

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 27. August 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. November 2011; Proz. CG080021

Ursprüngliches Rechtsbegehren:

(act. 1, 4, 9 und 11, sinngemäss)

1. *Rückerstattung bevorschusster Baurechnungen:*
Die Beklagte sei zu verpflichten,
der Klägerin den Betrag von Fr. 1'056'291.35 zuzüglich
Zins von 5% bis 19. Dezember 2007 im Betrag von
Fr. 264'618.70,
Zins von 8,5% ab 20. Dezember 2007 bis 20. Januar 2008 im
Betrag von Fr. 9'356.45 sowie
Zins von 8,5% ab 21. Januar 2008 bis 31. Januar 2008 im Betrag
von Fr. 3'140.90,
d.h. den Gesamtbetrag per Stichtag 31. Januar 2008 von
Fr. 1'330'266.50, zuzüglich Zins zu 8,5% ab 31. Januar 2008, zu
bezahlen.
2. *Resthonorar für Projektentwicklung:*
Die Beklagte sei zu verpflichten,
der Klägerin den Betrag von Fr. 166'403.65 zuzüglich
Zins von 5% ab Baubewilligung bis 25. Februar 2008 von
Fr. 61'860.10,
also einen Gesamtbetrag von Fr. 228'266.75 per Stichtag 25.
Februar 2008, zuzüglich Zins von 8,5% ab 25. Februar 2008, zu
bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklag-
ten.

Abgeändertes Rechtsbegehren:

(act. 18)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die in der Zeit von
April 2002 bis Ende Juni 2004 bevorschussten, in act. 7/6 näher
bezeichneten Rechnungsbeträge, zurückzuzahlen, insgesamt
Fr. 1'056'291.35, zuzüglich Zins zu 5% ab Valutadatum der jewei-
ligen Zahlung bis 20. Dezember 2007, total Fr. 264'618.70, insge-
samt Fr. 1'320'910.05, nebst Verzugszins von 5% seit 20. De-
zember 2007.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Projektent-
wicklung inklusive Modellbau in der Zeit von August 1997 bis Mai
1999 die restliche Honorarsumme von Fr. 216'642.05 (inkl. Mehr-
wertsteuer) zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% ab Februar 2000
bis Februar 2008, total Fr. 80'536.10, insgesamt Fr. 297'178.15,
nebst Verzugszins von 5% seit 25. Februar 2008.
3. Für den Fall, dass die Beklagte nicht verpflichtet wird, einen Zins
von 5% auf die bevorschussten Rechnungen ab Valutadatum

(Rechtsbegehren 1) sowie gestundete Resthonorarsumme (Rechtsbegehren 2) zu bezahlen, sei sie zu verpflichten, der Klägerin das Honorar für die Projektentwicklung ohne den gewährten Rabatt zu bezahlen, insgesamt Fr. 269'106.25.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. November 2011:

(act. 116)

- "1. Die Klage wird abgewiesen, soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abzuschreiben ist.
 2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 45'000.– festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und, soweit ausreichend, aus den geleisteten Prozesskautionen (CHF 75'000.– und CHF 37'400.–) bezogen.
 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 57'000.– (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6 % auf CHF 45'600.– bzw. von 8 % auf CHF 11'400.–) zu bezahlen.
 5. Die Gerichtskasse wird angewiesen, die Prozessentschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 aus den von der Klägerin geleisteten Prozesskautionen (CHF 75'000.– und CHF 37'400.–) an die Beklagte auszurichten.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel."

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 114 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 22. November 2011 (Geschäfts-Nr.: CG080021) sei aufzuheben.
2. Die Klage sei im Sinne des klägerischen Rechtsbegehrens vor erster Instanz gutzuheissen.
3. Eventualiter sei die Sache zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens über die klägerische Forderung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 122 S. 2):

- "1. Die Berufung sei bezüglich aller Berufungsanträge Ziff. 1-4 abzuweisen, soweit auf das Rechtsmittel einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren wie auch das vorliegende Berufungsverfahren."

Erwägungen:

I.

1. Mit Einreichung zweier Weisungen vom 11. Februar 2008 und 11. März 2008 und Klagebegründung vom 13. Mai 2008 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) vor der Vorinstanz den vorliegenden Forderungsprozess hängig (act. 1, 4, 9). Am 22. Mai 2008 forderte die Vorinstanz die Klägerin zur Einreichung einer den Anforderungen von § 113 ZPO/ZH genügenden Klagebegründung auf (act. 11), worauf die Klägerin innert erstreckter Frist am 29. August 2008 das eingangs angeführte abgeänderte Rechtsbegehren stellte und begründete (act. 18). Die nach der Erstattung der Klageantwort durchgeführte Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung vor der Vorinstanz vom 2. März 2010 führte zu keiner Einigung (Vi-Prot. S. 12, act. 62). In der Folge führte die Vorinstanz das Hauptverfahren zu Ende und erliess am 22. November 2011 das angefochtene Urteil (act. 116). Zu den weiteren Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (act. 116 S. 3 ff.).

2. Mit Eingabe vom 9. Januar 2012 erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 22. November 2011 und stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 114). Der der Klägerin daraufhin auferlegte Vorschuss von Fr. 33'500.00 für die Kosten des Berufungsverfahrens (act. 117) wurde fristgemäss geleistet (act. 119).

3. Am 1. März 2012 erstattete die Beklagte die Berufungsantwort und stellte die ebenfalls eingangs genannten Berufungsanträge (act. 122).

4. Die Berufungsantwort wurde der Klägerin am 5. März 2012 zugestellt (act. 124). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-112). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Prozessuales:

1.1 Der angefochtene Entscheid datiert vom 22. November 2011. Er wurde somit nach Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO vom 19. Dezember 2008 eröffnet. Daher richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für den Prüfungsrahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens ist gleichwohl massgeblich, ob die Vorinstanz das auf ihr Verfahren anwendbare Recht richtig angewendet hat.

1.2 Gegen erstinstanzliche Entscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung ab einem Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a, Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hält im Berufungsverfahren an ihrem vor erster Instanz zuletzt gestellten Rechtsbegehren fest. Der Streitwert des Berufungsverfahrens entspricht somit Fr. 1'272'933.40. Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung der Klägerin ist daher einzutreten.

2. Sachverhalt und Parteivorbringen vor erster Instanz:

2.1 Die Klägerin wurde im Jahr 1997 zu einem nicht im Einzelnen bekannten Zeitpunkt von der Beklagten und ihrem Ehemann, C._____, mit dem Um- bzw. Ausbau ihres Hauses an der ...-Strasse .. in D._____ betraut. C._____ war in jenem Zeitraum und bis Juni 2003 Verwaltungsratspräsident der Klägerin, und nach den soweit unbestrittenen Schilderungen der Klägerin herrschte zwischen dem Ehepaar B._____ & C._____ und den übrigen Verwaltungsräten der Klägerin ein

freundschaftliches Verhältnis (act. 18 S. 4). C._____ war neben seinem Verwaltungsratsmandat auch verschiedentlich als Rechtsanwalt für die Klägerin tätig (act. 45 S. 13). Entsprechend dem bestehenden Vertrauensverhältnis wurde kein schriftlicher Vertrag über das Bauprojekt ausgearbeitet (trotz zwischenzeitlicher Diskussion über die schriftliche Ausfertigung eines Vertragsdokuments blieb es offenbar bei der mündlichen Vereinbarung, vgl. act. 18 S. 15).

Von August 1997 bis Mai 1999 wurden Projektierungsarbeiten durchgeführt. Für das konkrete Bauprojekt erteilte die Gemeinde D._____ am 31. Januar 2000 die Baufreigabe. Unmittelbar danach begannen die Bauarbeiten, und am 3. Juli 2003 erfolgte die Bezugsbewilligung. Aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Trennung der Beklagten von C._____ fand ein gemeinsamer Bezug der Liegenschaft nicht mehr statt (vgl. act. 18 S. 4 bis 7).

2.2 Die Verwirklichung des Bauprojekts gestaltete sich unbestritten teurer als geplant (vgl. nachfolgend II./4.5.3.3-6). Unbestritten ist auch, dass die Klägerin ab dem Zeitraum März 2002 begann, Handwerker- und Unternehmerrechnungen für das Bauprojekt selber zu bezahlen, woraus sie einen Teil der geltend gemachten Ansprüche ableitet. Strittig ist dagegen die Frage, aus welchem Grund diese Zahlungen erfolgten und ob die Beklagte zur Rückzahlung verpflichtet ist.

2.2.1 Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, das Ehepaar B._____ & C._____ sei ab März 2002 nicht mehr in der Lage gewesen, die Unternehmerrechnungen aus eigenen flüssigen Mitteln zu bezahlen. Daher habe die Klägerin diese Rechnungen im Sinne eines Darlehens für die Bauherrschaft bezahlt und habe dafür insgesamt einen Betrag von Fr. 1'056'291.35 aufgebracht (act. 18 S. 6, 12). Wie der Vertrag über den Um- und Ausbau des Wohnhauses, wurde auch dieser behauptete Darlehensvertrag nicht schriftlich ausgefertigt.

Zusammen mit dem Darlehenszins von 5%, der in Darlehensverträgen der Klägerin mit Mitarbeitern jeweils eine Selbstverständlichkeit gewesen sei und der daher auch gegenüber dem Verwaltungsratspräsidenten C._____ gelte (weil klar gewesen sei, dass C._____ gegenüber anderen Mitarbeitern keine Vorzugsbe-

handlung erhalten sollte), resultiert der von der Klägerin im Rechtsbegehren Ziff. 1 geltend gemachte Forderungsbetrag (vgl. act. 18 S. 14).

2.2.2 Nach der Darstellung der Beklagten handelte es sich dagegen bei der Bezahlung von Unternehmerrechnungen durch die Klägerin um eine im gegenseitigen Einvernehmen der Beteiligten vorgenommene Schadensregulierung mit Blick auf die geschilderte Kostenüberschreitung. Diesen einvernehmlich von der Klägerin übernommenen Schaden könne die Klägerin nun nicht auf die Beklagte abwälzen. Vielmehr sei die damals getroffene Vereinbarung nach wie vor bindend. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage sei daher abzuweisen (act. 45 S. 10 ff.).

2.3 Zusätzlich zur geschilderten Rückforderung eines behaupteten Darlehens macht die Klägerin einen Anspruch auf ausstehende Honorare für die Projektentwicklung im Zeitraum August 1997 bis Mai 1999 geltend.

2.3.1 Dabei wurde nach der Klägerin eine Vielzahl von Varianten entwickelt, zu welchen sodann Grundriss- und Schnittpläne sowie Modelle erstellt wurden. Die geltend gemachten Aufwendungen (vgl. dazu unten II./5.1) mit den herangezogenen Stundenansätzen führten, so die Klägerin, zu einem Honorar in der Höhe von Fr. 314'800.00. Hinzu kämen offene Nebenkosten der Modellbauarbeiten in der Höhe von Fr. 10'306.25, und nach Abzug eines Honorarrabatts für Mitarbeiter von 15% ergebe sich ein Gesamthonorar von Fr. 276'340.20. Weiter seien zwei Akonto-Zahlungen der Bauherrschaft von Fr. 25'000.00 und Fr. 50'000.00 im Mai bzw. Dezember 1998 zu berücksichtigen. So verbleibe ein Resthonorar von Fr. 201'340.20. Hinzu komme die Mehrwertsteuer. Dies führt zum geltend gemachten Ausstand von Fr. 216'642.05 zuzüglich Verzugszinsen (act. 18 S. 4, 17 ff.).

2.3.2 Die Beklagte kritisiert betreffend die Honoraransprüche zum einen die erfolgte "Präzisierung" des geltend gemachten Betrags gegenüber der ursprünglichen Klage (vgl. act. 9 S. 1 unten; vgl. vorne I./1.). Es sei mangels Substantiierung nicht möglich, die Zulässigkeit der Klageänderung nach Art. 61 Abs. 1 ZPO zu beurteilen.

Zum anderen hält die Beklagte dem Anspruch auf die Begleichung von Honorarausständen entgegen, die Bauherrschaft habe entgegen der Klägerin an Honorar nicht nur Akontozahlungen von Fr. 75'000.00 sowie Fr. 10'125.80 (Nebenkosten Architektur) bezahlt, sondern insgesamt Fr. 165'250.80 inkl. MwSt (act. 8/5.1-6). Mehr stehe der Klägerin unter keinem Titel zu, da der Verzicht auf weitere Honoraransprüche Teil der erwähnten, vereinbarten Schadensregulierung im Zusammenhang mit den Kostenüberschreitungen gewesen sei. Überdies bestreite sie, dass die Klägerin den gesamten behaupteten Aufwand tatsächlich geleistet habe und dass dieser dem Auftrag entsprochen habe und angemessen gewesen sei (act. 45 S. 36 ff.).

3. Zum Urteil vom 22. November 2011 (act. 116):

Die Vorinstanz wies wie eingangs erwähnt die Klage ab, soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abzuschreiben war. Die darin enthaltene teilweise Abschreibung des Verfahrens infolge Klagerückzugs (Reduktion des Zinsbegehrens, vgl. act. 116 S. 7) blieb unangefochten und erwuchs daher in Rechtskraft. Davon ist Vormerk zu nehmen.

Auf die einzelnen Gründe für die erstinstanzliche Klageabweisung wird nachfolgend eingegangen.

4. Zum Anspruch auf Erstattung bezahlter Rechnungen:

4.1 Die Vorinstanz verneinte bezüglich der geltend gemachten Rückerstattung von Beträgen, welche die Klägerin für die Bezahlung von Handwerker- und Unternehmerrechnungen aufwendete, zunächst das Vorliegen einer für die Beklagte bindenden Schuldanerkennung, welche C. _____ mit der Unterzeichnung der Bilanz der Klägerin vom 31. Dezember 2002, des Verwaltungsratsprotokolls vom 20. Juni 2003 und des Vereinbarungsentwurfs vom 5. November 2004 abgegeben habe (vgl. act. 116 S. 12 f. sowie act. 19/10, 19/13, 19/14). Die Klägerin beanstandet dies nicht.

4.2 Daran anschliessend prüfte die Vorinstanz einen vertraglichen Erstattungsanspruch der Klägerin (act. 116 S. 13 ff.).

4.2.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte ihre Passivlegitimation mit Blick auf die Bauausführung und damit auch mit Blick auf allfällige Abreden im Zusammenhang mit der Begleichung von Handwerker- und Unternehmerrechnungen, oder anders ausgedrückt, ihre Rolle als Bauherrschaft zusammen mit ihrem Ehemann C._____ in der Zeit der Bauausführung, nicht bestritten hat (vgl. etwa act. 45 S. 39: bestritten wird die Passivlegitimation lediglich mit Blick auf die Projekterarbeitung vor Baubeginn; darauf wird unten unter II./5.3 noch zurückzukommen sein).

Ein weiterer Punkt, auf den einleitend hinzuweisen ist, sind die Verflechtungen zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Beklagten, C._____ (vgl. eingangs II./2.1). Die Klägerin verweist auf diese Doppelrolle und auf die Schwierigkeiten, die sich als Folge davon für sie mit Blick auf die Führung des Verfahrens ergeben würden (vgl. act. 114 S. 5 Ziff. 13, 16).

Der Klägerin ist indes entgegen zu halten, dass sie das Vertragsverhältnis mit C._____ und der Beklagten als Bauherrschaft in voller Kenntnis der erwähnten Doppelrolle von C._____ einging. Wenn darin aufgrund der in einer solchen Situation allenfalls häufigeren informellen Absprachen und Handhabungen ein Risiko lag (mit Blick auf allfällige gerichtliche Auseinandersetzungen), so ist die Klägerin dieses Risiko bewusst eingegangen. Sie hat es daher mit zu vertreten und kann es nicht auf die Beklagte überwälzen. Damit wird, nebenbei bemerkt, nicht etwa gesagt, die Beklagte hätte dieses Risiko nicht ebenfalls mit zu vertreten. Ihr gegenüber würde gegebenenfalls dasselbe gelten. Die geschilderten Umstände ändern in beide Richtungen nichts an der Behauptungs- und Beweislast.

4.2.2 Den vorinstanzlichen Erwägungen zu Art. 175 ff. OR (act. 116 S. 11) ist zuzustimmen: Die Bestimmungen zur Schuldübernahme nach Art. 175 ff. OR (Befreiungsversprechen) regeln lediglich die Tilgung der übernommenen Schuld und äussern sich nicht zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der ursprüngliche Schuldner verpflichtet ist, den Übernehmer schadlos zu halten.

Den von der Klägerin geltend gemachten, "darlehensähnlichen" Rückforderungsanspruch (act. 18 S. 13 f.) prüfte die Vorinstanz sodann unter dem Blickwin-

kel des Darlehens nach Art. 312 ff. OR (act. 116 S. 13). Auch dem ist zuzustimmen: Ein Darlehen kann mittelbar gewährt werden, wenn die Valutierung durch Zahlung an einen Dritten erfolgt, insbesondere an einen Gläubiger des Borgers (BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, 5. Auflage 2011, Art. 312 N 7). Das Befreiungsversprechen ist dann Teil eines Darlehensvertrages.

4.2.3 Die Vorinstanz hat daraufhin auch die Anforderungen an die Substantiierung eines zivilrechtlichen Anspruches richtig wiedergegeben, sowohl allgemein als auch auf den darlehensvertraglichen Rückforderungsanspruch bezogen (act. 116 S. 14 f.). Übergangsrechtlich ergeben sich keine Probleme, da nach § 113 ZPO/ZH die Anforderungen an die Substantiierung im Wesentlichen dieselben waren wie heute nach Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO (vgl. dazu Leuenberger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 N 43 ff.). Im Einzelnen sind nach wie vor die Tatbestandsmerkmale der konkret in Frage stehenden Norm, mithin das materielle Bundeszivilrecht massgeblich.

Mit Blick auf den Darlehensvertrag sind die für den Vertragsschluss objektiv wesentlichen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, d.h. nach Art. 312 OR die Bestimmung des Darlehensgegenstandes (beim Gelddarlehen eine bestimmte Summe Geld) sowie die Rückzahlungsverpflichtung des Borgers (vgl. ZK-Higi, Art. 312 N 7, 21 f., 46). Dass die Einigung auf die Hingabe und Rückzahlung einer *bestimmten* Summe Geld vorausgesetzt ist, ergibt sich bereits aus dem Text von Art. 312 OR: eine Rückgabepflicht betreffend Geld "in gleicher Menge" bedingt die Bestimmung dieser Menge von Geld. Nur dann weiss der Borger, was er dem Darleiher zurückzuzahlen hat. Beweisbelastet ist die Klägerin (act. 116 S. 14).

4.2.4 Auf der Basis der geschilderten Anforderungen kam die Vorinstanz sodann zum Schluss, die Klägerin habe das Bestehen eines Darlehensvertrages, gestützt auf welchen die Beklagte zur Rückzahlung der Rechnungsbeträge verpflichtet wäre, nicht genügend substantiiert behauptet. Die Klägerin habe mit Blick auf den ersten Kontakt zwischen ihr und C._____, anlässlich dessen über eine Bevorschussung der Rechnungen gesprochen worden sei (im März 2002, act. 18 S. 5 unten), keine Einigung über einen bestimmten oder bestimmbaren Darlehensbetrag behauptet. Vielmehr sei die Höhe des Betrages in jenem Zeitpunkt

nach der Klägerin offen gewesen. Zudem habe die Klägerin auch ihre weitere Behauptung "mehrerer" Darlehen nicht dahingehend substantiiert, zu welchem Zeitpunkt die einzelnen Verträge betreffend bestimmte Beträge jeweils geschlossen worden seien, allenfalls sogar je für jede Bezahlung einer einzelnen Rechnung.

Daher könne nicht geprüft werden, ob ein Darlehensvertrag bestehe. Auch im Falle eines Nachweises der vorgebrachten Behauptungen könnte nicht auf den Abschluss eines oder mehrerer Darlehensverträge geschlossen werden. Ein Beweisverfahren erweise sich daher nicht als zielführend (act. 116 S. 16 ff.).

4.2.5 Vorab ist den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die richterliche Fragepflicht beizupflichten (act. 116 S. 17 f.). Die Klägerin macht denn auch vor zweiter Instanz keine Verletzung der Fragepflicht geltend, sondern sie stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Substantiierungspflicht in rechtswidriger Weise auf falsche und irrelevante Umstände bezogen und viel zu hoch angesetzt (act. 114 S. 3). Darauf ist nachfolgend einzugehen.

4.3 Zur Substantiierung des darlehensvertraglichen Rückforderungsanspruchs:

4.3.1 Die Klägerin hält der Ansicht der Vorinstanz entgegen, sie, die Klägerin, habe nachgewiesen, dass sie die geltend gemachten Handwerker- und Unternehmerrechnungen bezahlt habe. Zudem sei, nachdem C._____ wegen behaupteter Illiquidität um Bevorschussung dieser Rechnungen gebeten habe, auch klar, dass eine Rückzahlungspflicht bestehe. Sowohl die Hingabe des Kapitals als auch die Rückzahlungspflicht seien damit substantiiert behauptet worden (act. 114 S. 4 f., S. 7 ff.).

4.3.2 Richtig ist, dass ein Darlehensvertrag formfrei zustande kommen kann und zudem im Sinne eines "Handgeschäfts" gleichzeitig mit der (bei Vertragsschluss sofort erfolgenden) Erfüllung (Valutierung des Darlehens durch Hingabe einer Geldsumme, vgl. act. 114 S. 8 unten). Sodann weist die Klägerin auch zutreffend auf die Praxis hin, wonach zum Nachweis eines Darlehensvertrages bei erfolgter Aushändigung eines Geldbetrages auf das Indiz abgestellt wird, dass

sich die Hingabe des Geldes nach der Überzeugung des Richters nicht anders erklären lässt, als durch das Vorliegen eines Darlehensvertrages (act. 114 S. 9 ff.), oder anders ausgedrückt, dass nicht von einer Schenkung auszugehen ist und kein anderer Rechtsgrund für die Hingabe des Geldes zu erkennen ist (vgl. Kantonsgericht GR, Entscheid vom 18. August 2008, ZF 08 39 [bestätigt in BGer 4A_601/2008], E. 2b, 2d; vgl. auch BGE 83 II 209).

Das Gesagte stellt indes lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines natürlichen Konsenses der Vertragsparteien im Sinne eines Darlehensvertrages dar. Das Indiz genügt für sich alleine nicht, um einen Darlehensvertrag nachzuweisen. Ein solcher Vertrag bedingt wie dargelegt einen Konsens der Vertragsparteien über die Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Summe Geldes (oder, hier nicht interessierend, anderer vertretbarer Sachen) vom Darleiher an den Borger, und über eine Rückerstattungspflicht des Letzteren an den Ersteren (Art. 312 OR sowie vorne II./4.2.3). Auch wenn das geschilderte Indiz vorliegt, bleibt daher zu prüfen, ob aufgrund der konkreten Umstände ein solcher Konsens gegeben ist bzw. sein kann.

4.3.3 Vor diesem Hintergrund besteht zwischen den Sachverhalten, welche Gegenstand der von der Klägerin genannten Präjudizien bilden (insb. die beiden vorstehend unter II./4.3.2 erwähnten Entscheide sowie auch derjenige des Kantonsgerichts GR vom 2. Juli 2007, ZF07 50), und dem vorliegenden Fall ein entscheidender Unterschied:

Jene Entscheide betrafen Zweipersonenverhältnisse, in welchen die eine Person bestimmte Beträge an die andere Person leistete, worauf sich die Frage stellte, ob die empfangene Person zur Rückerstattung verpflichtet war. Empfängt eine Person einen Geldbetrag, und lässt sich gleichzeitig die Hingabe dieses Geldbetrages nicht anders als durch einen Darlehensvertrag erklären, so wird darauf geschlossen, dass ein solcher Vertrag konkludent zustande kam. Dann muss, so die Klägerin richtig, am Anfang nicht zwingend feststehen, welche Summe letztendlich genau überwiesen wird (act. 114 S. 9). Die Kenntnis von der konkreten Darlehenssumme geht bei beiden Vertragsparteien ohne weiteres mit der Hingabe bzw. mit dem Empfang des Geldes einher, und dies genügt. Der

Konsens über die Rückzahlungspflicht betreffend diese Summe umfasst in dieser Konstellation auch den Konsens über die hinzugebende bzw. hingegebene bestimmte Darlehenssumme.

4.3.4 Dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt liegt dagegen ein (vereinfacht dargestellt) Dreipersonenverhältnis zu Grunde: Die Klägerin macht geltend, sie habe mit dem Willen der Beklagten und zu deren Gunsten (d.h. auf deren Rechnung) verschiedene Beträge an (verschiedene) Dritte bezahlt.

Ein Darlehen kann zwar wie gesehen durch mittelbare Übertragung der Darlehenssumme (Zahlung an einen Dritten) gewährt werden (vgl. bereits vorne II./4.2.2). Das erwähnte Indiz für das Vorliegen eines Darlehensvertrages ist in dieser Situation jedoch zu relativieren:

Auch wenn die Umstände den Schluss nahelegen sollten, dass für die Hingabe des Geldes durch die Klägerin vernünftigerweise kein anderer Rechtsgrund als ein Darlehensvertrag zwischen den Parteien in Frage kommt (weil weder eine Schenkung anzunehmen ist noch ein anderer Rechtsgrund ersichtlich ist), führt dies in dieser Konstellation nicht ohne weiteres zur Annahme eines Darlehensvertrages: Ohne Kenntnis der Beklagten von einer konkreten oder zumindest bestimmbareren Darlehenssumme (die wie gesehen zu den essentialia des Darlehens gehört) ist ein diesbezüglicher Konsens nicht möglich. Neben den anderen (unter der geschilderten Hypothese nicht gegebenen) Rechtsgründen für die Hingabe der Gelder scheidet ohne einen solchen Konsens auch ein Darlehensvertrag aus. Die Klägerin wäre folgerichtig auf Art. 62 ff. OR verwiesen; eine Rückzahlungspflicht (betreffend welche allerdings andere Verjährungsregeln gelten) kann sich unter Umständen auch aus diesen Bestimmungen ergeben (vgl. aber unten II./4.4-5).

4.3.5 Weitere Umstände (neben der tatsächlichen Bezahlung und der ihrer Ansicht nach gegebenen Rückzahlungspflicht), welche für einen solchen Konsens sprechen würden, hat die Klägerin nicht genannt. Daher ist nicht ersichtlich, wann nach Ansicht der Klägerin ein Konsens der Parteien über einen bestimmten oder bestimmbareren Darlehensbetrag zustande gekommen sein sollte (obwohl die Vo-

rinstanz auf dieses Substantiierungserfordernis hinwies, act. 116 S. 16 f.). So wurde etwa auch nicht behauptet, die Beklagte hätte zu konkreten Zeitpunkten von bestimmten, von der Klägerin bezahlten Rechnungsbeträgen Kenntnis erlangt und wäre dabei, in Kenntnis von diesen Beträgen, mit einer Rückzahlungspflicht einverstanden gewesen. Die Beklagte ist gegenteils auch vor zweiter Instanz ausdrücklich der Ansicht, ein Konsens über einen bestimmten Darlehensbetrag sei nicht erforderlich (act. 114 S. 7 f. Ziff. 21). Dem kann nach dem Gesagten nicht gefolgt werden.

Mithin fehlt es teilweise (mit Blick auf die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Darlehenssumme beim Zustandekommen des Vertrags) an der substantiierten Behauptung von Tatsachen, aus welchen auf einen Konsens der Parteien betreffend Abschluss eines Darlehensvertrages geschlossen werden könnte.

4.3.6 Die Klägerin irrt sodann, wenn sie der Ansicht ist, die Verneinung der Substantiierung des Darlehens ohne Prüfung der von der Beklagten als Gegenargument geltend gemachten Schadensliquidation sei willkürlich (act. 114 S. 15 Ziff. 43). Vielmehr hat die Vorinstanz die Regeln der Substantiierungs- und Beweislast richtig angewendet. Die Ansicht der Klägerin würde dagegen im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr führen, wenn ein Darlehensvertrag nicht substantiiert, sondern geprüft werden müsste, ob die Beklagte eine andere Erklärung für die Hingabe des Geldes nachzuweisen vermag, und verneinendenfalls "automatisch" auf ein Darlehen geschlossen würde. Solches kann nicht angehen.

Die Vorinstanz kam daher mit Recht zum Schluss, das Bestehen eines Darlehensvertrages (und damit das Bestehen eines darlehensvertraglichen Rückzahlungsanspruchs der Klägerin) sei nicht substantiiert behauptet worden.

4.4 Wie stichhaltig oder plausibel die Schilderung der Beklagten betreffend Bezahlung von Baurechnungen als einvernehmliche Schadensliquidation ist (vgl. act. 114 S. 13 f.), braucht nicht entschieden zu werden. Dass beim Fehlen einer anderen plausiblen Erklärung für die Hingabe einer Zahlung ein Darlehensvertrag nahe liegt und entsprechend die Anforderungen an dessen Beweis etwas reduziert werden (act. 114 S.14 Ziff. 24), mag zutreffen. Es kann aber nicht bedeuten,

dass die Substantiierung der objektiv wesentlichen Vertragspunkte nicht mehr erforderlich wäre. Ohnehin ist die Einschlägigkeit der von der Klägerin genannten Praxis im vorliegenden Fall insofern zu hinterfragen, als neben der Schilderung betreffend Schadensliquidation eine rechtliche Würdigung der ganzen Vorgänge vor dem Hintergrund des Auftragsrechts nahe liegt und daher entgegen der Klägerin (act. 114 S. 14 Ziff. 43) nicht gesagt werden kann, für die Hingabe der Gelder durch die Klägerin komme vernünftigerweise kein anderer Rechtsgrund als ein Darlehensvertrag in Frage (vgl. nachfolgend II./4.5).

Aus demselben Grund ist auch aus dem Vereinbarungsvorschlag vom 5. November 2004, worin von einer Reduzierung "der Forderung" der Klägerin gesprochen wurde, entgegen der Klägerin (act. 114 S. 15) nicht auf einen Darlehensvertrag zu schliessen. Der Rechtsgrund der Forderung geht aus dem Entwurf nicht hervor (act. 19/10), doch der eingangs genannte "Zusammenhang mit der Schlussrechnung für das Einfamilienhaus" weist eher weniger auf ein separates Darlehen hin und eher mehr auf eine Forderung, die im Kontext der Bauabrechnung und damit letztlich im Zusammenhang mit dem Architektenvertrag steht. Ohnehin vermag aber ein solcher Entwurf, den C._____ einmal erstellte, die Klägerin nicht ihrer Substantiierungspflicht zu entheben.

Die Ausführungen der Beklagten betreffend die Verjährung der allfälligen Darlehen (vgl. act. 45 S. 30) sind danach nicht relevant. Gleichermassen muss auf die von der Beklagten aufgeworfene Frage der novenrechtlichen Unzulässigkeit neuer klägerischer Behauptungen betreffend die fraglichen Umstände (aus welchen auf eine Rückzahlungspflicht der Beklagten zu schliessen sei, vgl. act. 122 S. 5 ff.) nicht eingegangen werden.

4.5 Da die objektiv wesentlichen Vertragspunkte eines Darlehensvertrages nicht substantiiert vorgebracht wurden, kann sich fragen, ob sich aus dem vorgebrachten Tatsachenmaterial mit einer anderen rechtlichen Begründung ein (beispielsweise) vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Erstattung der bezahlten Rechnungen ergibt. Dies gilt vorliegend insbesondere mit Blick auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis betreffend Umbau/Ergänzung des Einfamilienhauses (vgl. vorne II./2.1).

4.5.1 Die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO ist schriftlich und begründet zu erheben, d.h. sie muss einen Antrag und eine Begründung enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). In der Begründung kann falsche Sachverhaltsfeststellung und falsche Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Ein strenges Rügeprinzip, nach welchem (bei der Rüge der falschen Rechtsanwendung) ganz bestimmte Rechtsnormen präzise anzurufen wären und konkret aufzuzeigen wäre, inwiefern die angerufenen Normen verletzt worden sind, wird zwar einhellig abgelehnt (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 27; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Dennoch ist in der Berufungsbegründung darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid nach Ansicht des Berufungsklägers falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 27). Der Berufungskläger hat sich mithin in der Berufungsschrift mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren rechtlichen Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zu Tage (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der allgemeine Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO), der als solcher an sich auch im Berufungsverfahren beachtlich ist (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 15), wird durch die Begründungspflicht in diesem Sinne abgeschwächt (vgl. auch Gasser/Rickli, ZPO-Kurzkommentar, Art. 57 N 3; a.M. BSK ZPO-Gehri, Art. 57 N 7).

Wie streng die Begründungspflicht zu verstehen ist, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Bei Laien ist die Schwelle tief anzusetzen (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 29) und es genügt, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei unrichtig sein soll (OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011 E. 3.2). Bei anwaltlich vertretenen Parteien dagegen kann eine einlässliche Auseinandersetzung mit der Begründung des angefochtenen Entscheids erwartet werden und darf sich die Berufungsinstanz mit Blick auf die Su-

che nach nicht (auch nicht ansatzweise) gerügten Rechtsmängeln wie geschildert zurückhalten, solange diese nicht klar zu Tage treten.

4.5.2 Die anwaltlich vertretene Klägerin hat sich in ihrer Berufungsbegründung einlässlich dazu geäußert, weshalb die Vorinstanz ihrer Ansicht nach aufgrund des vorgebrachten Tatsachenmaterials das Vorliegen eines Darlehensvertrages als genügend substantiiert hätte betrachten müssen (act. 114). Dagegen gehen aus der Berufungsbegründung keinerlei Anzeichen dafür hervor, dass die Klägerin der Ansicht wäre, es hätte eine andere rechtliche Begründung in Erwägung gezogen werden müssen, und es hätte ein Anspruch der Klägerin auf Basis der vorgebrachten Tatsachen etwa unter dem Blickwinkel eines anderen als des geltend gemachten Darlehensvertragsverhältnisses geprüft werden müssen.

Aus diesen Gründen ist an sich davon abzusehen, einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der bezahlten Rechnungen mit Blick auf allfällige andere Vertragsverhältnisse oder andere Rechtsgrundlagen zu prüfen.

4.5.3 Daher ist lediglich im Sinne einer Eventualbegründung auf das Folgende hinzuweisen:

4.5.3.1 Zwischen den Parteien besteht bzw. bestand unbestritten ein Vertragsverhältnis betreffend Umbau/Ergänzung eines Einfamilienhauses. Das Vertragsverhältnis ist als "Architektenvertrag" einzustufen, der Aspekte der Planung und Bauleitung umfasst (vgl. dazu Gauch, Werkvertrag 5. Auflage 2011, N 47 ff.). Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem insoweit unbestrittenen Sachverhalt (vgl. vorne II./2.). Im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses, anlässlich der Bauausführung, hat die Klägerin unbestritten Rechnungen für das Bauprojekt bezahlt. Der Zusammenhang dieser als "Bevorschussung" bezeichneten Vorgänge mit dem Architektenvertrag liegt an sich auf der Hand.

Bei der Beurteilung dieses Vertragsverhältnisses können im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen von vornherein nur die Normen des Obligationenrechts in Frage kommen, nicht aber private Normenwerke wie etwa die Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA. Die Über-

nahme solcher Normen mit Blick auf ein konkretes Vertragsverhältnis müsste in jedem Fall substantiiert behauptet werden.

4.5.3.2 Der Architektenvertrag kann sowohl die Erstellung eines Werkes (z.B. Erstellung von Plänen oder Modellen) als auch die Geschäftsbesorgung im Sinne eines einfachen Auftrags (Bauleitungsvertrag) zum Inhalt haben. Werden diese Elemente zu einem Vertrag kombiniert, so ist von einem gemischten Vertragsverhältnis mit auftrags- und werkvertragsrechtlichen Elementen auszugehen (vgl. Gauch, a.a.O., N 47 ff., insb. N 54). Die Bauleitung im Sinne der Koordination der Bauarbeiten bis hin zur Vergabe von Arbeiten an Handwerker und Unternehmer im Namen des Bauherrn ist nach dem Gesagten im auftragsrechtlichen Zusammenhang zu sehen (Gauch, a.a.O., N 53, 55; zur Spaltung der Rechtsfolgen vgl. unten II./5.4).

Haben sich die Parteien dieses Vertragsverhältnisses (aus welchen Gründen auch immer) darauf geeinigt, dass der Beauftragte die von ihm in Ausführung des Auftrags mit verschiedenen Arbeiten betrauten Dritten aus eigener Kasse bezahlt, so stellt sich die Frage des auftragsrechtlichen Anspruchs auf Verwendungersatz (Art. 402 Abs. 1 OR). Auch wenn der Auftraggeber allenfalls auch aus Liquiditätsgründen ein Interesse an einem solchen Vorgehen haben kann, muss dies keineswegs zwingend als selbständiges Darlehen verstanden werden.

Die Prüfung eines solchen auftragsrechtlichen Anspruchs würde nebenbei bemerkt den Anforderungen von Art. 53 ZPO auch ohne entsprechende Ankündigung an die Adresse der Parteien Stand halten. Eine Pflicht des Gerichts, die Parteien auf eine neue zur Entscheidungsbegründung in Erwägung gezogene rechtliche Begründung hinzuweisen, besteht nur, wenn die Parteien mit dieser Begründung nicht rechnen mussten und die Begründung in diesem Sinne als "überraschende Rechtsanwendung" zu bezeichnen wäre (Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 10; vgl. bereits BGE 114 Ia 97). Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. soeben II./4.5.3.1).

4.5.3.3 Anspruch auf Verwendungersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR besteht nicht voraussetzungslos, sondern nur mit Blick auf die Verwendungen "in richtiger

Ausführung des Auftrags". Dies bedeutet zwar nicht, dass bei unrichtiger Vertragsausführung der Anspruch auf Auslagenersatz dahinfallen würde, aber es heisst immerhin, dass Auslagen nur dann zu ersetzen sind, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise notwendig gewesen sind, um den Auftrag auszuführen, oder wenn sie den Anweisungen des Auftraggebers entsprechen (Krauskopf, in: Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Auflage 2009, Art. 402 N 6, mit Hinweis auf BGer 4C.199/2004 E. 10.3.2.1).

Dass die Auslagen objektiv notwendig waren, oder dass sie den Anweisungen der Bauherrschaft entsprachen, hätte die Klägerin daher substantiiert behaupten müssen. Ohne solche Substantiierungen lässt sich ein Anspruch auf auftragsrechtlichen Verwendungersatz nicht begründen.

Dies gilt umso mehr angesichts des Umstands, dass die Ausführung des Bauprojekts unbestritten teurer wurde als geplant. Die Beklagte wies diesbezüglich auf einen Kostenvoranschlag von Fr. 2.3 Mio. hin und räumte eine Kostenerhöhung im Umfang von Fr. 0.5 Mio. infolge Bestellungsänderungen oder Sonderwünschen ein, was angesichts der Gesamtkosten (ohne Projektentwicklung) von rund Fr. 4.5 Mio. eine Kostenüberschreitung von über 60% ergebe (act. 45 S. 10). Die Klägerin bestritt zwar einen Kostenvoranschlag von Fr. 2.3 Mio. und Bestellungsänderungen von (nur) Fr. 0.5 Mio., ebenso eine Kostenüberschreitung von 60% (act. 74 S. 11 f.), aber sie anerkennt, dass der Umbau "teurer gekommen ist als angenommen" (act. 74 S. 8) bzw. dass "die Kosten ausser Kontrolle gerieten" (act. 18 S. 5), und sie spricht von einer "Verdoppelung des ursprünglich vorgesehenen Auftragsvolumens" (act. 74 S. 6 Ziff. 18).

4.5.3.4 Auch beim Architekten, der einen Kostenvoranschlag für Drittrechnungen macht, wird grundsätzlich eine Toleranz von 10% angenommen (Gauch, a.a.O., N 1001 f.). Dabei handelt es sich um einen in der Schweiz allgemein anerkannten Standard für die zulässige Ungenauigkeit von Kostenvoranschlägen, von dem auch dann ausgegangen wird, wenn kein bestimmter Genauigkeitsgrad vereinbart wurde, dem Bauherr aber bewusst war, dass eine gewisse Ungenauigkeit

des Kostenvoranschlags hinzunehmen ist (Zehnder, Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung der Architekten, BR 2010 S. 48 ff., S. 49).

Die erwähnte Bemerkung der Klägerin betreffend Verdoppelung des ursprünglich vorgesehenen Auftragsvolumens lässt darauf schliessen, dass auch nach der Klägerin mit Blick auf den Baubeginn über ein solches ursprünglich vorgesehenes Auftragsvolumen gesprochen wurde. Eine solche Auskunft der Klägerin gegenüber der Bauherrschaft über die zu erwartenden Kosten der Bauarbeiten ist nichts anderes als ein Kostenvoranschlag (vgl. Gauch, a.a.O., N 1001), wobei davon auszugehen ist, dass kein bestimmter Genauigkeitsgrad angegeben wurde. Die Toleranzgrenze von 10% ist daher im Grundsatz massgeblich.

Die Überschreitung der Toleranzgrenze führt zu einem Anscheinsbeweis einer Pflichtverletzung des Architekten (BGer 4C.424/2004 E. 3.2.2.1). Dieser Anscheinsbeweis kann im vorliegenden Zusammenhang als Vermutung betrachtet werden, dass solche Verwendungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht notwendig gewesen sind. Der Anscheinsbeweis bzw. die Vermutung kann durch die belastete Partei entkräftet werden, wenn sie Tatsachen nachweist, die Zweifel an dieser Folgerung erwecken (insbesondere entsprechende Weisungen der Bauherrschaft, oder Umstände, aufgrund welcher die Verwendungen doch notwendig erschienen).

4.5.3.5 Vorliegend kann aufgrund des vorgebrachten Tatsachenmaterials nicht mit Bestimmtheit auf die konkrete Überschreitung der Toleranzgrenze geschlossen werden sowie auf die Frage, wann genau diese eintrat und für welche Verwendungen die Klägerin damit die erwähnten Nachweise erbringen müsste – die Klägerin betrachtete die Frage der Kostenüberschreitungen als unerheblich, da sie ihren Anspruch nicht auf Art. 402 OR, sondern auf ein Darlehen abstützte, dem die Beklagte ihrer Ansicht nach lediglich verrechnungsweise einen (dann von der Beklagten zu substantiierenden) Schadenersatzanspruch wegen Kostenüberschreitungen hätte entgegen halten können (act. 74 S. 11 f. Ziff. 39). Bei einem Anspruch auf Verwendungsersatz verhält es sich mit der Behauptungs- und Beweislast mit Blick auf die Kostenüberschreitungen indes umgekehrt.

Da die Kosten immerhin unbestritten "ausser Kontrolle gerieten", wäre es – immer mit Blick auf einen Anspruch auf Verwendungsersatz – an der Klägerin gewesen, die Kostenüberschreitung und deren Begründetheit infolge objektiver Begebenheiten oder durch Weisungen der Bauherrschaft substantiiert darzulegen.

4.5.3.6 Aus den Schilderungen der Klägerin ergibt sich zwar, dass ihrer Ansicht nach die Beklagte bzw. die Bauherrschaft die Kostenüberschreitungen zu vertreten hat: Nach der Klägerin waren die Mehrkosten "zum überwiegenden Teil" auf "kostspielige Bestellungsänderungen und Neubestellungen" der Bauherrschaft zurückzuführen, sowie auf die ursprünglich nicht geplante Totalsanierung des Altbaus für "gegen Fr. 1.6 Mio." (act. 74 S. 8). Im Einzelnen nennt die Klägerin als von der Bauherrschaft zu vertretende Gründe für die Kostenüberschreitungen etwa "vierfache Kosten für Küche, exorbitante Inneneinrichtungen, z.B. Büchergestelle der Luxusklasse" sowie Neubestellungen wie "Haustechnik Bus-System" (act. 74 S. 8), oder auch noch allgemeiner "immer neue und andere Bestellungen" sowie "direkte Weisungen" bei der Bauausführung (act. 74 S. 12).

Nach der Beklagten dagegen war Grund für die Verteuerung die ungenaue Kostenberechnung der Klägerin, die ungenügende, unsorgfältige Bauführung und die weitestgehend fehlende Kostenüberwachung (act. 45 S. 10).

Eine substantiierte Behauptung, in welchem Umfang die Kostenüberschreitungen von der Bauherrschaft zu vertreten waren, hat die Klägerin damit ebenso wenig vorgebracht wie eine substantiierte Bezeichnung der (als solche unbestrittenen) Kostenüberschreitung. Dass diese objektiv notwendig war, oder dass sie Folge von konkreten Weisungen der Bauherrschaft gewesen wäre, lässt sich nach dem Gesagten nicht bestimmen.

4.5.3.7 Zusammenfassend lässt sich danach gestützt auf die vorgebrachten Tatsachenbehauptungen der geltend gemachte Anspruch nicht als Anspruch auf Verwendungsersatz begründen.

4.6 Unangefochten blieb schliesslich die Erwägung im angefochtenen Entscheid, dass ein vertraglicher Anspruch mangels Substantiierung diesbezüglicher Tatsachen weder bejaht noch ausgeschlossen werden kann, weshalb auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch geprüft werden konnte (vgl. act. 116 S. 20, act. 114 S. 13). Darauf ist daher nicht weiter einzugehen. Das von der Vorinstanz vor dem Hintergrund des geprüften Anspruchs aus Darlehen Ausgeführte gilt im Übrigen auch mit Blick auf einen allfälligen Anspruch aus dem Architektenvertrag.

5. Zur geltend gemachten Honorarforderung:

5.1 Die Vorinstanz kam auch mit Blick auf die geltend gemachten Honoraransprüche der Klägerin für die Projektierungsarbeiten aus Werkvertrag im Zeitraum August 1997 bis Mai 1999 zum Schluss, die Klägerin habe ihren Anspruch nicht genügend substantiiert (act. 116 S. 20 ff.).

5.1.1 Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, es seien Planvarianten aufgezeigt worden, die jeweils von der Bauherrschaft diskutiert und begutachtet wurden, wobei die Bauherrschaft jeweils neue Vorstellungen eingebracht habe, die wieder zu neuen Plänen geführt hätten. So seien insgesamt 28-33 Projektvarianten mit bis zu 95 Untervarianten erstellt worden. Dafür seien insgesamt 1'410.25 Stunden notwendig gewesen. Im Jahr 1997 seien es 316 Stunden, im Jahr 1998 850.25 Stunden und im Jahr 1999 244 Stunden gewesen. Für den Bau von Modellen im Zusammenhang mit den genannten Projekten seien zusätzlich 1'335.50 Stunden notwendig gewesen. Davon seien im Jahr 1997 585 Stunden von diversen Modellbauern und 77.5 Stunden von E._____, im Jahr 1998 492.5 Stunden von diversen Modellbauern und 17.25 Stunden von E._____ und im Jahr 1999 135 Stunden von diversen Modellbauern und 28.25 Stunden von E._____ angefallen (act. 18 S. 4, 15 ff.).

5.1.2 Die Klägerin, so die Vorinstanz, mache entsprechend eine aus mehreren Elementen zusammengesetzte Forderung geltend. Sie gebe jedoch insbesondere nicht an, welche Stundenanzahl mit welchem Stundenansatz auf welche Projektvariante und welches Modell entfalle. Damit sei es für die Gegenpartei nicht möglich, sich dazu zu äussern, welche der Varianten und Modelle sie ge-

wünscht und daher grundsätzlich auch zu bezahlen habe und welche – nach ihren Angaben – ohne Bestellung erstellt worden und daher nicht zu bezahlen seien. Auch für das Gericht sei nicht nachvollziehbar, auf welche Arbeiten der behauptete Aufwand entfalle.

Dies könne sodann auch aus den als Beilagen eingereichten Stundenrapporten (act. 19/17) nicht abgeleitet werden. Es gehe mit Ausnahme der Rapporte von E. _____ selber aus den Aufzeichnungen nicht hervor, welche Stundenanzahl jeweils welche Projektvariante betreffe. Auch aus den Aufstellungen von E. _____ werde für einen Dritten nicht klar, welche Projekte und Modelle gemeint seien, da die genannten Bezeichnungen insbesondere nicht mit den von der Klägerin ebenfalls eingereichten Plänen der Projektentwicklung (act. 8/3) übereinstimmen würden.

Zudem sei festzuhalten, dass ohnehin fraglich wäre, ob durch die Einreichung der Stundenprotokolle den Anforderungen an die Substantiierung Genüge getan wäre, da es nicht Aufgabe des Gerichts und der Gegenpartei sei, den rechtsrelevanten Sachverhalt in den Akten zusammenzusuchen (act. 116 S. 25 f. mit Hinweis auf BGE 5A_851/2010 Erw. 5.4.).

5.2 Nach Ansicht der Klägerin verfiel die Vorinstanz in Willkür und verweigerte ihr das Recht, indem sie die Anforderungen an die Substantiierung überspannte und überdies auf falsche und irrelevante Sachverhaltsumstände bezogen habe (act. 114 S. 3). Es sei branchenfremd, für jedes einzelne Arbeitsergebnis, insbesondere die zahlreichen Projektvarianten, welche die Klägerin unbestritten im Rahmen eines einheitlichen und einzigen Architektenvertrages erstellt habe, einen separaten Werkvertrag anzunehmen, weil die Beklagte ansonsten nicht bestreiten könne, welche der Projektvarianten sie bestellt habe und welche nicht (act. 114 S. 5). Den Nachweis der Bestellung jeder einzelnen Variante zu verlangen, würde bedeuten, dass der Auftrag für bestimmte Projektstudien mit Varianten und Untervarianten bereits die entsprechenden Resultate enthalten und damit vorwegnehmen würde. Es liege demgegenüber gerade in der Natur des kreativen Entwurfsprozesses, dass am Anfang nicht feststehen könne, was genau das Ergebnis sein würde (act. 114 S.16).

Gegenstand der Klage seien entgegen der irrigen Annahme der Vorinstanz (act. 116 S. 26 Ziff. 2.4.4) nicht mehrere, sondern sei ein Rechtsverhältnis. Der Verweis der Vorinstanz auf ZR 90 (1991) Nr. 3 gehe daher fehl. Sie habe, so die Klägerin weiter, sämtliche von ihr behaupteten Projektvarianten mit Untervarianten genau bezeichnet und diese übersichtlich in exemplarischen Auszügen der noch umfassenderen Planwerke belegt sowie Abbildungen der erstellten Modelle eingereicht. Zudem habe sie die für diese Arbeiten aufgewendeten Stunden der damit befassten Personen bis auf die Viertelstunde genau angegeben und belegt. Danach sei es willkürlich, ihr entgegen zu halten, sie habe ihre Rechnung nicht wie von ZR 90 Nr. 3 verlangt wenigstens in den Grundzügen, die zur eingeklagten Forderung führten, dargelegt. Im Übrigen sei dieser Aufwand C. _____ als Verwaltungsrat der Klägerin bekannt gewesen (act. 114 S. 19 f.).

Die Vorinstanz habe aktenwidrig erwogen, aus den Stundenrapporten (act. 19/17) würde sich nicht ergeben, welche Stunden für welche Varianten geleistet worden seien. Das Gegenteil sei der Fall, nicht nur betreffend E. _____, wo die Angaben überdies mit den Projektbezeichnungen der Klägerin übereinstimmen würden, sondern auch beim Entwurfsarchitekten F. _____, der praktisch lückenlos und akribisch auf die verschiedenen Projektvarianten nach act. 8/3 verwiesen habe. Auch bei den zusätzlich beigezogenen Modellbauern seien die Hinweise auf die drei wesentlichen Modellstudien gemäss act. 8 Beilagen 4.1-5 enthalten. Die einzelnen Aufwendungen liessen sich daher weitgehend den einzelnen Projektvarianten bzw. Modellstudien zurechnen. Selbst wenn dem nicht so wäre, so die Klägerin weiter, stünde immer noch der Beweis mittels Expertise offen. Die Beklagte könnte auf diesem Weg die gutachterliche Abklärung verlangen, wie viele Stunden Arbeit für eine bestimmte, angeblich nicht bestellte Projektstudie oder Modellstudie angemessen seien und welche Beträge entsprechend vom Honorar abzuziehen seien (act. 114 S. 21).

5.3 Im Zusammenhang mit den Entschädigungen für Projektierungsarbeiten stellt sich zunächst die Frage der Passivlegitimation der Beklagten:

5.3.1 Die Beklagte bestritt ihre Passivlegitimation vor der Vorinstanz (vgl. act. 45 S. 39) und verwies dazu auf ein Schreiben der Klägerin an die Beklagte

und an C._____ vom 23. August 2007 (mit dem Vermerk "rev. 8. November 2007"). In diesem Schreiben wurde gegenüber beiden Eheleuten die vorne thematisierte Bevorschussung von Bauabrechnungen geltend gemacht. Am Ende des Schreibens folgt der Hinweis, die Klägerin erstelle zurzeit die Abschlussrechnung für alle Vorstudien vor der Ausarbeitung des Bauprojekts, welche im Auftrag von C._____ in den Jahren 1997 bis 1999 erstellt worden seien. Die entsprechende Rechnung werde direkt an C._____ gestellt, weil diese Erweiterungsstudien ohne Zutun und Wissen der Beklagten erfolgt seien (vgl. act. 7/3/1 S. 2).

5.3.2 Die Klägerin hielt dem in der Replik entgegen, sie halte an den Ausführungen in der Klagebegründung fest. Es habe sich nachträglich herausgestellt, dass die Beklagte über alles Bescheid gewusst habe und dass sie bei den Bestellungen insbesondere von Erweiterungsstudien genau so aktiv mitgewirkt habe wie C._____. Sie sei genau so mit einbezogen gewesen wie er (act. 74 S. 25 Ziff. 105).

Aus den Ausführungen in der Klagebegründung, auf welche die Klägerin verwies, ergibt sich nichts näheres zur Passivlegitimation der Beklagten betreffend die Honorarforderung, insbesondere nicht zu ihrer Kenntnis von den Projektstudien. Die Klägerin verwies dort stets auf "die Bauherrschaft", welche aus der Klägerin und C._____ bestand (act. 18 S. 4). Was genau C._____ machte und was die Beklagte, ist nicht ersichtlich.

5.3.3 Nachdem die Beklagte ihre Passivlegitimation bestritt, wäre es an der Klägerin gewesen, zu dieser Thematik substantiierte Angaben zu machen. Die Klägerin stellt nicht in Abrede (vgl. act. 74 S. 25 Ziff. 105), dass sie im Jahre 2007 und damit 8 Jahre nach der Erstellung der fraglichen Studien davon ausging, die Beklagte habe davon keine Kenntnis gehabt. Danach genügt es nicht, pauschal zu erklären, "es habe sich nachträglich" (d.h. noch später als 8 Jahre danach) "herausgestellt", dass die Beklagte doch von allem Kenntnis gehabt habe und in alles involviert gewesen sei.

Die Klage wäre daher bereits wegen mangelnder Substantiierung der Passivlegitimation abzuweisen. Die Frage, ob vor einer entsprechenden Klageabweis-

sung noch ein Substantiierungshinweis an die Adresse der Klägerin zu ergehen hätte (vgl. ZR 104/2005 Nr. 9; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 150 N 65), kann offen bleiben, da die Klage aus den nachfolgend dargelegten Gründen auch bei Bejahung der Passivlegitimation der Beklagten abzuweisen ist.

5.4 Ob der Projektierungsvertrag betreffend die Erarbeitung der fraglichen Studien Teil eines Architektenvertrags war ("Globalvertrag"), der (als gemischter Vertrag) auch die nachfolgende Bauleitung umfasste, oder ob es sich um einen eigenständigen Werkvertrag betreffend Erarbeitung von Plänen und Studien handelte, ist entgegen der Klägerin (act. 114 S. 17) nicht relevant. Entscheidend ist, dass sich auch in einem gemischten Vertrag die einzelnen Rechtsfolgen, d.h. die einzelnen Vertragspflichten, je nach den Regelungen betreffend die entsprechende Vertragsart beurteilen, was zu einer "Spaltung der Rechtsfolgen" führt (Gauch, a.a.O., N 57). Dem pflichtet auch die Klägerin bei (act. 114 S. 17 f. Ziff. 53). Die Rechtsfolgen des Architektenvertrags, soweit der Architekt mit der Herstellung von Bauplänen befasst ist, richten sich somit nach zutreffender Erwägung der Vorinstanz nach dem Werkvertragsrecht, d.h. nach den Art. 363 ff. OR (vgl. act. 116 S. 23). Dies gilt insbesondere auch für die Entschädigung des Architekten.

5.5. / 5.5.1 Die Vorinstanz hat zum konkret zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnis korrekt erwogen, es sei kein Werklohn vereinbart worden, doch die grundsätzlich entgeltliche Natur der Arbeiten der Klägerin sei festgestanden (act. 116 S. 24). Die Klägerin macht auch vor zweiter Instanz nichts anderes geltend. Sie verwies vor Vorinstanz zwar darauf, sie habe die mittleren Stundenansätze des SIA für die Berechnung herangezogen (act. 18 S. 17 f.), aber das Vorbringen der Beklagten, wonach eine dahingehende Vereinbarung nie getroffen worden sei (act. 45 S. 38), wurde nicht substantiiert bestritten (act. 74 S. 25 Ziff. 103).

In dieser Konstellation ist für die Frage der Entschädigung des Unternehmers Art. 374 OR massgeblich. Die Vergütung richtet sich mithin "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers".

5.5.2 Im Zentrum steht bei der Bemessung der Entschädigung nicht der Wert des fertig gestellten Werks, sondern der nötige Aufwand des Unternehmers, der um einen Zuschlag für die Generalunkosten und für einen angemessenen Gewinn erhöht wird. Grundsätzlich ist vom tatsächlichen Aufwand des Unternehmers auszugehen, wobei aber nur derjenige Aufwand zu entschädigen ist, der bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werks genügt hätte und der daher angemessen war (vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver, 5. Auflage 2011, Art. 374 N 12 f.). Die Beweislast für den behaupteten Aufwand und für die den Bemessungsfaktoren der Angemessenheit zugrundeliegenden Tatsachen trägt der Unternehmer (Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 374 N 18), vorliegend also die Klägerin.

Die Beklagte bestritt in der Klageantwort, dass die Klägerin den geltend gemachten Stundenaufwand tatsächlich geleistet habe und dass dieser dem Auftrag entsprochen habe und angemessen gewesen sei. Die Klägerin habe offenbar diverse Modelle und immer wieder geänderte Modelle erstellt, welche niemand bestellt habe. Die aufgeführten 2'745.75 Stunden alleine für die Projektentwicklung würden keiner sorgfältigen und sachgerechten Auftragsbefüllung entsprechen, welche auch erfordere, einen angemessenen, aber nur einen angemessenen, Aufwand mit zu verrechnenden Stunden und Auslagen zu treiben (act. 45 S. 37 f.).

5.5.3 Dass sich die Planung und Projektierung im Sinne eines kreativen Entwurfsprozesses bewegt und dabei das Arbeitsergebnis zu Beginn nicht feststeht, mag zutreffen. Mit der Klägerin (act. 114 S. 18 f. Ziff. 57 f.) kann daher von einem einzigen Vertragsverhältnis (jedenfalls über die Jahre 1997 bis 1999) ausgegangen werden und muss entsprechend nicht betreffend jede einzelne Projektvariante für das Zustandekommen eines entsprechenden Vertrags eine separate Bestellung behauptet und substantiiert werden. Dies führt indessen mit Blick auf die Begründung der Entschädigungsforderung zu keinem für die Klägerin günstigeren Schluss.

Entscheidend ist, dass die Beklagte die geltend gemachten Aufwendungen mit Blick auf ihre Angemessenheit und Notwendigkeit bestritten hat. Danach wäre

es an der Klägerin gewesen, ihren Aufwand in der Replik näher zu verdeutlichen. Sie hätte im Einzelnen angeben müssen, welcher Stundenaufwand für welche Arbeiten geleistet wurde. Auf die Kenntnis von C. _____ betreffend den Aufwand kann sich die Klägerin gegenüber der Beklagten nicht berufen, nachdem sie wie gesehen ihre Inanspruchnahme der Beklagten gerade damit begründete, die Beklagte habe selber auch über alles Bescheid gewusst (vgl. vorne II./5.3.2). Ohnehin würde diese auch nur allgemein behauptete Kenntnis die Klägerin nicht von ihrer Substantiierungspflicht befreien. Die Kenntnis des Bestellers vom Aufwand kann sich naturgemäss nicht über alle Details erstrecken, da der Unternehmer näher an der konkreten Erstellung des Werks ist als der Besteller (selbst wenn der Besteller Verwaltungsratspräsident des Unternehmers ist, denn auch als solcher ist der Besteller noch verhältnismässig weit weg von den konkreten Arbeiten). Eine solche beschränkte Kenntnis des Bestellers von den konkreten Arbeitsschritten enthebt den Unternehmer, der ein Entgelt nach Art. 374 OR geltend macht, nicht der Pflicht, seine Aufwendungen so zu substantiieren, dass der Besteller erkennt, welche konkreten Arbeitsschritte, bzw. welche Teilergebnisse Folge welcher Aufwendungen des Unternehmers sind und wie sich diese Aufwendungen finanziell auswirken.

Die pauschale Behauptung der Klägerin zu ihrem Stundenaufwand, aufgelistet nach Jahren und unterteilt lediglich in die Arbeiten für Projektentwicklung und Modellbau (vgl. vorne II./5.1), erlaubt der Beklagten keine substantiierte Bestreitung der Notwendigkeit bzw. Angemessenheit der einzelnen Aufwendungen. Dazu wäre im Minimum erforderlich, dass die einzelnen Stundenaufwendungen konkreten Leistungen im Sinne von konkreten Projektvarianten zugeordnet wären, klar, verständlich, und für einen planungs- und bautechnischen Laien nachvollziehbar.

5.5.4 Auf dieses Substantiierungserfordernis hat die Vorinstanz die Klägerin ausdrücklich hingewiesen (act. 116 S. 25 f. Ziff. 2.4.3). Entscheidend ist dabei – darauf ist der Vollständigkeit halber ausdrücklich hinzuweisen – die von der Vorinstanz als ungenügend substantiiert bezeichnete Tatsachenbehauptung, d.h. die

Ebene der Sachdarstellung, und nicht die rechtlichen Überlegungen, welche die Vorinstanz im Zusammenhang damit anstellte.

Wenn die Vorinstanz den Substantiierungshinweis nicht ausdrücklich auf die Prüfung der Angemessenheit des geltend gemachten werkvertraglichen Entgelts bezog, so schadet dies daher nicht. Immerhin hat die Vorinstanz erklärt, es müsse für die Beklagte möglich sein, sich zu äussern, welche der Varianten sie gewünscht habe und welche sie daher konkret zu bezahlen habe (act. 116 S. 26 oben) – diese Formulierung beinhaltet die Frage nach dem konkreten, den jeweiligen Arbeitsergebnissen zugeordneten (Stunden-) Aufwendungen, welche in die Berechnung des Entgelts einfließen sollen. Um diese Aufwendungen von allfälligen unverhältnismässigen, übertriebenen Aufwendungen abzugrenzen, ist eine nachvollziehbare Angabe betreffend diese Zuordnung unerlässlich.

5.5.5 Der Vorinstanz ist sodann dahingehend beizupflichten, dass es nicht Sache der Gegenpartei oder des Gerichts ist, die notwendigen, rechtsrelevanten Sachverhaltselemente aus Ordnern füllenden Beilagen herauszusuchen (act. 116 S. 26 mit Hinweis auf BGE 5A_851/2010 E. 5.4). Es kann daher nicht angehen, pauschal auf diese Aufstellungen zu verweisen und anzugeben, die einzelnen Aufwendungen liessen sich "weitgehend" den einzelnen Projektvarianten bzw. Modellstudien zurechnen (act. 114 S. 20 f. Ziff. 62).

Darzulegen, in welchem (eingeständenermassen nur teilweisen) Umfang diese Zuordnung tatsächlich möglich ist, wäre an der beweisbelasteten Klägerin gewesen.

5.5.6 Auch wenn, um die Anforderungen an die Substantiierung nicht zu überspannen, auf die Stundenrapporte eingegangen wird, so ergibt sich, dass die Vorinstanz mit Recht zum Schluss kam, die Zuordnung der Aufwendungen zu einzelnen konkreten Projekten ergebe sich daraus nicht, jedenfalls nicht mit hinreichender Klarheit.

5.5.6.1 So können auf Basis der Stundenrapporte von F._____ für November und Dezember 1997 (act. 19/17a) zwar mit Blick auf die Daten in der Projekt-

dokumentation (act. 8/3 S. 1 ff.) einzelne Aufwendungen bestimmten Plänen zugeordnet werden. Zum Beispiel kann angenommen werden, die 12½ Stunden vom 20. November 1997 (act. 19/17a S. 1) würden sich auf den entsprechend datierten Plan "Atrium Haus", Variante "Raster 1" beziehen (act. 8/3 S. 1). Bereits die weiteren 10½ verrechneten Stunden von F. _____ vom 26. November 1997 (Vermerk "Erdgeschoss und Dachgeschoss neu", act. 19/17a S. 1) lassen sich keinem bestimmten Plan in der Dokumentation (act. 8/3 S. 1 ff.) zuordnen, da weder ein Plan auf den 26. November 1997 datiert ist, noch für einen planungstechnischen Laien ersichtlich ist, an welchem Plan an diesem Datum das Erdgeschoss und das Dachgeschoss neu geplant wurden. Gleich verhält es sich mit dem Eintrag "Untergeschoss neu" vom 27. November 1997, 8 verrechnete Stunden. Möglicherweise beziehen sich diese Stunden ebenso wie diejenigen vom 28. November 1997 ("Grundriss V Schnitt ändern", 8½ Stunden) auf den Plan "Atrium Haus", Variante "Überarbeitung 1" von diesem Datum (act. 8/3 S. 5), oder auch auf die weitere Variante "Überarbeitung 2" vom 29. November 1997 (an diesem Tag wurden erneut 4½ Stunden für "Grundriss V Schnitt ändern" verrechnet, zusammen mit einer Sitzung, vgl. act. 19/17a S. 1). Genau lässt es sich nicht festlegen und sind die Aufwendungen daher nicht zuzuordnen.

Mit den Aufwendungen von F. _____ im Dezember 1997 verhält es sich ähnlich (act. 19/17a S. 2). Auffallend sind in diesem Zusammenhang die Aufwendungen vom 29. und 30. Dezember 1997 (total 10 verrechnete Stunden für "Grundriss Var. Anbau ändern / ergänzen") die sich keiner konkreten Planvariante zuordnen lassen (vgl. act. 8/3 S. 18 sowie S. 19 ff.: zwischen dem Plan vom 24. Dezember 1997, an welchem F. _____ mutmasslich am 23. und 24. Dezember 1997 8 Stunden arbeitete, und dem Plan vom 9. März 1998 gibt es keine weiteren Planvarianten). Diese Aufwendungen lassen sich somit nicht zuordnen.

5.5.6.2 E. _____ schlüsselte in seinen Stundenrapporten für den Zeitraum August bis Dezember 1997 seine Arbeiten nach Monaten in "U-Form" (August, 41.75 Stunden), "Atrium I A" (September, 33 Stunden), "Atrium I B" (Oktober, 47 Stunden), "Atrium II A" (November, 34.75 Stunden) und "Atrium Revers" (Dezember, 12.25 Stunden) auf (vgl. act. 19/17b). Welche Pläne gemäss

der Zusammenstellung (act. 8/3) damit gemeint sind, ist nicht ersichtlich. Die frühesten Pläne in der Zusammenstellung act. 8/3 datieren von der zweiten Novem-berhälfte 1997. Sie stammen mutmasslich von F. _____ (vgl. soeben unter II./5.5.6.1). Woran E. _____ ab August 1997 arbeitete, lässt sich daher aus den Ak-ten nicht eruieren. Auch mit Blick auf allfällige spätere Pläne lässt sich kein schlüssiger Bezug herstellen, da sich die soeben erwähnten Projekt-Unterarten "U-Form" etc. keinen einzelnen Studien in der Zusammenstellung (act. 8/3) zu-ordnen lassen. Zwar gibt es eine Vielzahl von Plänen, die mit "Atrium-Haus" beti-telt sind (act. 8/3 S. 1 ff.), aber bereits eine Studie betreffend "U-Form" lässt sich nicht finden, und was mit "Atrium Revers" gemeint ist, lässt sich nicht eruieren.

5.5.6.3 Bei den als nächstes angefügten Stundenrapporten von F. _____ für den März 1998 (act. 19/17c) wiederholt sich das zuvor aufgezeigte Bild. Einzelne Stunden lassen sich auf bestimmte Pläne beziehen, so etwa 24½ Stunden vom 9. bis 11. März 1998 (Vermerk "Grundriss überarbeiten", "Sitzung mit Herr C. _____" und "Atriums-Var.") auf entsprechend datierte Pläne (act. 8/3 S. 19 bis 24). Weite-re 21½ Stunden vom 2. bis 6. März 1998 (betitelt mit "Grundriss neue Anbau-Var. / ausprinten" sowie "Schnitt neue Anbau-Var.") lassen sich dagegen keinen Plä-nen zuordnen. Möglicherweise wurde hier bereits an den Plänen vom 9. bis 11. März 1997 gearbeitet, aber genau lässt es sich nicht sagen.

Dasselbe gilt betreffend Aufwendungen von 17½ Stunden vom 16., 19., 20. und 23. März 1998, betitelt mit "Grundriss neue Atriums-Var.", "ausprinten" und "Grundriss Spar-Var." (act. 19/17c S. 1). Neue Pläne gibt es gemäss der Zu-sammenstellung erst wieder mit Datum 2., 4. und 7. April 1998, betitelt mit "Erwei-terung mit Atrium", "Erweiterung" und "Erweiterung mit zentraler Achse" (act. 8/3 S. 25 bis 29). Diesen Plänen dürften die Aufwendungen vom 2. bis 4., 6. und 7. April 1998 entsprechen (36½ Stunden, act. 19/17c S. 2), aber bereits die mit "Gelände Höhenkurven mit 10 cm Höhe" betitelten 6½ Stunden vom 9. April 1998 (act. 19/17c S. 2) lassen sich wieder keinem Plan zuordnen, zumal nach dem 7. April 1998 der nächste Plan vom 23. Mai 1998 datiert (act. 8/3 S. 30). Diesem entsprechen wiederum mutmasslich, zumindest teilweise, zusammen mit einzel-

nen Sitzungen, die Aufwendungen in der Zwischenzeit von 76½ Stunden ab 14. April 1998 bis 23. Mai 1998 (act. 19/17c S. 2 f.).

5.5.6.4 Das Gesagte zeigt, dass sich entgegen der Klägerin die geltend gemachten Aufwendungen nach den eingereichten Stundenrapporten den einzelnen dokumentierten Arbeitsergebnissen nicht schlüssig zuordnen lassen – nicht vollständig und auch nicht "weitgehend" (act. 114 S. 21 oben), sondern allenfalls teilweise. Es kann nun aber nicht Sache der Beklagten und auch nicht Sache des Gerichts sein, Dutzende von Seiten von Stundenrapporten (act. 19/17) zu durchforschen und mit der 100 Seiten umfassenden Zusammenstellung der verschiedenen Planvarianten (act. 8/3) abzugleichen, um zu eruieren, welche Aufwendungen sich auf diese Weise bestimmten Arbeitsergebnissen zuordnen lassen und welche nicht.

Die Substantiierung der Aufwendungen, die betreffend die einzelnen Stunden nicht erfolgte, kann sodann auch nicht mit "als Auswahl von mehreren Modellstudien" eingereichten Digitalfotos (act. 8/4.1-5) nachgeholt werden, zumal die Klägerin dabei nicht verdeutlichte, wie viele Modelle insgesamt überhaupt erstellt wurden und wie sie die mit Fotos dokumentierten Modelle auswählte (act. 18 S. 16).

Ohne eine solche Substantiierung der Aufwendungen, welche eine Prüfung mit Blick auf den angemessenen Aufwand nach Art. 374 OR erst möglich macht, ist es für die Beklagte entgegen der Klägerin (act. 114 S. 20) nicht möglich, genau zu bestreiten, welche der geltend gemachten Arbeitsstunden für die angeblich nicht verlangten (bzw. richtigerweise für die nicht erforderlichen) Arbeiten vom verlangten Entgelt abzuziehen seien.

5.5.7 Fehlt es wie gesehen an der substantiierten Begründung der geltend gemachten Aufwendungen, so kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, die Beklagte könne die Angemessenheit des verlangten Honorars im Beweisverfahren mit einer Expertise überprüfen lassen (act. 114 S. 21). Die Klägerin verkennt dabei die Auswirkungen der Behauptungs- und Beweislast. Es ist der Beklagten nicht zuzumuten, einen von der Klägerin pauschal geltend gemachten

Aufwand ebenso pauschal zu bestreiten und dann im Beweisverfahren mit einer Expertise zu beweisen, dass der geltend gemachte Aufwand übertrieben war. Ein solches Vorgehen würde bedeuten, dass im Beweisverfahren der rechtsrelevante Sachverhalt (die notwendigen Aufwendungen) erst ermittelt würde. Solches kann nicht angehen.

Zum Beweis gestellt werden kann nur ein bestimmter Aufwand, dessen Angemessenheit umstritten ist. Diesen Aufwand erst im Beweisverfahren durch eine Expertise eruieren zu wollen, entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Beweisverfahrens. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin betreffend die vorinstanzlichen Erwägungen zu den möglichen Beweissätzen (vgl. act. 114 S. 21 f.) sind daher zurückzuweisen.

5.5.8 Wäre die Klägerin der Meinung, die Notwendigkeit der Aufwendungen ergebe sich direkt als Folge der erteilten Weisungen, so wären diese Weisungen zu substantiieren gewesen (vgl. den diesbezüglichen Substantiierungshinweis der Vorinstanz act. 116 S. 27). Dies alleine hätte aber nicht genügt, da ohne klare Zuordnung der Aufwendungen zu den einzelnen Tätigkeiten und Arbeitsergebnissen auch keine Zuordnung zu entsprechenden Weisungen möglich wäre. Auch unter diesem Blickwinkel lässt sich somit für die Klägerin nichts ableiten.

5.6 Auf die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede und auf ihre eventualiter geltend gemachten Verrechnungsforderungen (act. 45 S. 39 ff.) ist nach dem Gesagten nicht mehr einzugehen. Dasselbe gilt für die von der Beklagten aufgeworfene Frage der Zulässigkeit der Klageänderung (vorne II./2.3.2). Offen bleiben kann und muss schliesslich auch die von den Parteien thematisierte Frage, welche a-Konto Zahlungen der Bauherrschaft im Zusammenhang mit den (bislang nicht gerichtlich geltend gemachten) Honorarforderungen der Klägerin für die Bauausführungsphase anrechenbar sind (vgl. act. 74 S. 24 f. Ziff. 100).

5.7 Die Vorinstanz hat die Klage somit auch mit Blick auf die Honorarforderung für die Projektstudien 1997 bis 1999 zu Recht mangels Substantiierung abgewiesen.

6. Danach gibt es für die von der Klägerin eventualiter beantragte Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens keine Veranlassung. Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid daher in Abweisung der Berufung der Klägerin zu bestätigen.

III.

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv zu bestätigen und wird die Klägerin für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Ausgehend vom Streitwert des vorliegenden Berufungsverfahrens von Fr. 1'272'933.30 ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 33'500.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG) und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen.

3. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.00 zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (vgl. Kreisschreiben vom 17. Mai 2006 mit Ergänzung vom 17. September 2010). Dies ergibt ein total von Fr. 17'280.00.

Die Beklagte beantragt, die Prozessentschädigung sei ihr soweit möglich aus der von der Klägerin vor erster Instanz geleisteten (und für die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht vollumfänglich aufgebrauchten) Prozesskaution zu bezahlen (act. 122, S. 23; vgl. act. 116 S. 31 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Wie eingangs dargelegt, richtet sich das vorliegende Berufungsverfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung. Für die Verwendung einer vor Vorinstanz noch nach altem Recht zu viel bezahlten Prozesskaution als Sicherheit für die Parteientschädigung im vom neuen Recht beherrschten Berufungsverfahren gibt es keine Rechtsgrundlage. Andernfalls würde Art. 99 ZPO umgangen. Nach dieser Bestimmung hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, im Berufungsverfahren Antrag auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigung zu stellen. Dies ist nicht erfolgt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die teilweise Abschreibung des Verfahrens infolge Klagerückzugs gemäss dem angefochtenen Urteil vom 22. November 2011, Dispositivziffer 1 zweiter Halbsatz, in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 22. November 2011 (CG080021) wird bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 33'500.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 17'280.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'272'933.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: