpflichtet (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-260; BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418; GAUCH, a.a.O., N 1818; KOLLER, a.a.O., N 498). Die von der Klägerin beantragte Frist von 90 Tagen ist angemessen. Der Kostenvorschuss ist ausschliesslich für die Finanzierung der in Ziffer 2.7.5.2 oben angeführten Nachbesserung zu verwenden. Die Klägerin ist zu verpflichten, spätestens 90 Tage nach Abschluss der Arbeiten gegenüber der Beklagten über die Kosten der Nachbesserung abzurechnen und ihr einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten.

2.7.5.4. Der Besteller hat "den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt" (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418; GAUCH, a.a.O., N 1818a; KOLLER, a.a.O., N 498). Angesichts der Komplexität des Sanierungsvorhabens, im Aussenbereich zu berücksichtigender saisonaler Witterungsbedingungen und hoher Auslastung im Bauwesen erscheint ein Zeitraum von vier Jahren als angemessen. Die Klägerin ist zu verpflichten, die Nachbesserung innerhalb von vier Jahren, gerechnet ab dem Eingang der Vorschusszahlung, vorzunehmen. Bei Säumnis ist der Vorschuss der Beklagten, verzinst zu 5 %, vollumfänglich zurückzuerstatten. Bei Nichtsanierung

bestimmter Positionen ist der dafür eingesetzte Kostenanteil (verzinst) zurückzuerstatten.

2.7.5.5. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen, soweit sie nicht als erledigt abgeschrieben ist (Ziffer 1.2 oben).

2.8. Mangelfolgeschaden

Gemäss Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR hat der Besteller Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (BGE 126 III 388 E. 10a S. 391-392; BGE 122 III 420 E. 2c S. 423-424; BGE 116 II 454 E. 2a S. 455-456; GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 2 zu Art. 171 SIA-Norm 118). Unter den Mangelfolgeschaden fällt jener Schaden, welcher dem Bauherrn trotz Ausübung der Mängelrechte verbleibt (BGE 126 III 388 E. 10a S. 391-392; BGE 117 II 550 E. 4b/cc S. 553-554). Zum ersatzfähigen Mangelfolgeschaden gehören auch die Kosten aus der Hinzuziehung eines Privatgutachters zur Mangelfeststellung (BGE 126 III 388 E. 10b S. 392; GAUCH, a.a.O., N 1524), wenn und soweit "der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung der Gläubiger gerechtfertigt, notwendig und angemessen war" (BGer 4A_692/2015 v. 01.03.2017 E. 6.1.2 [nicht in BGE 143 III 206 publ.]). Die Kosten eines Privatgutachtens sind "von vornherein nicht ersatzberechtigt, wenn der Besteller selber über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der dem Experten unterbreiteten Fragen verfügte" (GAUCH, a.a.O., Vierter Teil FN 301 [S. 716] unter Berufung auf BGH, Beschl. v. 01.02.2017 – VII ZB 18/14, NJW 2017, 1397 [dort N 13, 14 in Bezug auf eine prozesskostenrechtliche Erstattung]).

2.8.1. Privatgutachten vom 22. November 2013

Für das Privatgutachten vom 22. November 2013 wurden der Klägerin CHF 3'835.75 inkl. MWST bzw. CHF 3'551.60 exkl. MWST in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. 124, 131; act. 10 Rz. 170; act. 3/27). Dieses diente der Abklärung der im Herbst 2013 entdeckten Probleme mit abfliessendem Wasser auf den Balkonen (act. 1 Rz. 33, 124). Die Beklagte bestreitet, dass die Bedingungen der Soli-

darbürgschaft in Bezug auf diese Kosten erfüllt seien (act. 10 Rz. 170; act. 29 Rz. 813, 815).

Die Ursache der mangelhaften Balkonentwässerung konnte der Gutachter nur durch eine Messung vor Ort und das Studium der Pläne eruieren (act. 1 Rz. 124, 126, 128). Messungen solcher Art zur Eruierung des Mangels bedürfen entsprechender Fachkunde. Der Mangel war ohne Beizug eines Gutachters nicht feststellbar. Der Beizug eines Privatgutachters war deshalb nicht nur geeignet, sondern auch notwendig und angemessen. Der Aufwand steht zudem in kausalem Zusammenhang mit der mangelhaften Balkonentwässerung.

Im Gegensatz zum Kostenvorschuss handelt es sich bei der Parteientschädigung um Ersatz für bereits angefallene Kosten. Die Mehrwertsteuer ist nur zu ersetzen, wenn sie effektiv angefallen ist (zur Berücksichtigung der Mehrwertsteuer beim Kostenvorschuss s. Ziffer 2.7.2.7 oben). Nur wenn die Klägerin diese nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, ist ihr ein Vermögensschaden entstanden. Da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist, ist die vom Privatgutachter in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer nicht zu ersetzen.

Die Klägerin hat Anspruch auf Ersatz der Kosten von CHF 3'551.60 für die Erstellung des Privatgutachtens vom 22. November 2013.

2.8.2. Bestandesaufnahme vom 15. April 2014

Für die Erstellung der Bestandesaufnahme der Aussenfassade vom 15. April 2014 wurden der Klägerin CHF 1'968.70 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. 132; act. 3/29). Gemäss Darstellung der Klägerin und dem von dieser eingereichten Auszug aus der Bestandesaufnahme vom 15. April 2014 diente diese der Vorbereitung der 2-jährigen Garantieabnahme und der Erstellung eines Konzepts für den künftigen Unterhalt (act. 1 Rz. 132; act. 25 Rz. 303; act. 26/61; die Bestandesaufnahme vom 15. April 2014 ist nicht zu verwechseln mit der Bestandesaufnahme vom 5. Oktober 2015 zur Vorbereitung der vorsorglichen Beweisführung, Ziffer 2.3.1.2.2 oben). Die Beklagte bestreitet einen Zusammenhang mit den

streitgegenständlichen Mängeln der Aussenwärmedämmung (act. 10 Rz. 171, 172; act. 29 Rz. 819, 820).

Die streitgegenständlichen Ausblühungen konnten erst im März 2015 festgestellt werden (Ziffer 2.4.1.2 oben). Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern ein relevanter Kausalzusammenhang bestehen soll. Aus dem von der Klägerin eingereichten Auszug aus der Bestandsaufnahme vom 15. April 2014 ist lediglich der Auftrag ersichtlich, eine allgemeine fachtechnische Beurteilung der Aussenwärmedämmung im Hinblick auf die Garantieabnahme und den künftigen Gebäudeunterhalt abzugeben (act. 26/61 Ziffer 1.3 S. 3). Die Mängel gemäss Mängelprotokoll vom 1. Juli 2014, namentlich die gerissenen Fugen, macht die Klägerin gegenüber der Beklagten jedoch nicht geltend (act. 25 Rz. 82; act. 29 Rz. 201, 821, 822; Ziffer 2.6.4.1.6 oben). Entscheidet sich der Besteller, für die Garantieabnahme eine Drittpartei zur fachlichen Beratung beizuziehen, fallen die entsprechenden Kosten auch bei einer einwandfreien Fassade an. Es liegt deshalb kein relevanter Mehraufwand vor.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Erstellung der Bestandsaufnahme vom 15. April 2014.

2.8.3. Weitere Auslagen

Die Ersatzfähigkeit der Auslagen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren und der Kostenschätzung zur Vorbereitung des Hauptverfahrens ist unter dem Titel der Parteientschädigung zu beurteilen (offen gelassen in BGer 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.2.5).

2.8.4. Vorprozessuale Anwaltskosten

Die vorprozessualen Anwaltskosten gehören grundsätzlich zum ersatzfähigen Mangelfolgeschaden (BGE 126 III 388 E. 10b S. 392). Vorprozessuale Anwaltskosten sind ersatzfähig, soweit sie nicht durch die Prozessentschädigung gedeckt und der Beizug eines Rechtsanwalts angezeigt war (BGE 126 III 388 E. 10b S. 392; BGE 117 II 101 E. 5 S. 106-107; BGE 97 II 259 E. III.5b S. 267-268). Die von der Klägerin geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten beziehen

sich auf das Verfahren HE150510-O betreffend vorläufige Beweisführung. Sie sind entsprechend als Parteientschädigung nach Tarif zu ersetzen.

2.8.5. Mietzinsausfall

Unter dem Titel "Weiterer Schadenersatz" macht die Klägerin geltend, sie werde im Rahmen der Ersatzvornahme mit Begehren der Mieter um Herabsetzung des Mietzinses im Umfang von CHF 651'835.60 konfrontiert sein (act. 1 Rz. 170-172). Sie ist der Ansicht, diese Kosten seien "als Begleitkosten zur Ersatzvornahme ebenfalls vorzuschliessen" (act. 1 Rz. 173). Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten künftigen Mietzinsreduktionen (act. 10 Rz. 187).

Der Kostenvorschuss ist ein vorweggenommener Aufwendungsersatz für die Kosten der Ersatzvornahme (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259; GAUCH, a.a.O., N 871, 1809, 1818; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 22). Es handelt sich um eine Modifikation des Erfüllungsanspruchs, nicht um einen Schadenersatzanspruch (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259; BGE 126 III 230 E. 7a/aa S. 233; BGer 4A_556/2011 v. 20.01.2012 E. 2.4; GAUCH, a.a.O., N 871, 1809; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., N 22). Nach durchgeführter Ersatznachbesserung hat der Besteller "über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten" (BGE 141 III 257 E. 3.1 S. 258; BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418).

Demgegenüber handelt es sich beim Anspruch auf Ersatz für Mangelfolgeschaden um einen Schadenersatzanspruch. Der Mangelfolgeschaden charakterisiert sich dadurch, dass er durch Wandelung, Minderung oder Nachbesserung nicht ersetzt werden kann (BGE 136 III 273 E. 2.5 S. 276-277; BGer 4A_90/2013 v. 10.06.2013 E. 4.2; 4C.106/2005 v. 07.10.2005 E. 3.1; 4C.126/2002 v. 19.08.2002 E. 3.1; BÜHLER, a.a.O., N. 172 zu Art. 368 OR; KOLLER, a.a.O., N 7), da er nicht im Mangel selbst begründet liegt (BGE 116 II 305 E. 4a S. 314-315; BGer 4C.126/2002 v. 19.08.2002 E. 3.1; GAUCH, a.a.O., N 1864; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 69 zu Art. 368 OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung "ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen

Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte" (BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157-158 m.Nw.). Der von der Klägerin geltend gemachte Schaden aus Mietzinsreduktionen entsteht, wenn die Mieter der streitgegenständlichen Überbauung ein Begehren um Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259a Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 259d OR stellen und sich die Mietzinsverbindlichkeiten von Art. 257 OR entsprechend reduzieren. Es handelt sich somit um einen Schaden aus künftigem entgangenem Gewinn, der bereits naturgemäss nicht unter den Mangelschaden fallen kann (vgl. auch BGer 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.2.1). Folglich geht es nicht um einen Kostenvorschuss, über welchen anschliessend noch abzurechnen wäre. Die Klägerin hat deshalb grundsätzlich den vollen Schadensnachweis zu erbringen (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen zu schätzen. Die Anwendung dieser Beweiserleichterung setzt voraus, dass "ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist" (BGE 144 III 155 E. 2.3 S. 159-160; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276-277). Die Schadensschätzung ist auch auf den künftigen Schaden anwendbar (BGE 114 II 253 E. 2a S. 256 m.Nw.). Da sich der künftige entgangene Gewinn naturgemäss nicht konkret nachweisen lässt, ist der Schaden nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (BGer 4A_651/2015 v. 19.04.2016 E. 3). Die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schränkt die Behauptungs- und Substantiierungslast des Geschädigten ein (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323). Sie erlaubt dem Geschädigten jedoch nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe zu stellen, sondern setzt voraus, dass dieser alle Umstände behauptet, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (BGE 144 III 155 E. 2.3 S. 159-160; BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 363-364 = Pra 95 [2006] Nr. 18; BGE 122 III 219 E. 3a S. 221). Der Schluss auf die behauptete Schadenshöhe muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381; BGE 122 III 219 E. 3a S. 222). Aufgrund des haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbots darf der Schadenersatz den durch das schädigende Ereignis

nis erlittenen Schaden nicht übersteigen (BGE 145 III 225 E. 4.1.1 S. 232; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323-324).

Die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs auf Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259a Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 259d OR verlangt vom Mieter die Darlegung, welche Mängel in welchen Zeiträumen bestehen und inwiefern diese die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen oder vermindern (BGer 4C.11/2006 v. 01.05.2006 E. 3.1 und 3.2, publ. in MRA 2007, 32). Die Mängel bestehen darin, dass infolge der Nachbesserungsarbeiten die Balkone für eine gewisse Zeit nicht oder nur teilweise benutzbar sind und daneben auch Baustellenimmissionen entstehen (act. 1 Rz. 171). Gestützt auf eine Kasuistik beziffert die Klägerin den Minderungsanspruch auf 20 % für die Baue-
tappe von vier Monaten, während die Balkone nicht oder nur teilweise benutzbar sind, und auf 15 % während der Nachbesserung der anderen Gebäudeteile von vier Monaten, während die Wohnungen Baustellenimmissionen ausgesetzt sind, und eine Multiplikation mit dem aktuellen Mieterspiegel (act. 1 Rz. 172, 173; act. 3/46). Zudem behält sie sich eine Nachklage vor (act. 1 Rz. 173).

Der Tatbestand von Art. 259d OR setzt ein Verlangen des Mieters voraus (BGE 142 III 557 E. 8.3 S. 561, E. 8.3.1 S. 562; BGE 130 III 504 E. 5.1 S. 509). Selbst wenn unter Zugrundelegung der Darstellung der Klägerin vom Bestehen eines entsprechenden Mangels im objektiven Sinne ausgegangen wird, ist damit noch nicht gesagt, dass sämtliche Mieter diesen subjektiv als Beeinträchtigung im Gebrauch der Sache empfinden und eine Herabsetzung verlangen (BGE 142 III 557 E. 8.3.4 S. 567). Die Klägerin bringt nicht vor, sie würde eine Mietzinsreduktion im entsprechenden Umfang aus eigener Initiative beabsichtigen. Zudem ist offen, in welchem Umfang die jeweiligen Mieter eine Herabsetzung beanspruchen würden. Der Schluss auf die behauptete Schadenshöhe drängt sich nicht mit der erforderlichen Überzeugungskraft auf, um Grundlage einer Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR zu bilden. Da die Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nicht vorliegen, ist der Anspruch abzuweisen (BGer 4A_41/2016 v. 20.06.2016 E. 3.6.2; 4A_45/2016 v. 20.06.2016 E. 2.4.2; BGer 4A_481/2012 v.

14.12.2012 E. 4; 4A_154/2009 v. 08.09.2009 E. 6; 4C.55/2006 v. 12.05.2006 E. 2.4).

2.8.6. Ergebnis

Für den Mangelfolgeschaden ergibt sich folgender Anspruch auf Schadenersatz:

Privatgutachten vom 22. November 2013	CHF	3'551.60
Bestandesaufnahme vom 15. April 2014	CHF	0.00
Weitere Auslagen	CHF	0.00
Vorprozessuale Anwaltskosten	CHF	0.00
Mietzinsausfall	CHF	0.00
<hr/>		
Zwischenergebnis inkl. MWST	CHF	3'551.60

Die Klägerin verlangt Zins ab Klageeinleitung (act. 1 Rz. 168). Die Zustellung einer Leistungsklage gilt als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR (BGE 116 II 225 E. 5a S. 236; BGer 5A_473/2014 v. 19.01.2015 E. 5.3.3). Die Klage wurde der Beklagten am 16. Juli 2018 zugestellt (act. 5/2). Der gesetzliche Zins beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR).

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'551.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 16. Juli 2018 zu bezahlen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Gebührenstreitwert

Die Forderung der Klägerin ist auf den Bürgschaftsbetrag begrenzt (act. 1 Rz. 196, 198). Die Bürgschaftssumme beträgt CHF 3'890'000.00 (act. 1 Rz. 3, 197). Die Rechtsbegehren 1 und 2 stehen in alternativer Konkurrenz. Die Streitwerte der Ansprüche sind deshalb nicht zusammenzuzählen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der Gebührenstreitwert beträgt CHF 3'890'000.00.

3.2. Gerichtskosten

3.2.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 59'650.00. Gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 60'000.00 festzusetzen.

Die Gerichtskosten sind nach dem Umfang des Unterliegens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt im Umfang von rund 66 % (zwei Drittel). Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu zwei Drittel der Klägerin und zu einem Drittel der Beklagten aufzuerlegen.

Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von CHF 60'000.00 geleistet. Die Gerichtskosten sind mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.2.2. Mit (Erledigungs-)Verfügung vom 15. August 2016 wurden im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung HE150510-O die Gerichtsgebühr von CHF 8'400.00 und die Gutachtenskosten von CHF 13'942.80 der Klägerin auferlegt, jedoch eine andere Verteilung als Ergebnis eines allfälligen Hauptsacheprozesses vorbehalten. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der vorsorglichen Beweisführung neu zu verteilen (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 ZPO; BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34). Die von der Klägerin bezogenen Kosten des Verfahrens HE150510-O (Gerichtsgebühr von CHF 8'400.00 und Gutachtenskosten von CHF 13'942.80) sind der Klägerin zu zwei Drittel und der Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

3.3. Parteientschädigung

3.3.1. Die obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Obsiegt keine Partei vollständig, ist eine Parteientschädigung nach Massgabe des Obsiegens zuzusprechen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

3.3.1.1. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO).

Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 60'300.00. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % auf CHF 85'000.00 zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Zur Verteilung der Anwaltsgebühr sind die Anteile des Obsiegens und Unterliegens gegeneinander zu verrechnen, wenn keine Partei vollständig obsiegt (VerwGer AG WBE.2011.325 vom 18. Juni 2012, AGVE 2012, 223, E. 4.2.2.1 S. 224-226; DAVID JENNY, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 106 ZPO). Der mehrheitlich obsiegenden Partei ist eine Anwaltsgebühr in dem Umfange zuzusprechen, in welchem ihre Obsiegensquote die Obsiegensquote der Gegenpartei übersteigt. Ausgangsgemäss hat die Beklagte Anspruch auf eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung für die Kosten der Parteivertretung.

Der von den Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <

zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>; BGer 4A_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5; KassGer ZH v. 19.07.2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531). Im Gegensatz zum Kostenvorschuss handelt es sich bei der Parteientschädigung um Ersatz für bereits angefallene Kosten. Die Mehrwertsteuer ist nur zu ersetzen, wenn sie effektiv angefallen ist (zur Berücksichtigung der Mehrwertsteuer beim Kostenvorschuss s. Ziffer 2.7.2.7 oben).

Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 28'300.00 für die Kosten der Parteivertretung im vorliegenden Verfahren zu bezahlen.

3.3.1.2. Die Parteientschädigung umfasst auch den Ersatz notwendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO). Positiv fallen darunter spezifische notwendige Auslagen für den betreffenden Prozess (BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 31 zu Art. 95 ZPO). Negativ geht es um effektiv anfallende Kosten, die weder gegenüber dem Gericht noch gegenüber der berufsmässigen Vertretung anfallen (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N. 31, 32 zu Art. 95 ZPO). Ersatzfähig sind nach Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO nur notwendige Auslagen (BGer 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.2.5). Die Kosten eines Privatgutachtens gelten als notwendig, wenn dieses zur gehörigen Substantiierung erforderlich ist (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 95 ZPO). Bei lediglich teilweisem Obsiegen sind die Kosten anteilmässig aufzuteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Im Gegensatz zur Parteientschädigung nach Gebührentarif besteht grundsätzlich keine verrechnungsfähige Gegenforderung der Gegenpartei.

Die Klägerin macht CHF 13'357.00 für das Privatgutachten vom 8. Dezember 2016 geltend (act. 1 Rz. 145, 146; act. 3/34; act. 3/37). Dabei verzichtet sie auf die Geltendmachung gewisser Positionen der Rechnung vom 15. Dezember 2016 (vgl. act. 1 Rz. 147, 151; act. 3/34; act. 3/35). Die Erstellung des Privatgutachtens erfolgte spezifisch im Hinblick auf das vorliegende Verfahren und ist deshalb im Rahmen der Parteientschädigung ersatzfähig (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N. 33

zu Art. 95 ZPO). Die Beweistauglichkeit der von der Beklagten vorgeschlagenen Einholung von Konkurrenzofferten erscheint fraglich (act. 10 Rz. 179). Dem Privatgutachten fehlt wohl die erforderliche Qualität als Beweismittel (BGer 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.2.5; Ziffer 2.3.2.6.6 oben). Das Privatgutachten dient jedoch in erster Linie der Substantiierung. In diesem Sinne war es zur Unterstützung bei der Geltendmachung der Forderung durchaus geeignet. Davon abgesehen würde auch die Einholung von Konkurrenzofferten eine entsprechende fachliche Unterstützung nicht entbehrlich machen.

Die Kosten des Privatgutachtens vom 8. Dezember 2016 erweisen sich somit als notwendige Auslagen i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO. Die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer ist der Klägerin jedoch nur zu ersetzen, soweit sie diese nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, da ihr nur insoweit ein Vermögensschaden entstanden ist (zur Berücksichtigung der Mehrwertsteuer beim Kostenvorschuss s. Ziffer 2.7.2.7 oben). Da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist, ist die von der Privatgutachterin in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer nicht zu ersetzen. Die ersatzfähigen Nettokosten betragen CHF 12'367.60 (CHF 9'120.00 + CHF 3'150.00 + CHF 97.60; act. 1 Rz. 147, 151; act. 3/34; act. 3/35; act. 3/37). Diese sind der Klägerin im Umfang ihres Obsiegens von einem Drittel zu ersetzen.

Die Beklagte macht keine Auslagen i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO geltend.

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'122.55 für Barauslagen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren zu bezahlen.

3.3.1.3. Die Klägerin macht vorprozessuale Anwaltskosten von CHF 14'650.35 geltend (act. 1 Rz. 157-167). Die meisten dieser Anwaltskosten beziehen sich auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung (act. 1 Rz. 157-163). Diese sind durch den Gebührentarif abgedeckt. Im Übrigen verlangt die Klägerin für Aufwand im Zusammenhang mit dem Konkurs der Totalunternehmerin und verjährungsunterbrechenden Massnahmen. Die Kosten für die Konkurseingabe betreffen ausschliesslich das Valutaverhältnis zwischen der Klägerin und der konkursiten To-

talunternehmerin und sind deshalb aus dem Leistungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten im vorliegenden Verfahren nicht ersatzfähig. Für den Aufwand im Zusammenhang mit der Einholung der Verjährungsverzichte ist kein Ersatz zuzusprechen, da die Klägerin nicht begründet, weshalb im April/Mai 2017 verjährungsunterbrechende Massnahmen erforderlich waren, nachdem das Gutachten vom 27. Juni 2016 bereits vorgelegen hatte.

3.3.2. Zudem sind die Entschädigungsfolgen des Verfahrens HE150510-O definitiv zu regeln.

3.3.2.1. Mit Verfügung vom 15. August 2016 wurde die Berücksichtigung der Parteiaufwendungen für das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung HE150510-O im Rahmen der Prozesskostenverlegung in einem allfälligen Hauptsacheprozess vorbehalten. Der Streitwert des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung beläuft sich auf CHF 160'000.00 (Verfügung vom 15. August 2016 E. 3; act. 36/53). Die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr beträgt CHF 14'500.00. In Anwendung von § 9 AnwGebV ist diese auf CHF 9'600.00 (rund zwei Drittel) zu reduzieren. Die Klägerin unterliegt mehrheitlich. Die Beklagte hat im Verfahren HE150510-O eine Parteientschädigung beantragt (act. 36/27; BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344-345). Die Beklagte hat Anspruch auf eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'200.00 für die Kosten der Parteivertretung im Verfahren HE150510-O zu bezahlen.

3.3.2.2. Zu ersetzen sind auch die notwendigen Auslagen aus dem Verfahren der vorsorglichen Beweisführung HE150510-O.

Für die Aufstellung von fünf Gerüsttürmen während der gerichtlichen Begutachtung zwischen dem 19. und dem 30. Mai 2016 stellte die damit betraute Gerüstunternehmung der Klägerin CHF 9'612.00 inkl. MWST in Rechnung (act. 1 Rz. 141; act. 10 Rz. 176, 177; act. 25 Rz. 307; act. 3/32). Der gerichtliche Gutachter hatte eine Eingerüstung an den Sondierungsstellen verlangt, um die Öffnungen an der Fassade vornehmen zu können (act. 1 Rz. 141; act. 10 Rz. 177; act. 25 Rz. 306; act. 29 Rz. 831; act. 30/7). Die Eingerüstung entspricht somit einem Wunsch des

gerichtlichen Gutachters. Deshalb waren die Kosten für die Feststellung der Mängel notwendig (entgegen der Auffassung der Beklagten; act. 29 Rz. 829).

Für die Erstellung und Verschlussung der Sondierungsöffnungen anlässlich der gerichtlichen Begutachtung am 27. Mai 2016 stellte die damit betraute Bauunternehmung der Klägerin CHF 2'660.90 inkl. MWST in Rechnung (act. 1 Rz. 142, 143; act. 10 Rz. 178; act. 3/33). Für die Notwendigkeit nicht entscheidend ist, ob die Auslagen zu einem günstigen Beweisergebnis führen. Es genügt, dass diese geeignet waren (vgl. BGer 4A_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.2.5). Das Ergebnis der kostenverursachenden Vorkehrungen widerspiegelt sich im Verfahrensausgang. Es handelt sich deshalb um eine Frage der Kostenverteilung. Die Kosten stehen sowohl im Zusammenhang mit der Untersuchung der Aussenwärmedämmung als auch im Zusammenhang mit der Untersuchung der Balkone (Ziffer 2.3.2.6.2 oben). Die Ansicht der Beklagten, an den fünf untersuchten Stellen wären die Haftungsvoraussetzungen gerade nicht erfüllt gewesen (act. 29 Rz. 836), entspricht nicht dem Verfahrensausgang. Die Kosten für die Erstellung und Verschlussung der Sondierungsöffnungen war für die Feststellung der Mängel notwendig.

Die Mehrwertsteuer ist der Klägerin nur zu ersetzen, soweit sie diese nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, da ihr nur insoweit ein Vermögensschaden entstanden ist (zur Berücksichtigung der Mehrwertsteuer beim Kostenvorschuss s. Ziffer 2.7.2.7 oben). Da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist, ist die für die Aufstellung der Gerüsttürme bzw. für die Erstellung und Verschlussung der Sondierungsöffnungen in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer nicht zu ersetzen. Die ersatzfähigen Nettokosten betragen CHF 11'363.80 (CHF 8'900.00 + CHF 2'463.80; act. 3/32; act. 3/33). Diese sind der Klägerin im Umfang ihres Obsiegens von einem Drittel zu ersetzen.

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'787.95 für Barauslagen im Zusammenhang mit dem Verfahren HE150510-O zu bezahlen.

4. Rechtsmittelstreitwert

Frist, Zulässigkeit und Form einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richten sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG).

Dies ist ein Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG.

Der Rechtsmittelstreitwert bestimmt sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), wobei "Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung" nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Der Rechtsmittelstreitwert beträgt CHF 3'880'000.00.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 10'000.00 zufolge Klagerückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Kostenregelung und Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 3'551.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 16. Juli 2018 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Nachbesserung der Mängelbehebung an den Balkonen der Überbauung "B._____", C._____-strasse/D._____-strasse, in ... E._____, durch geeignete Dritte einen Kostenvorschuss von CHF 1'333'085.83 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Februar 2017 zu leisten.
3. Der Kostenvorschuss ist ausschliesslich für die Finanzierung der in Ziffer 2 angeführten Nachbesserung zu verwenden. Die Klägerin wird verpflichtet,

spätestens 90 Tage nach Abschluss der Arbeiten gegenüber der Beklagten über die Kosten der Nachbesserung abzurechnen und ihr einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, die Nachbesserung innerhalb von vier Jahren, gerechnet ab dem Eingang der Vorschusszahlung, vorzunehmen. Bei Säumnis ist der Vorschuss der Beklagten, verzinst zu 5 %, vollumfänglich zurückzuerstatten. Bei Nichtsanierung bestimmter Positionen ist der dafür eingesetzte Kostenanteil (verzinst) zurückzuerstatten.
5. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen, soweit sie nicht als erledigt abgeschrieben ist.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 60'000.00.
7. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden zu zwei Drittel der Klägerin und zu einem Drittel der Beklagten auferlegt; sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Für den der Beklagten auferlegten Anteil wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
8. Die von der Klägerin bezogenen Kosten des Verfahrens HE150510-O (Gerichtsgebühr von CHF 8'400.00 und Gutachtenskosten von CHF 13'942.80) werden der Klägerin zu zwei Drittel und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
9. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 28'300.00 für die Kosten der Parteivertretung im vorliegenden Verfahren zu bezahlen.
10. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'122.55 für Barauslagen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren zu bezahlen.

11. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'200.00 für die Kosten der Parteivertretung im Verfahren HE150510-O zu bezahlen.
12. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'787.95 für Barauslagen im Zusammenhang mit dem Verfahren HE150510-O zu bezahlen.
13. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
14. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'880'000.00.

Zürich, 20. Dezember 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Jan Busslinger