



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, Oberrichterin Judith Haus Stebler, die Handelsrichter Dr. Stefan Gerster, Christoph Casparis und Christoph Pfenninger sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Urteil vom 6. November 2023

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Klägerin und Widerbeklagten:

(act. 1 S. 2; act. 34 S. 2)

1. Es sei die Beklagte und Widerklägerin zu verurteilen, der Klägerin und Widerbeklagten CHF 2'200'000.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. November 2013 zu bezahlen, unter dem Vorbehalt des Nachklagerechts.
2. Es sei die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten und Widerklägerin

(act. 41 S. 2)

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Eventualiter: Für den Fall, dass die Klage vollständig gutgeheissen werden sollte, sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin über den eingeklagten Betrag von CHF 2'200'000.– hinaus nichts schuldet, namentlich nicht einen zusätzlichen Betrag von CHF 4'194'931.50 zzgl. 5 % Zins seit dem 1. November 2013.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie betreibt das bekannte A._____ mit den dazugehörigen Dependancen und Nebengeschäften.

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine renommierte Schweizer Anwaltskanzlei. Sie ist als Aktiengesellschaft organisiert und hat ihren Sitz in Zürich.

b. Prozessgegenstand

In den Jahren 2007 und 2008 liess die Klägerin einen Renovationsumbau im A._____ durchführen. Zu diesem Zweck schloss sie mit der D._____ AG einen Totalunternehmer-Werkvertrag ab. Dr. E._____, der zu diesem Zeitpunkt bei der Beklagten tätig war, beriet die Klägerin im Zusammenhang mit diesem Umbauprojekt. Im Verlauf des Umbauprojekts kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen der Klägerin und der D._____ AG über den Baufortschritt und die Pflicht zur Leistung von Akontozahlungen. Im Februar 2008 ordnete die Klägerin einen Baustopp an und leistete zwei von der D._____ AG geforderte Akontozahlungen nicht. Die D._____ AG trat daraufhin vom Werkvertrag zurück und klagte in der Folge vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die heutige Klägerin auf Zahlung des ausstehenden Werklohns. Das Handelsgericht hiess diese Klage mehrheitlich gut, wobei Dr. E._____ während laufendem Prozess aus der Kanzlei der Beklagten austrat und nach der Aufnahme der Tätigkeit in seiner neuen Kanzlei die Frist zur Einreichung der Duplik verpasste. Die Klägerin liess das Umbauprojekt nach dem Rücktritt der D._____ AG durch ein Baukonsortium fertigstellen. Sie ist der Auffassung, Dr. E._____ habe sie im Zusammenhang mit dem Baufortschritt und der Pflicht zur Leistung der Akontozahlungen sorgfaltswidrig beraten, weshalb die Beklagte für die eingetretenen Mehrkosten hafte, und erhebt eine Teilklage in der Höhe von CHF 2'200'000.–. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und erhebt eine negative Feststellungseventualwiderklage.

B. Prozessverlauf

Am 11. Dezember 2020 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/1–79). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 wurde von der Klägerin ein Kostenvorschuss einverlangt, welcher fristgerecht geleistet wurde (act. 4; act. 6). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 wurde daraufhin der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 7). Innert Frist reichte die Beklagte mit Eingabe vom 1. März 2021 eine Klageantwort ein und erhob negative Feststellungswiderklage (act. 10; act. 11/1–57). Mit Verfügung vom 3. März 2021 wurde von der Beklagten ein Kostenvorschuss für die Widerklage einverlangt, welcher fristgerecht einging

(act. 14; act. 16). Mit Verfügung vom 20. April 2021 wurde das Verfahren an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 17). Am 26. August 2021 fand eine Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 8 f.). In der Folge wurde das Verfahren zwecks Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis am 28. Februar 2022 sistiert (act. 22; act. 25). Mit Verfügung vom 20. Januar 2022 wurde den Parteien bekannt gegeben, dass die Instruktionsrichterin altershalber aus dem Amt scheidet und das Verfahren neu Oberrichterin Judith Haus Stebler zugeteilt wird (act. 27).

Mit Eingabe vom 24. Februar 2022 teilte die Klägerin mit, die Vergleichsgespräche seien gescheitert und ersuchte um Fortführung des Verfahrens (act. 29). Mit Verfügung vom 28. Februar 2022 wurde die Sistierung aufgehoben, ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Replik und Widerklageantwort angesetzt (act. 30). Mit Eingabe vom 3. Juni 2022 reichte die Klägerin innert erstreckter Frist (act. 32) ihre Replik und Widerklageantwort ein (act. 34). Daraufhin wurde der Beklagten mit Verfügung vom 13. Juni 2022 Frist zur Erstattung einer Duplik und Widerklagereplik angesetzt (act. 37). Innert erstreckter Frist (act. 39) reichte die Beklagte mit Eingabe vom 13. Oktober 2022 eine Duplik und Eventualwiderklagereplik ein, wobei sie ihre Widerklage in ein Eventualbegehren änderte (act. 41; act. 42/1–3). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2022 wurde der von der Beklagten gestellte prozessuale Antrag auf Verzicht auf Einholung einer Eventualwiderklageduplik abgewiesen und der Klägerin Frist zur Erstattung einer Eventualwiderklageduplik angesetzt (act. 43). Am 26. Oktober 2022 beantragte die Klägerin die Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zur Duplik (act. 45). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 1. November 2022 abgewiesen (act. 46). Daraufhin reichte die Klägerin am 5. Dezember 2022 eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 49; act. 50/120–123). Mit Eingabe vom 3. Januar 2023 reichte die Klägerin fristgerecht ihre Eventualwiderklageduplik ein (act. 56). Mit Verfügung vom 5. Januar 2023 wurde diese Eingabe der Beklagten zugestellt und festgehalten, dass der Aktentschluss eingetreten ist (act. 57). Mit Eingabe vom 19. Januar 2023 reichte die Beklagte eine Stellungnahme zur klägerischen Eingabe vom 5. Dezember 2022 (act. 59) und mit Datum vom 30. Januar 2023 eine Stellungnahme zur Eventualwiderklageduplik ein (act. 61). Diese Eingaben wurden der Kläge-

rin am 23. Januar 2023 und am 30. Januar 2023 zugestellt (Prot. S. 27). Mit Verfügung vom 17. August 2023 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 65). Mit Eingaben je vom 5. September 2023 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 67; act. 68). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 31 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

1.2. Änderung der Gerichtsbesetzung

Mit Verfügung vom 20. April 2021 wurde das Verfahren Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler als Instruktionsrichterin zugeteilt (act. 17). Im Verlaufe des Verfahrens schied Dr. Helen Kneubühler altershalber aus dem Amt. Mit Verfügung vom 20. Januar 2022 wurde den Parteien die Umteilung des Prozesses an Oberrichterin Judith Haus Stebler als neue Instruktionsrichterin bekannt gegeben (act. 27). Solche Änderungen sind ohne Weiteres zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2015 vom 29. September 2015, E. 6.2).

1.3. Teilklage

Beim klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 handelt es sich um eine Teilklage auf Zahlung von CHF 2'200'000.–. Nach Art. 86 ZPO kann eine Teilklage erhoben werden, sofern der geltend gemachte Anspruch teilbar ist. Die von der Klägerin erhobene Teilklage auf eine Geldleistung ist ohne Weiteres zulässig (KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 86 N 1b).

1.4. Eventualwiderklage und Klageänderung

Die Beklagte änderte in ihrer (Eventual-)Widerklagereplik ihre Widerklage von einer Haupt- in eine Eventualklage (act. 41). Eine Klageänderung ist vor dem Aktenschluss namentlich dann zulässig, wenn der geänderte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist wie der bisherige und mit diesem in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Nach Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Die Erhebung einer Eventualwiderklage ist möglich (Urteil des Bundesgerichts 4A_342/2018 vom 21. November 2018, E. 3). Die von der Beklagten angehobene Widerklage, welche anschliessend in eine Eventualwiderklage geändert wurde, ist – wie auch die Klage – im ordentlichen Verfahren zu behandeln (Art. 243 ZPO e contrario) und damit zulässig.

1.5. Eingaben nach Aktenschluss/Berücksichtigung der Eventualwiderklageduplik

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Vorliegend ist – sowohl hinsichtlich der Klage als auch der Eventualwiderklage – der Aktenschluss nach Durchführung des jeweiligen zweiten Schriftenwechsels eingetreten (vgl. act. 57). Präzisierend ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Ausführungen der Klägerin in der Eventualwiderklageduplik – unter Vorbehalt, dass die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind – nur für die allfällige Beurteilung der Eventualwiderklage, nicht aber für die Klage, berücksichtigt werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2020 vom 17. Juli 2020, E. 4).

Nach Aktenschluss vorgebrachte Tatsachen und Beweisofferten in Stellungnahmen sind nur insoweit zu beachten, als sie die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen. Dies gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf Dupli-

knoven. Ist die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven (erst nach Abschluss des Schriftwechsels entstandene Tatsachen oder Beweismittel) angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltsnachweis gelingt, ist unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlassen, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5). Die gleichen Voraussetzungen gelten für Noven in jeder weiteren Eingabe und mündlichen Stellungnahme nach Aktenschluss. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler zur ständigen Praxis des HGer ZH: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11d).

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik der Beklagten ein. Darin führte sie zwar eingangs allgemein die Voraussetzungen zum Vorbringen von Noven aus. Sie begnügte sich indessen in der Folge damit, pauschal zu behaupten, diese Voraussetzungen seien erfüllt, ohne für jede neue Tatsache die Zulässigkeitsvoraussetzungen darzulegen (act. 49 Rz. 5 ff.). Damit kann die Eingabe vom 5. Dezember 2022 für die Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden. Gleiches gilt auch für die zwei von der Beklagten nach Aktenschluss erfolgten Eingaben vom 19. Januar 2023 und vom 23. Januar 2023, zumal darin die Voraussetzungen für das Vorbringen von Noven nicht aufgezeigt wurden (act. 59; act. 61).

Zur Eventualwiderklageduplik der Klägerin vom 3. Januar 2023 ist festzustellen, dass darin ebenfalls nicht ausgeführt wird, weshalb die dortigen Vorbringen für die

Beurteilung der Klage zulässig sind (act. 56). Entsprechend ist diese nur für die allfällige Beurteilung der Eventualwiderklage zu berücksichtigen.

1.6. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b).

Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert

vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

2. Überblick

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

2.1.1. Umbauprojekt der Klägerin

Die Klägerin führte einen Renovationsumbau der beiden Gebäudeteile F._____ und G._____ im A._____ in C._____ durch (act. 1 Rz. 19; act. 10 Rz. 7). In Bezug auf dieses Projekt wirkte die H._____ als Bauherrenvertreterin (act. 1 Rz. 19 f.; act. 10 Rz. 54). Zur Realisierung des Umbauprojekts schloss die Klägerin mit der D._____ AG im Frühjahr 2007 einen Werkvertrag ab (act. 1 Rz. 42 ff.; act. 10 Rz. 65 ff.). Die D._____ AG verpflichtete sich darin, das Werk als Totalunternehmerin zu realisieren. Der Werkvertrag beinhaltete zudem ein Terminprogramm. Zum Werkpreis wurde ein Kostendach von CHF 26'824'680.– inkl. MwSt. und die Leistung von Akontozahlungen gemäss einem Zahlungsplan vereinbart. Gemäss den Vertragsbestimmungen waren die jeweiligen Akontozahlungen nur unter der Voraussetzung geschuldet, dass die Arbeiten gemäss dem Terminprogramm fertiggestellt wurden. In Bezug auf die Verbindlichkeit des Terminprogramms wurde im Werkvertrag sodann vereinbart, dass sich der Fertigstellungstermin bei Verzögerungen aus Gründen, welche nicht die D._____ AG verursacht hat, nach hinten verschiebt. Der Zahlungsplan sah namentlich eine per 31. Dezember 2007 zu leistende 9. Akontozahlung von CHF 2'808'360.– inkl. MwSt. und eine am 31. Januar 2008 fällige 10. Akontozahlung über CHF 2'507'080.– inkl. MwSt. vor (act. 1 Rz. 45 ff.; act. 10 Rz. 340).

2.1.2. Rolle der Beklagten

Dr. E._____, welcher zum Zeitpunkt des Umbaus bei der Beklagten tätig war, beriet die Klägerin im Zusammenhang mit dem Umbauprojekt. Der Umfang des Mandates ist zwischen den Parteien umstritten (act. 1 Rz. 21 ff.; act. 10 Rz. 60 ff.; act. 34 Rz. 52 ff.).

2.1.3. Weiterer Verlauf des Umbauprojekts

Im Verlauf der Bauarbeiten kam es zu Verzögerungen. Die D._____ AG stellte am 22. November 2007 die 9. Akontozahlung und am 5. Dezember 2007 die 10. Akontozahlung in Rechnung (act. 1 Rz. 80; act. 10 Rz. 393 ff.). Auf Gesuch der D._____ AG hin führte das Kreisamt Oberengadin am 24. Dezember 2007 eine vorsorgliche Beweisführung durch (act. 1 Rz. 100; act. 10 Rz. 424 ff.). I._____ von der H._____, welche für die Klägerin als Bautreuhänderin tätig war, sandte der D._____ AG am 28. Dezember 2007 eine E-Mail, worin er ausführte, dass die Bedingungen für die 9. Akontozahlungen noch nicht erfüllt seien, da ein aktueller Finanzrapport ausstehend und keine minimale Benutzbarkeit von zwei Zimmern im 3. Obergeschoss gewährleistet sei, womit sich eine Terminverzögerung ergebe. Pendant sei zudem die Anpassung des Zahlungsplans (act. 1 Rz. 103; act. 10 Rz. 123 f.). Mit Schreiben vom 1. Februar 2008 verlangte die H._____ im Auftrag der Klägerin erneut die Anpassung des Zahlungsplans (act. 1 Rz. 117; act. 10 Rz. 136 ff.). Am 7. Februar 2008 verhängte die Klägerin sodann einen Baustopp (act. 1 Rz. 122 ff.; act. 10 Rz. 147 ff.). Am 11. Februar 2008 sandte Dr. E._____ der D._____ AG namens der Klägerin ein Schreiben zu, worin er festhielt, dass vor Weihnachten lediglich eine Teilübernahme stattgefunden habe und der Grund hierfür nach Beurteilung der Bauherrschaft eine zu lange Submissions- und Vergabephase im Frühjahr und Sommer 2007 gewesen sei. Aufgrund des fehlenden Baufortschritts habe die Klägerin die 9. und 10. Akontozahlung einbehalten. Er forderte die D._____ AG auf, einen angepassten Zahlungsplan sowie ein neues Bauprogramm vorzulegen (act. 1 Rz. 125; act. 10 Rz. 153 ff.). Das Schreiben von Dr. E._____ kreuzte sich mit einem Schreiben der D._____ AG vom gleichen Tag. Die D._____ AG schrieb der Klägerin darin, dass die Bauverzögerungen ihrer Ansicht nach der Klägerin anzulasten seien und setzte der Klägerin eine (Nach-)Frist zur Leistung der 9. und 10. Akontozahlung bis am 15. Februar 2008 (act. 1 Rz. 127 ff.; act. 10 Rz. 161 ff.). Mit E-Mail vom 15. Februar 2008 erklärte Dr. E._____ namens der Klägerin gegenüber der D._____ AG, eine Leistung der 9. und 10. Akontozahlung komme nicht in Frage, weil der Baufortschritt dies nicht zulasse und die D._____ AG zuerst ein neues Bauprogramm und einen neuen Zahlungsplan präsentieren müsse (act. 12 Rz. 137 f.; act. 10 Rz. 172). Die D._____ AG er-

klärte daraufhin mit Schreiben vom 19. Februar 2008 vorsorglich den Rücktritt vom Werkvertrag (act. 1 Rz. 140 ff.; act. 10 Rz. 173 ff.). In der Folge kam es zwischen der Klägerin und der D._____ AG zu Gesprächen, welche indessen ergebnislos verliefen (act. 1 Rz. 149; act. 10 Rz. 177 ff.). Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 bestätigte die D._____ AG den Rücktritt vom Werkvertrag und erklärte, sie werde den Bau mit Stichtag 1. März 2008 abrechnen (act. 1 Rz. 151 ff.; act. 10 Rz. 182 ff.).

2.1.4. Fertigstellung des Umbaus

Die Klägerin liess das Umbauprojekt nach Beendigung des Werkvertrags mit der D._____ AG durch ein Baukonsortium, die J._____ (nachfolgend auch: J._____), fertigstellen (act. 1 Rz. 157; act. 10 Rz. 199 f.).

2.1.5. Klage der D._____ AG gegen die heutige Klägerin vor Handelsgericht

In der Folge klagte die D._____ AG gegen die heutige Klägerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich und beantragte, diese sei zur Zahlung von CHF 10'448'215.– nebst Zins zu verpflichten. Die heutige Klägerin wurde in diesem Verfahren durch Dr. E._____ vertreten (act. 1 Rz. 175; act. 10 Rz. 201 ff.). Am 28. September 2010 fand vor dem Handelsgericht eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher der damalige Instruktionsrichter eine Zahlung von CHF 7'000'000.– vorschlug. Die heutige Klägerin und die D._____ AG konnten keine Einigung erzielen (act. 1 Rz. 176 ff.; act. 10 Rz. 201 ff.; act. 34 Rz. 150). Per 31. Dezember 2010 trat Dr. E._____ aus der Kanzlei der Beklagten aus und praktizierte fortan in der Unkostengemeinschaft K._____ Rechtsanwälte. Er vertrat die heutige Klägerin weiterhin im handelsgerichtlichen Verfahren (act. 1 Rz. 179; act. 10 Rz. 59). Nachdem die D._____ AG ihre Replik eingereicht hatte, erhielt die heutige Klägerin Gelegenheit zur Erstattung einer Duplik bis 8. März 2011. Dr. E._____ reichte innert Frist keine Duplik ein. Mit Verfügung vom 6. Mai 2011 wies das Handelsgericht eine von Dr. E._____ verspätet eingereichte Duplik vom 21. März 2011 aus dem Recht und ein von ihm gestelltes Fristwiederherstellungsgesuch ab (act. 1 Rz. 180 ff.; act. 10 Rz. 201 ff.). Das Handelsgericht verpflichtete die heutige Klägerin mit Urteil vom 4. September 2012 zur Zahlung von CHF

8'049'350.70 nebst Zins. Zudem auferlegte es ihr Gerichtskosten von CHF 129'000.– und sprach der D._____ AG eine Parteientschädigung von CHF 77'000.– zzgl. MwSt. zu (act. 1 Rz. 183 ff.; act. 10 Rz. 201 ff.). Das Bundesgericht wies eine von Dr. E._____ namens der heutigen Klägerin gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde mit Urteil vom 19. April 2013 ab, auferlegte der Klägerin Gerichtskosten in der Höhe von CHF 30'000.– und verpflichtete sie zur Zahlung einer Parteientschädigung von CHF 35'000.– (act. 1 Rz. 187; act. 10 Rz. 201 ff.).

2.2. Standpunkte der Parteien

2.2.1. Klägerin

Die Klägerin macht eine sorgfalts- und pflichtwidrige Beratung durch Dr. E._____ geltend. Um den reibungslosen Ablauf des Umbauprojekts rechtlich abzusichern und sie hinsichtlich der Vorgehensweise zu beraten, habe sie die Beklagte mandatiert und sei von Dr. E._____ beraten worden, dies zumal weder sie noch ihre Bauherrenvertreterin über genügend rechtliche Kompetenzen verfügt hätten. Die Beklagte habe den Auftrag erhalten, die sich stellenden Fragen gründlich, umfassend und juristisch vertieft abzuklären. Es sei dabei insbesondere um die rechtliche Beurteilung von Kostenerhöhungen im Rahmen der Projektierung des Bauvorhabens sowie um die Frage, ob die vereinbarten Akontozahlungen geschuldet waren, gegangen. Ziel sei es gewesen, den Umbau in der Zwischensaison voranzutreiben und den Hotelbetrieb in der Hochsaison im Sommer und im Winter aufrecht zu erhalten. Juristische Auseinandersetzungen während der Bauphase habe es daher zu vermeiden gegolten. Die Beklagte sei auch umfassend instruiert und jeweils über sämtliche Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Umbauprojekt auf dem Laufenden gehalten worden. Insbesondere als es um die Frage, ob die 9. und 10. Akontozahlung zu bezahlen seien, gegangen sei, sei sie auf die rechtliche Beurteilung und Beratung durch die Beklagte angewiesen gewesen (act. 1 Rz. 19 ff.; act. 34 Rz. 52 ff. und 111 ff.).

Die Beklagte habe es unterlassen, die juristische Verbindlichkeit des im Werkvertrag vereinbarten Zahlungsplans und den Zusammenhang zwischen den vertrag-

lichen Bauterminen und dem Zahlungsplan zu prüfen. Die Beklagte hätte dabei insbesondere den Werkvertrag richtig auslegen müssen, sie habe aber den darin vorgesehenen Mechanismus falsch verstanden. Zur Prüfung der Verbindlichkeit hätte es auch gehört, abzuklären, wer für die Bauverzögerungen verantwortlich gewesen sei. Auch dies sei nicht erfolgt. Die Beklagte habe es auch versäumt, die Chancen und Risiken der Einbehaltung der 9. und 10. Akontozahlung zu beurteilen und sie über die Risiken aufzuklären. Sie habe dabei namentlich verkannt, dass ein drohender Vertragsrücktritt zum Wegfall des im Werkvertrag vereinbarten Kostendachs führe. Im Widerspruch zur Sach- und Rechtslage habe ihr die Beklagte geraten und sodann für sie entschieden, keine Akontozahlungen mehr zu leisten, bis die D._____ AG einen angepassten Zahlungsplan vorgelegt habe. Es sei nicht nachvollziehbar, auf welche Grundlage die Beklagte die Forderung nach einem angepassten Zahlungsplan stützen wolle (act. 1 Rz. 53 ff. und 194 ff.; act. 34 Rz. 10 ff. und 84 ff.).

Die Beklagte sei stets über den tatsächlichen Baufortschritt informiert gewesen und habe daher auch gewusst, dass Anfang Februar 2008 die Zahlung der 9. Akontozahlung geschuldet und für die 10. Akontozahlung eine Teilzahlung zu leisten gewesen sei. Obwohl sie dies gewusst habe, habe sie für die Klägerin entschieden, dass keine Akontozahlungen mehr geleistet würden, bis ein neuer Zahlungsplan vorliege. Auf Anraten der Beklagten habe sie zudem am 7. Februar 2008 einen Baustopp angeordnet. Die D._____ AG sei aufgrund des Zahlungs- und Baustopps, welche beide durch die sorgfalts- und pflichtwidrige Beratung der Beklagten verursacht worden seien, vom Werkvertrag zurückgetreten. Die Beklagte habe damit den Vertragsrücktritt der D._____ AG kausal verursacht. Wäre sie von der Beklagten richtig beraten worden, hätte sie keinen Baustopp angeordnet und ihre Akontozahlungen nicht eingestellt und damit die Rücktrittserklärung der D._____ AG und die daran anschliessende Auseinandersetzung verhindert. Die D._____ AG hätte das Umbauprojekt als Totalunternehmerin mit dem werkvertraglichen Kostendach fertiggestellt (act. 1 Rz. 91 ff. und 200 f.; act. 34 Rz. 95 ff.).

Über den Rücktritt der D._____ AG sei in der Presse negativ berichtet worden, wodurch sie, die Klägerin, einen Imageschaden erlitten habe, welcher in der Luxushotellerie schwer wiege und nachhaltig sei. Zudem sei durch den Vertragsrücktritt das vereinbarte Kostendach entfallen und sie habe den Bau durch die J._____ fertigstellen lassen und dafür CHF 7'200'143.85 inkl. MwSt. bezahlen müssen. Für den Rechtsstreit mit der D._____ AG seien Anwaltskosten in der Höhe von CHF 405'488.60 angefallen. Die fehlerhafte Beratung habe auch Grundlage der Haltung im Prozess gegen die D._____ AG gebildet. Hinzu kämen die Gerichtskosten und Parteientschädigungen sowie weiterer Schaden aufgrund von Umbuchungen und Stornierungen. Ihre tatsächlichen Ausgaben für das Umbauprojekt beliefen sich unter Berücksichtigung der geleisteten Akontozahlungen und dem gemäss handelsgerichtlichem Urteil an die D._____ AG zu zahlenden Werklohn samt Zins auf gesamthaft CHF 33'401'301.50. Wenn die Beklagte sorgfältig vorgegangen wäre, hätte die D._____ AG das Werk nach dem Kostendach und den vom Handelsgericht zugesprochenen Bestellungsänderungen für CHF 27'206'370.– fertigstellen müssen. Ihr sei daher ein Schaden von mindestens CHF 6'194'931.50 entstanden, wovon sie einen Teilbetrag von CHF 2'200'000.– geltend mache (act. 1 Rz. 156 ff. und 202 ff.; act. 34 Rz. 175 ff. und 532 ff.).

2.2.2. Beklagte

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Der Verwaltungsrat und die Direktion der Klägerin seien ausserordentlich geschäftserfahren und zudem fach- und rechtskundig gewesen. Weiter sei sie von einem Bauherrenvertreter unterstützt worden (act. 10 Rz. 31 ff.). Es treffe nicht zu, dass die Parteien ein allumfassendes Beratungsmandat vereinbart hätten. Vielmehr sei Dr. E._____ lediglich mit Bezug auf bestimmte Fragen von der Klägerin beigezogen worden, namentlich für die Frage betreffend Überschreitung von Kostenschätzungen sowie ab Herbst 2007 wegen der drohenden verzögerten Fertigstellung des Umbauprojekts (act. 10 Rz. 60 ff. und 232 ff.; act. 41 Rz. 118). Dr. E._____ sei von den Vertretern der Klägerin stets so instruiert worden, dass die Bauverzögerungen der D._____ AG anzulasten seien (act. 41 Rz. 125 ff.).

Es liege keine Pflichtverletzung durch Dr. E._____ vor. Die Klägerin konstruiere die angebliche Pflichtverletzung aus dem Prozessverlust gegen die D._____ AG. Dies stelle eine unzulässige ex-post Betrachtung dar. Dr. E._____ habe den massgeblichen Sachverhalt korrekt abgeklärt. Er habe auf die Richtigkeit der von der Klägerin gemachten Ausführungen vertrauen dürfen. Das Handelsgericht habe sich in seinem Urteil auf Sachverhaltsfeststellungen, welche den Dr. E._____ erteilten Instruktionen widersprochen hätten, gestützt. Massgeblich seien die tatsächlichen Verhältnisse im Winter 2007/2008 und nicht die Feststellungen des Handelsgerichts. Die im Werkvertrag vorgesehenen Meilensteine seien Ende Dezember 2007 wegen des Verzugs der D._____ AG nicht erreicht gewesen, womit die Klägerin die Akontozahlungen habe zurückhalten dürfen (act. 10 Rz. 204 ff.; act. 41 Rz. 125 ff., 150 ff. und 205 ff.). Es liege sodann auch keine Verletzung einer Aufklärungspflicht vor, denn die Klägerin sei selbst fach- und rechtskundig gewesen. Bei dieser Ausgangslage habe Dr. E._____ die Klägerin nicht noch weiter darüber aufklären müssen, dass bei einem fortgesetzten Baustopp und weiterer Einbehaltung der Akontozahlungen ein Vertragsrücktritt der D._____ AG nicht auszuschliessen sei (act. 10 Rz. 232 ff.; act. 41 Rz. 220 ff.).

Die Klägerin habe selbst und ohne sie zu konsultieren entschieden, die 9. und 10. Akontozahlung nicht zu leisten und am 7. Februar 2008 einen Baustopp zu verhängen (act. 10 Rz. 123 ff. und 127 ff.). Es fehle daher auch an einem adäquaten Kausalzusammenhang, da der als schadensauslösendes Ereignis bezeichnete Vertragsrücktritt der D._____ AG auf den Baustopp zurückzuführen sei, welchen die Klägerin selbst und ohne ihr Zutun verhängt habe (act. 10 Rz. 292 ff.). Der Prozessverlust gegen die D._____ AG sei, wie dies die Klägerin in ihren Rechtsschriften selbst ausführe, auf die fehlende Duplik zurückzuführen. Das Handelsgericht habe daher angenommen, dass die Bauverzögerungen der Klägerin anzulasten seien (act. 10 Rz. 204 ff. und 302 f.; act. 41 Rz. 27 ff. und 106 ff.).

Sie bestreite, dass die Klägerin einen Schaden erlitten habe. Die Klägerin habe zunächst die Schadensbehebungskosten zu spät gedeckt und die Schlussrechnung nicht beglichen. Damit habe sie, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen sei, den behaupteten Schaden im Umfang von CHF 2'731'621.95 nicht reduziert

(act. 10 Rz. 267 ff.; act. 41 Rz. 98 ff.). Die vorgebrachten Fertigstellungskosten seien von der Klägerin sodann nicht rechtsgenügend substantiiert. Sie bestreite diese sowohl im Grundsatz als auch im Quantitativ. Tatsächlich seien unter dem Titel Fertigstellungskosten qualitativ und quantitativ mehr und andere Leistungen erbracht worden als gemäss dem Werkvertrag von der D._____ AG geschuldet. Sie bestreite auch, dass die Klägerin die geltend gemachten Kosten tatsächlich bezahlt habe (act. 10 Rz. 270 ff.; act. 41 Rz. 36 ff.). Die angeführten Honorarkosten bildeten sodann keinen Schaden, zumal der Auftraggeber bei einer Schadenersatzzahlung so gestellt werde, wie wenn der Auftrag richtig erfüllt worden sei. Selbst wenn die Klägerin Anspruch auf Ersatz der Honorarkosten hätte, entfielen auf Leistungen im Zusammenhang mit dem Vertragsrücktritt lediglich CHF 79'145.–, während der Rest mit der behaupteten pflichtwidrigen Beratung nichts zu tun habe (act. 10 Rz. 280 ff.).

3. Rechtliche Grundlagen der Anwaltshaftung

Der Anwaltsvertrag untersteht dem Auftragsrecht im Sinne von Art. 394 ff. OR. Die vertragliche Haftung des Anwalts richtet sich nach Art. 398 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 97 OR. Der Anwalt haftet entsprechend für eine getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Ein Schadenersatzanspruch des Auftraggebers setzt nebst einer Verletzung der vertraglichen Pflichten durch den Anwalt das Vorliegen eines Schadens, Kausalität zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden des Beauftragten voraus (FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2017, N 1139 ff. und N 1453 ff.). Zwischen den Parteien sind – mit Ausnahme des Verschuldens – sämtliche Anspruchsvoraussetzungen der Anwaltshaftung strittig. Diese sind nachfolgend zu prüfen.

4. Schaden

4.1. Parteistandpunkte

4.1.1. Übersicht über den Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin bringt zum Schaden vor, sie habe nach dem Rücktritt der D._____ AG die Fertigstellung der Arbeiten an ein Konsortium übertragen, wobei sie mit

fast allen bisherigen Subunternehmern direkt Verträge zur Fertigstellung habe abschliessen können (act. 1 Rz. 157). Für die Realisierung des Umbauprojekts seien ihr gesamthaft Kosten in der Höhe von CHF 33'401'301.50 entstanden. Dieser Betrag setze sich wie folgt zusammen (act. 34 Rz. 532 ff.):

- CHF 11'341'040.– inkl. MwSt. für die 1.-8. Akontozahlung
- CHF 4'000'000.– Akontozahlung vom 1. Oktober 2008
- CHF 8'049'350.70 zugesprochene Klageforderung gemäss Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2012
- CHF 2'127'496.35 Zinszahlung gemäss Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2012
- CHF 7'200'143.85 inkl. MwSt. Kosten der Fertigstellung durch die J. _____
- CHF 405'488.60 Anwaltskosten
- CHF 159'000.– Gerichtsgebühren
- CHF 118'782.– Parteientschädigungen sowie Weisungskosten.

Der hypothetische Vermögensstand, wenn die Beklagte sorgfältig vorgegangen wäre, bestehe in den Auslagen, die angefallen wären, wenn die D. _____ AG das Bauprojekt vertragsgemäss als Totalunternehmerin fertiggestellt hätte. Gemäss dem Werkvertrag hätte sie der D. _____ AG CHF 26'824'680.– inkl. MwSt. bezahlen müssen, zuzüglich der Bestellungenänderungen in der Höhe von CHF 381'690.–, mithin total CHF 27'206'370.–. Nicht einzubeziehen seien beim hypothetischen Vermögensstand die Anwaltsrechnungen der Beklagten sowie von Dr. E. _____, da der gesamte Honoraranspruch aufgrund der Sorgfaltspflichtverletzung verwirkt sei. Ebenso hätte die Rücktrittserklärung und daran anschliessend ein Prozess vermieden werden können, weshalb auch die Rechtskosten nicht zu berücksichtigen seien (act. 1 Rz. 209 ff.; act. 34 Rz. 537 ff.). Der Schaden bzw. die Differenz zwischen dem tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand betrage daher mindestens CHF 6'194'931.50, wovon sie CHF 2'200'000.– als Teilklage geltend mache (act. 1 Rz. 212; act. 34 Rz. 537 ff.).

Darüber hinaus sei ihr weiterer Schaden durch Umbuchungen und Stornierungen von Gästen entstanden, was zu Umsatzverlust in Millionenhöhe geführt habe. Dies vor dem Hintergrund ihres notorisch äusserst anspruchsvollen Gästeseg-

ments. Die Umbuchungen und Stornierungen hätten schliesslich auch zu einem Imageschaden geführt (act. 1 Rz. 169 f.; act. 34 Rz. 527 ff.).

4.1.2. Übersicht über den Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte bringt dagegen vor, die Klägerin hätte die Schlussrechnung der D._____ AG honorieren und damit den Schaden reduzieren können und müssen. Es wäre dann nicht zu einer Auseinandersetzung mit der D._____ AG, sondern nur mit der Beklagten und bzw. oder mit Dr. E._____ gekommen. Der Entscheid, mit der D._____ AG Streit zu führen, habe nichts mit der behaupteten Falschberatung zu tun. Für die dadurch entstandenen Kosten könne die Beklagte nicht haftbar gemacht werden. Sie habe daher mindestens Folgekosten von CHF 2'731'621.95 selbst zu tragen. Dieser Betrag setze sich zusammen aus CHF 2'127'469.35 Verzugszins, CHF 326'343.60 Anwaltskosten, CHF 159'000.– Gerichtsgebühren und CHF 118'782.– Parteientschädigungen (act. 10 Rz. 267 ff.; act. 41 Rz. 98 ff.).

Sie bestreite weiter die von der Klägerin vorgebrachten Fertigstellungskosten in der Höhe von CHF 7'200'143.85 inkl. MwSt. im Grundsatz und quantitativ. Es sei zwar unstrittig, dass der Umbau beim Rücktritt der D._____ AG nicht fertiggestellt gewesen sei. Die Klägerin mache es sich bei der Darlegung der Fertigstellungskosten aber zu einfach und stütze sich auf die Gesamtschlussrechnung, welche zusätzlich mit Unternehmerrechnungen und Zahlungsanweisungen hinterlegt sei. Die Vorbringen der Klägerin erfüllten die Substantiierungsanforderungen nicht. Es sei nicht möglich, zu den vorgebrachten Fertigstellungskosten sachgerecht Stellung zu nehmen, ebenso fehlten taugliche Beweisofferten. Sie bestreite daher in Bezug auf jeden einzelnen Unternehmer mit Nichtwissen, dass die Rechnungen Leistungen betreffen, welche die D._____ AG hätte erbringen müssen, und dass dieselben Konditionen zur Anwendung gekommen seien. Sie bestreite auch, dass die Leistungen die Fertigstellung des Werks betroffen hätten (act. 41 Rz. 36 ff.). Die Klägerin habe unter dem Titel Fertigstellung quantitativ und qualitativ mehr und anderes leisten lassen als gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag geschuldet (act. 41 Rz. 57 ff.). Die Klägerin belege auch nicht, dass sie die Fertigstellungskosten tatsächlich bezahlt habe und lege einzig Zahlungsanweisungen und

Vergütungsaufträge vor, worin die Klägerin ersucht worden sei, diese Rechnungen zu bezahlen. Sie bestreite daher, dass die Beklagte die Zahlungen der Rechnungen effektiv und in der behaupteten Höhe erbracht habe (act. 41 Rz. 64 ff.).

Die Klägerin behaupte weiter, Honorarkosten in der Höhe von CHF 405'488.60 bezahlt zu haben. Dies treffe nicht zu. Tatsächlich habe sie nur CHF 381'259.50 bezahlt. Die Honorarkosten bildeten aber ohnehin keinen Schaden, da die Beklagte, sollte die Klage wider Erwarten gutgeheissen werden, durch Zusprechung von Schadenersatz so gestellt würde, wie wenn der Auftrag richtig erfüllt worden wäre. Selbst wenn jedoch davon auszugehen sei, dass die Klägerin mit ihrer Klage durchdringe und Anspruch auf Honorarkosten hätte, habe der Auftragnehmer Anspruch auf Honorierung derjenigen Leistungen, die für den Auftraggeber brauchbar gewesen seien. Die Klägerin wolle den Eindruck erwecken, die Beklagte und Dr. E._____ seien nur im Zusammenhang mit dem Vertragsrücktritt der D._____ AG und dem nachfolgenden Prozess für die Klägerin tätig gewesen und hätten dafür Honorare in der Höhe von CHF 405'588.60 vereinnahmt. Dies sei falsch. Die Leistungen hätten nur beschränkt mit dem Vertragsrücktritt und dem nachfolgenden Prozess zu tun und beträfen auch andere Leistungen, die mit dem Umbauprojekt nichts zu tun hätten. Auch nicht alle Leistungen in Bezug auf die D._____ AG hätten mit dem streitgegenständlichen Rücktritt zu tun. Namentlich beträfen die Leistungen bis November 2007 die Überschreitung der Kostenschätzungen. Zudem habe sie Leistungen im Zusammenhang mit Mängelbehebungen erbracht. Sie habe auf jeden Fall Anspruch auf Honorierung derjenigen Leistungen, die nichts mit dem streitgegenständlichen Vertragsrücktritt zu tun hätten. Zudem habe es die Klägerin in der Hand gehabt, die Schlussrechnung der D._____ AG zu honorieren, sodass spätestens per 10. August 2008 keine weiteren Anwaltskosten mehr aufgelaufen wären. Als mögliche Schadensposition komme, sofern hierzu überhaupt eine Berechtigung bestehe, einzig ein Betrag von CHF 79'145.– in Betracht (act. 10 Rz. 280 ff.; act. 41 Rz. 449).

4.2. Rechtliches

Bei einem Vermögensschaden orientiert sich der Schadensbegriff an der Differenztheorie. Nach der Differenztheorie entspricht der Schaden der ungewollten

Verminderung des Reinvermögens der Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen – nach dem schädigenden Ereignis festgestellten – Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1; BGE 132 III 359 E. 4; BGE 132 III 321 E. 2.2.1). Der Schaden ist die ungewollte bzw. unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 144 III 155 E. 2.2; BGE 132 III 359 E. 4).

Im Vertragsrecht sind zwei unterschiedliche Differenzrechnungen denkbar: Das positive Interesse wird definiert als die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand der Geschädigten, der sich bei richtiger Vertragserfüllung ergeben hätte, und dem tatsächlichen Vermögensstand. Als negatives Interesse gilt die Differenz zwischen dem hypothetischen Stand des Vermögens, der sich ergeben hätte, wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen worden wäre, und dem tatsächlichen Vermögensstand (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, N. 2898 f.). Beim Anwaltsvertrag hat der beauftragte Anwalt im Falle einer kausalen Pflichtverletzung das Erfüllungsinteresse (positives Interesse) zu ersetzen (FELLMANN, a.a.O., N 1460).

Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Schadens obliegt der Klägerin (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 32).

Betreffend Schaden sind zwischen den Parteien die seitens der Klägerin geltend gemachten Fertigstellungs- und Anwaltskosten sowie die von der Beklagten eingewendete nicht erfolgte Schadenminderung strittig. Nachfolgend ist zunächst auf die Fertigstellungskosten, welche Kernstreitpunkt sind, einzugehen.

4.3. Fertigstellungskosten

4.3.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin bringt vor, ihr seien für die Fertigstellung des Werks Kosten in der Höhe von CHF 7'200'143.85 inkl. MwSt. entstanden. In diesem Zusammenhang dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, vor welchem Hintergrund sie nach dem

Vertragsrücktritt der D._____ AG die Umbauarbeiten habe fertigstellen müssen. Sie sei im Winter 2008 vor einer angefangenen, aber verlassenen, Baustelle gestanden und habe keine Kenntnis über den genauen Stand der Arbeiten gehabt. Um das Projekt fertigzustellen, habe sie sich zunächst das Wissen mit Bezug auf jeden einzelnen Bauunternehmer separat aneignen müssen. Ein Grossteil dieser Informationen wäre vertragstypusbedingt über die Totalunternehmerin gelaufen, wenn der Werkvertrag fortgesetzt worden wäre. Sie habe sich aufgrund der Kenntnis der Baustelle und Nähe zu den Unternehmern an die L._____ AG gewandt. Diese habe sich bereiterklärt, zusammen mit der M._____ AG unter der Bezeichnung J._____ (J._____) das Umbauprojekt fertigzustellen. Die neue Bauleitung habe zunächst zusammen mit ihr und den einzelnen Unternehmern den Stand der Arbeiten eruiert. Anschliessend seien die einzelnen Unternehmer angefragt worden, ob sie die unter dem TU-Werkvertrag der D._____ AG angefangenen Arbeiten abschliessen wollten. Glücklicherweise hätten sich nahezu alle dazu bereit erklärt, und dies erst noch zu denselben Konditionen, wie sie von der D._____ AG vereinbart worden seien (act. 34 Rz. 199 ff.).

Per 31. Juli 2009 habe die J._____ die Gesamtschlussrechnung erstellt. Die Schlussrechnung sei transparent aufgeteilt in "Fertigstellungskosten 2008", "Schnittstellenkosten 2008" und "Fertigstellung Zi. 451". Diese Unterteilung habe es der J._____ ermöglicht, abzugrenzen, welche Arbeiten für die vertragskonforme Fertigstellung des Umbauprojekts gemäss ursprünglichem TU-Werkvertrag angefallen seien. Diese Kosten seien unter der Bezeichnung "Fertigstellungskosten 2008" aufgeführt. Unter der Bezeichnung "Schnittstellenkosten 2008" seien die quantifizierbaren Aufwendungen für Kosten aufgeführt, welche effektiv durch die Wiederaufnahme der Arbeiten nach dem Vertragsrücktritt der D._____ AG entstanden seien. Diese Kosten wären ohne den Rücktritt der D._____ AG überhaupt nicht entstanden. Dazu gehöre insbesondere der Wiederaufbau von Installationen, Lagerhaltung des Materials und Mehraufwände der Administration etc. oder die Anpassung und Wiedereinrichtung der Baustelle. Entsprechend seien sämtliche Aufwände notwendig gewesen, um das Umbauprojekt fertigzustellen. Schliesslich seien unter der Bezeichnung "Fertigstellung Zi. 451" die Kosten für die Fertigstellung der Direktorenwohnung separat verbucht worden, da im Zeit-

punkt des Abschlusses der verschiedenen Werkverträge der neuen Projekt- und Bauleitung zu wenig konkrete Informationen zur genauen Ausgestaltung der Direktorenwohnung vorgelegen hätten. Man habe mit einer separaten Verbuchung sicherstellen wollen, dass ein nachvollziehbarer Überblick über die Kosten der Erstellung dieses Zimmers bestehe (act. 34 Rz. 208 ff.).

Teilweise seien in der Gesamtschlussabrechnung Nachträge mit "N" vermerkt. Es handle sich dabei aber auch um Leistungen, welche vom ursprünglichen Werkvertrag erfasst seien, weshalb sie ebenfalls zu den Fertigstellungskosten gehörten. Dies betreffe beispielsweise die BKP 224.0, wo es um die notwendige Absturzsicherung sowie Rinnenausbildung gehe, sowie die BKP 281.4, bei der zusätzliches Material habe geliefert werden müssen. Soweit solche Nachträge über den ursprünglich mit der D._____ AG vereinbarten Leistungsumfang hinausgingen, seien diese Beträge gerade nicht in dieser Spalte aufgeführt und bei der Gesamtsumme nicht berücksichtigt. Die Rechnungen seien sodann jeweils von der Bauleitung geprüft und anschliessend mittels Zahlungsanweisungen und Vergütungsaufträgen zur Zahlung freigegeben worden. Diese enthielten teilweise auch Mehrkosten und Änderungswünsche. Solche Kosten seien aber in der Schlussrechnung nicht erfasst (act. 34 Rz. 213 ff.).

Die Klägerin geht in der Folge auf sämtliche BKP der Schlussrechnung separat ein. Die diesbezüglichen Ausführungen sind einheitlich gehalten. Zu den Fertigstellungskosten (inkl. den Kosten für das Zimmer 451) führt sie jeweils aus, für welche Art von Arbeiten bzw. Bauleistungen Zahlungen in welcher Höhe ausgerichtet worden seien. Zudem werden regelmässig die durch die Zahlungen begünstigten Unternehmer genannt (act. 34 Rz. 233-493).

Zu den sogenannten Schnittstellenkosten bringt die Klägerin jeweils einzeln vor, welchen Betrag sie an wen bezahlt habe. Zudem wird teilweise eine Art der Leistung angegeben und festgehalten, dass es sich um Arbeiten für die Wiederaufnahme gehandelt habe, welche aufgrund des Wegfalls des Werkvertrages mit der D._____ AG angefallen seien (act. 34 Rz. 253, 260, 264, 268, 278, 288, 305, 337, 344, 355, 356, 365, 368, 372, 386, 403, 410, 417, 427, 433, 440, 444, 451, 456, 466 und 482).

Für den Fall der Bestreitung der Fertigstellungskosten gemäss der Schlussabrechnung offeriere sie jeweils ein Gutachten. Der Gutachter habe dabei die Richtigkeit der Schlussrechnung samt den zugehörigen einzelnen Belegen zu prüfen, konkret, dass die in der Gesamtschlussabrechnung aufgeführten Arbeiten zur Fertigstellung der per 29. Februar 2008 bestehenden Baustelle dienten. Zudem sei N._____, damaliger Projektleiter bei der L._____ AG, der die Fertigstellung begleitet habe, als Zeuge zu befragen (act. 34 Rz. 497).

Schliesslich seien sämtliche in der Schlussabrechnung aufgelisteten Kosten bezahlt worden. Auf allen Rechnungen sei ersichtlich, dass die Auszahlung korrigiert und sodann ein Stempel "Bezahlt" mit dem jeweiligen Zahlungsdatum angebracht worden sei. Weiter bestehe für jede Zahlung ein Vergütungsauftrag. Im Bestreitungsfall sei von sämtlichen Unternehmern eine schriftliche Auskunft einzuholen (act. 34 Rz. 498 ff.).

4.3.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte hält dem entgegen, sie bestreite die von der Klägerin vorgebrachten Fertigstellungskosten in der Höhe von CHF 7'200'143.85 inkl. MwSt. im Grundsatz und quantitativ. Es sei zwar unstrittig, dass der Umbau beim Rücktritt der D._____ AG nicht fertiggestellt gewesen sei, unter anderem seien die Meilensteine, die per 14. Dezember 2007 hätten erreicht sein müssen, nicht erreicht worden. Die Klägerin stütze sich aber nur auf die Gesamtschlussrechnung. Sie versäume es, das Klagefundament zu behaupten, obwohl die fehlende Substantiierung bereits in der Klageantwort beanstandet worden sei. Die D._____ AG und die Klägerin hätten sich darauf verständigt, per 29. Februar 2008/1. März 2008 abzurechnen. Welchen Stand die Arbeiten zu diesem Zeitpunkt gehabt hätten, werde von der Klägerin nicht dargelegt. Dies sei erstaunlich, denn nur aufgrund von substantiierten Angaben hierzu könne ermittelt werden, welche von der D._____ AG versprochenen Arbeiten noch ausstehend und somit vonnöten gewesen seien, um das ursprünglich versprochene Werk fertigzustellen. Sie bestreite daher den Arbeitsstand per 1. März 2008 mit Nichtwissen (act. 41 Rz. 36 ff.).

Das Klagefundament sei auch zu den Fertigstellungskosten ungenügend. Die Klägerin lege neben der Gesamtschlussrechnung der J._____ einzig Rechnungen von Unternehmen vor, zusammen mit Zahlungsanweisungen und Vergütungsaufträgen der Bauleitung. Zudem offeriere sie einen Zeugen und ein Gutachten. In dieser Form behaupte sie alle angeblichen Fertigstellungskosten. Es sei nicht möglich, zu den vorgebrachten Fertigstellungskosten sachgerecht Stellung zu nehmen, ebenso fehlten taugliche Beweisofferten. Die Klägerin hätte mindestens behaupten und belegen müssen, was der Inhalt des ursprünglichen Vertrags mit der D._____ AG gewesen sei, welche Arbeiten bis zum Vertragsrücktritt durch die D._____ AG erledigt worden seien und was Inhalt der neu abgeschlossenen Werkverträge gewesen sei. Dies hätte es ermöglicht, zu beurteilen, ob die in der Schlussrechnung enthaltenen Leistungen der Differenz zwischen den von der D._____ AG geleisteten und versprochenen Arbeiten entsprechen, und welche Arbeiten effektiv ab dem 1. März 2008 erbracht worden seien. Nebst dem Vertrag fehlten auch die den Rechnungen zugrunde liegenden Regierapporte, sodass nicht nachvollzogen werden könne, welche Arbeiten geleistet worden seien. Die Klägerin müsse denn auch in ihrer Replik mehrfach einräumen, dass "irrtümlich" Positionen erfasst worden seien. Sie könne in Bezug auf keinen Subunternehmer die erwähnten Punkte nachvollziehen. Dies könne auch nicht durch das offerierte Zeugnis sowie das Gutachten geheilt werden. Sie bestreite daher in Bezug auf jeden einzelnen Unternehmer mit Nichtwissen, dass die Rechnungen Leistungen, welche die D._____ AG hätte erbringen müssen, betreffen und dass dieselben Konditionen zur Anwendung gekommen seien. Sie bestreite auch, dass die Leistungen die Fertigstellung des Werks betreffen (act. 41 Rz. 43 ff.).

Die Klägerin habe unter dem Titel Fertigstellung quantitativ und qualitativ mehr und anderes leisten lassen als gemäss Werkvertrag von der D._____ AG geschuldet. Zwischen der D._____ AG und der Klägerin sei es zu grossen Diskussionen gekommen, welche Leistungen unter den TU-Vertrag fielen und welche Mehrleistungen darstellten. Dies namentlich in Bezug auf das Verständnis des Begriffs "... Standard". Die Klägerin habe von der Beklagten auch Mängelbehebungen an einem Flachdach eines Verbindungsbaus verlangt, obwohl dieses gar nicht Gegenstand des TU-Vertrags gewesen sei. Diese Kosten seien nun aber

ebenfalls in der Schlussrechnung enthalten. Es sei daher davon auszugehen, dass die Klägerin unter dem Titel "Fertigstellung" zahlreiche Arbeiten habe ausführen lassen, die qualitativ und quantitativ über das von der D._____ AG Versprochene hinausgingen. Es sei auch davon auszugehen, dass die Klägerin den Unternehmern bessere Konditionen eingeräumt habe, als dies die D._____ AG getan habe, da sie davon ausgegangen sei, die Kosten auf die D._____ AG überwälzen zu können. Nach der provisorischen Berechnung der D._____ AG entfielen von der Schlussrechnung mindestens Kosten von CHF 1'900'000.– zzgl. MwSt. auf Arbeiten, die nicht unter das Kostendach gefallen wären, oder die als Zusatzleistungen zu einer Erhöhung des Kostendachs des TU-Werkvertrags geführt hätten. Sie schliesse sich dem an und mache geltend, dass Kosten in der Höhe von mindestens CHF 1'900'000.– zzgl. MwSt. zu Unrecht als Fertigungskosten qualifiziert seien. Hinzu kämen anteilige Mehrkosten für zusätzliche HLKSE-Anlagen sowie aufwändigere Gipserarbeiten und doppelte Auftragsvergaben (act. 41 Rz. 52 ff.). Die von der Klägerin behaupteten Fertigungskosten seien auch unplausibel. Die D._____ AG habe bis zum Vertragsrücktritt das Kostendach unterschritten und dafür sogar noch einen Bonus erhalten. Das Kostendach für das gesamte Werk habe CHF 24'930'000.– exkl. MwSt. zzgl. Mehrkosten von CHF 381'690.– und CHF 31'109.60 betragen, womit sich ein Kostendach von CHF 25'372'799.– exkl. MwSt. ergebe. Nach Abzug der Werklohnforderung der D._____ AG seien somit noch CHF 3'716'888.– für die Fertigstellung übriggeblieben. Die Klägerin behaupte nicht, weshalb dieser Betrag nicht genügt habe, um das Werk fertigzustellen. Dies leuchte auch nicht ein, sei das Werk doch gestützt auf die Fertigstellungsgrade im handelsgerichtlichen Urteil bereits weitestgehend fertig gewesen. Ausgehend von der klägerischen Behauptung, die Subunternehmer hätten zu den gleichen Konditionen wie mit der D._____ AG den Bau fertig gestellt, sei auch nicht einsichtig, weshalb die Fertigstellung nicht auch unter dem Kostendach gelegen habe. Wenn, wovon auszugehen sei, dass die Klägerin qualitativ und quantitativ mehr von den Unternehmern verlangt habe, hätte auch das Kostendach angehoben werden müssen (act. 41 Rz. 57 ff.).

Die Klägerin belege auch nicht, dass sie die Fertigungskosten bezahlt habe und lege einzig Zahlungsanweisungen und Vergütungsaufträge vor, worin die

Klägerin ersucht worden sei, diese Rechnungen zu bezahlen. Die Zahlungsnachweise würden sich zwanglos aus den Belastungsanzeigen der Banken ergeben, über welche die Klägerin verfügen müsse. Dass solche unerlässlich seien, zeige sich beispielsweise daran, dass die Klägerin in der Klage behauptete, CHF 2'127'496.36 Zinsen bezahlt zu haben, nun aber nach Vorlage eines Zahlungsbelegs ihren Anspruch auf CHF 2'076.365.20 reduziere. Zudem mache sie zur BKP 285.1 Innere Malerarbeiten geltend, CHF 190'035.50 bezahlt zu haben, obwohl die Schlussrechnung nur den Betrag von CHF 185'310.70 ausweise. Sie bestreite daher, dass die Beklagte die vorgebrachten Rechnungen effektiv und in der behaupteten Höhe bezahlt habe (act. 41 Rz. 64 ff.).

Die Klägerin mache als Teil der Fertigstellungskosten CHF 283'952.25 für das Zimmer 451, bei dem es sich um die Penthouse-Suite handle, geltend. Es sei zwar grundsätzlich richtig, dass dieses per Vertragsrücktritt noch nicht fertig gewesen sei. Die von der Klägerin behaupteten Kosten würden aber im Quantitativ bestritten. Sie gehe davon aus, die Klägerin habe mit den behaupteten Kosten weitgehend extravagante Wünsche des Direktorenehepaars erfüllt, auf welche sie gemäss dem TU-Werkvertrag keinen Anspruch gehabt habe. Die Klägerin mache namentlich geltend, das Ende Februar/Anfang März 2008 noch zu wenig konkrete Informationen zur genauen Ausgestaltung der Direktorenwohnung vorgelegen hätten, was nichts anderes heisse, als dass sich das Direktorenehepaar noch nicht entschieden gehabt habe, wie ihr Luxuslogis aussehen soll. Im Prozess gegen die D._____ AG habe die Klägerin gar vortragen lassen, erst während der Sommersaison 2008 seien die letzten Detailplanungen für die Penthouse-Suite abgeschlossen worden. Auch sei der Ausführungsstandard zwischen der D._____ AG und der Klägerin ein grosser Streitpunkt gewesen. Die Klägerin habe sich auf einen "... Standard" berufen, die D._____ AG sich aber gegen extravagante Ausführungen unter diesem Titel, welcher im TU-Vertrag nicht vorkomme, gewehrt. So habe das Direktorenehepaar u.a. Natursteine der höchsten Qualitätsstufe in Küche und Bad, umfangreichere und teurere Holzmöblierung, aufwändige Gipser- und Holzbauarbeiten mit Spezialwünschen verlangt. Das Direktorenehepaar habe eine "über"-rollende Planung betrieben. Dies zeige sich beispielsweise an der Rechnung der O._____ AG, welche die Klägerin bezahlt haben wolle, worin ein

funktionstaugliches Gelände ersetzt worden sei. Das Direktorenehepaar habe sich nach der Vertragsauflösung mit der D._____ AG nicht mehr eingeschränkt gefühlt und sich extravagante Wünsche erfüllt. Sie bestreite daher die für die angebliche "Fertigstellung" geltend gemachten Kosten. Diese hätten zu einer Erhöhung des Kostendachs geführt und zusätzlich vergütet werden müssen (act. 41 Rz. 68 ff.).

Die Klägerin mache weiter sogenannte "Schnittstellenkosten" geltend. Sie bestreite diese im Grundsatz und im Quantitativ. Laut der Klägerin seien mit Ausnahme eines Unternehmers alle anderen bereit gewesen, mit der Klägerin zu denselben Konditionen weiterzuarbeiten. Es sei daher nicht einsichtig, dass der blosser Wechsel des Vertragspartners auf der Baustelle Zusatzkosten verursacht habe. Die D._____ AG habe sich tatkräftig um einen reibungslosen Übergang bemüht und der Klägerin alle Unterlagen und Verträge betreffend Subunternehmer zukommen lassen. Sie habe auch die Planer und Subunternehmer ermächtigt, der Klägerin die Arbeitsergebnisse für die Umbaufortsetzung zur Verfügung zu stellen. Betrachte man die vorgebrachten Schnittstellenarbeiten, zeige sich, dass es sich gar nicht um solche handle, sondern um normale Bauarbeiten. Schnittstellenkosten würden sich, wenn überhaupt, aufgrund des von der Klägerin verhängten Baustopps vom 7. Februar 2008 und nicht wegen des Vertragsrücktritts der D._____ AG ergeben. Die Arbeiten seien erst nach Abschluss der Wintersaison 2008 im April 2008 wieder aufgenommen worden. Soweit Unternehmer für diesen Arbeitsunterbruch etwas verlangt hätten, habe die Klägerin die Kosten selbst zu tragen, wären sie doch auch angefallen, wenn die D._____ AG nicht vom Vertrag zurückgetreten wäre. Die Schnittstellenkosten von gesamthaft CHF 456'124.55 seien weder im Grundsatz noch im Quantitativ ausgewiesen und würden bestritten (act. 41 Rz. 76 ff.).

Sie bestreite auch, dass die von der Klägerin geltend gemachten Nachträge für die Fertigstellung notwendig gewesen seien. Unter den behaupteten Fertigstellungsarbeiten habe es viele Regiearbeiten, wobei oft die Regierapporte fehlten, sodass nicht einmal klar sei, welche Arbeiten überhaupt erbracht worden seien. Um Regiearbeiten handle es sich im Übrigen, wenn ein Vertrag etwas nicht vor-

sehe, also etwas Zusätzliches verlangt werde. Da die Klägerin behauptete, die Unternehmer hätten zu den gleichen Konditionen weitergearbeitet, seien keine Regiearbeiten notwendig. Sie gehe daher davon aus und mache geltend, dass die Regiearbeiten Zusatzarbeiten, Mängelbehebungsarbeiten, Reparaturen und Ähnliches betroffen hätten, und nicht die Fertigstellung des Werkes (act. 41 Rz. 83 ff.).

Die Beklagte bestreitet sodann sämtliche von der Klägerin einzeln vorgebrachten Positionen der Schlussrechnung (act. 41 Rz. 356-431).

4.3.3. Würdigung

Die Klägerin stützt die vorgebrachten Fertigstellungskosten auf die Schlussrechnung der J._____ vom 31. Juli 2009. Diese beinhaltet nach den Ausführungen der Klägerin sogenannte Fertigstellungskosten 2008, Kosten für das Zimmer 451 und Schnittstellenkosten 2008. Nachfolgend ist zunächst auf die Kosten für die Fertigstellung inkl. diejenigen für das Zimmer 451 (sog. Direktorenwohnung bzw. Penthouse-Suite) und anschliessend auf die Schnittstellenkosten einzugehen.

a) Fertigstellungskosten inkl. Zimmer 451

Die Klägerin legt ihrer geltend gemachten Forderung zugrunde, dass sie bei sorgfaltspflichtgemässer Beratung durch die Beklagte keinen Baustopp angeordnet und die Akontozahlungen nicht eingestellt hätte, wodurch es nicht zu einem Vertragsrücktritt der D._____ AG gekommen wäre und diese das Werk gemäss den Vereinbarungen im Werkvertrag fertiggestellt hätte. Für die bei der Beurteilung des Schadens massgebliche Differenztheorie bedeutet dies einerseits, dass die hypothetischen Kosten ohne das schädigende Ereignis – wie dies von der Klägerin auch ins Feld geführt wird – den Kosten gemäss dem werkvertraglichen Kostendach entsprechen. Andererseits muss dies in Bezug auf die der Klägerin tatsächlich entstandenen Kosten zur Folge haben, dass hinsichtlich der Fertigstellung des Werks nach dem Rücktritt der D._____ AG einzig Kosten berücksichtigt werden können, welche für die Errichtung des Werkes, wie es im ursprünglichen Werkvertrag vereinbart wurde und von der D._____ AG geschuldet war, notwen-

dig waren. Die im Werkvertrag zwischen der Klägerin und der D._____ AG vereinbarten Leistungen begrenzen entsprechend die für die Fertigstellung anrechenbaren tatsächlichen Ausgaben. Ausgaben für abweichende bzw. weitergehende Leistungen als jene, welche gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag von der D._____ AG geschuldet waren, können keine für die Berechnung des Schadens zu berücksichtigenden tatsächlichen Ausgaben darstellen.

Das Gesagte hat zur Konsequenz, dass für die Beurteilung der von der Klägerin geltend gemachten Fertigstellungskosten für jede einzelne Leistungsposition die tatsächlich erbrachten Arbeiten mit den gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag von der D._____ AG geschuldeten Leistungen verglichen werden müssen. Es ist daher unabdingbar, dass die für den Schaden behauptungs- und beweisbelastete Klägerin für jede einzelne Leistung gesondert und genügend bestimmt zu behaupten hat, (1) was gemäss dem Werkvertrag von der D._____ AG geschuldet war, (2) wie weit die Arbeiten beim Rücktritt der D._____ AG bereits fortgeschritten waren bzw. welche Arbeiten noch ausstehend waren und (3) welche konkreten Leistungen von der J._____ erbracht wurden. In diesem Zusammenhang kann der Beklagten keine qualifizierte Bestreitungslast zukommen, denn eine solche bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien, in dem Sinne dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1.). Vorliegend handelt es sich bei den von der Klägerin in den Prozess einzubringenden Tatsachen aber gerade um solche, welche sich während des Umbauprojekts in ihrem eigenen Hotel zugetragen haben und welche sie folglich aus erster Hand wahrgenommen hat. Die Klägerin macht denn auch selbst geltend, nach dem Rücktritt der D._____ AG habe die neue Bauleitung den Stand der Arbeiten aufnehmen müssen, was insbesondere anhand des amtlichen Befunds, welchen sie im vorliegenden Verfahren zur Edition anbietet, erfolgt sei (act. 34 Rz. 206). Damit steht sie diesen Tatsachen näher als die Beklagte.

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin vorgebrachten Fertigstellungskosten (act. 10 Rz. 223 ff., 270 ff. und 487 f.; act. 41 Rz. 36 ff. und 356 ff.). Es obliegt da-

her der Klägerin, diese substantiiert zu behaupten (vgl. vorstehend E. 1.6.). Die klägerischen Behauptungen zu den Fertigstellungskosten sowie zu den Kosten für die Fertigstellung des Zimmers 451 (sog. Direktorenwohnung bzw. Penthouse-Suite) erfüllen die vorstehend erläuterten Anforderungen an eine substantiierte Darlegung indessen nicht. Die Klägerin äussert sich zwar zu sämtlichen in der Schlussrechnung enthaltenen BKP und legt jeweils dar, für welche Art von Arbeiten bzw. Bauleistungen Zahlungen in welcher Höhe ausgerichtet worden seien. Zudem werden regelmässig die durch die Zahlungen begünstigten Unternehmer genannt. Sie unterlässt es aber bei sämtlichen Positionen, die jeweils gemäss dem Werkvertrag von der D._____ AG geschuldeten Leistungen konkret darzulegen und den Stand der Arbeiten im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts zu erläutern. Es mangelt der Sachdarstellung der Klägerin aber auch an einer rechtsgenügenden Konkretisierung hinsichtlich der geleisteten Arbeiten, begnügt sie sich doch damit, lediglich pauschal die Art der geleisteten Arbeiten, z.B. Maurerarbeiten oder Montage der Sonnenstoren, zu behaupten. Sie zeigt dabei aber nicht auf, welche spezifischen Arbeiten wo erbracht wurden (act. 34 Rz. 233-493; Beispiele: zu BKP 211.6 Baumeisterleistungen "Weiter werden in der Zahlungsanweisung Nr. ... vom 22. Juli 2009 [Beilage 113/14] Fertigstellungsarbeiten im Sinne von Baustelleneinrichtungen, Maurerarbeiten und Abbrüche sowie Demontagen in Höhe von CHF 47'906.60 erfasst, welche auch unter dem Totalunternehmervertrag geschuldet gewesen wären" act. 34 Rz. 251; zu BKP 221.1 Fenster aus Holz/Metall "Erfasst werden zunächst Fertigstellungsarbeiten im Umfang von CHF 8'001.50 [Beilage 70 S. 9 BKP 221.1] für Arbeiten der P._____ AG. Dieser Betrag basiert auf den Zahlungsanweisungen Nr. 7 vom 23. Mai 2008 über CHF 5'576.20 [Beilage 113/27] sowie Nr. 33 vom 11. August 2008 über CHF 2'425.30 [Beilage 113/28]" act. 34 Rz. 267; zu BKP 228.3 Sonnenstoren "Die Q._____ AG erbrachte die Materiallieferung und Montage der Sonnenstoren im 4. OG. Hierfür wurde in der Gesamtschlussabrechnung ein Betrag von CHF 5'475.85 erfasst [Beilage 70, S. 11 BKP 228.3], davon gemäss Zahlungsanweisung Nr. 77 vom 11. November 2008 über CHF 3'810.40 [Beilage 113/50] sowie Nr. 119 vom 20. Januar 2009 über CHF 1'665.45 [Beilage 113/51]. Auch bei diesen Arbeiten handelt es sich um Fertigstellungsarbeiten" act. 34 Rz. 299).

Es kann im Lichte der vorstehenden Erwägungen nicht genügen, wie es die Klägerin durchgehend tut, bloss zu behaupten, gewisse Arten von Arbeiten seien für die Fertigstellung notwendig gewesen, denn damit bleibt letztlich gänzlich unklar, was von der D._____ AG ursprünglich geschuldet und wie der Stand der Arbeiten beim Vertragsrücktritt war. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, welche konkreten Arbeiten tatsächlich erbracht wurden. Teilweise verweist die Klägerin sodann (faktisch) auf die eingereichten Beilagen (vgl. act. 34 Rz. 274 "Schliesslich werden noch Kosten von CHF 77'556.70 gemäss Zahlungsanweisung Nr. 46 vom 3. September 2008 [Beilage 113/36] erfasst. Die Schlussrechnung listet die entsprechenden Fertigstellungsarbeiten zusätzlich auf" und act. 34 Rz. 276 "Die R._____ AG erledigte für die A._____ diverse Spenglerarbeiten, welche übersichtlich in Fertigstellungsarbeiten, Schnittstellenkosten und Mehrkosten/Nachträge aufgeteilt wurden [Beilage 70, S. 9 f. BKP 224.0, Beilage 113/38]. Letztere Kosten wurden in der Gesamtschlussrechnung nicht aufgeführt"), was nicht zulässig ist. Die entsprechenden Behauptungen sind vielmehr in der Rechtsschrift selbst aufzustellen (Urteil des Bundesgerichts 4A_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.4.1. ff.).

Auch die wenigen etwas spezifischer gehaltenen Ausführungen vermögen die Anforderungen an eine rechtsgenügende Substantiierung nicht zu erfüllen. So wird beispielsweise zu BKP 213.2 Stahlkonstruktion ausgeführt, die Balkone seien im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts noch vollständig fertigzustellen gewesen. Auch hier erschliesst sich aber nicht, welche Leistungen konkret erbracht wurden und was von der D._____ AG in Bezug auf Balkone genau geschuldet war (act. 34 Rz. 258). Zur BKP 273.4 Allgemeine Schreinerarbeiten 'G._____ und 451' hält die Klägerin u.a. fest, die Rechnung der S._____ AG belege, dass es sich um Fertigungskosten handle, da darin explizit darauf hingewiesen werde, dass "die Positionen sich auf den Beschrieb des Vertrages mit der T._____ [T._____ AG] und auf die Architektenpläne beziehen". Welche konkreten Positionen und Arbeiten dies sein sollen, erhellt daraus aber nicht (act. 34 Rz. 389). Die Beklagte hält dem nämlich entgegen, es seien zwar einige Positionen mit dieser Bezeichnung enthalten, die Rechnung enthalte aber auch Listen mit "Unvorhergesehene Schreinerarbeiten" und "Weitere Zusatzleistungen" (act. 41 Rz. 406). In Bezug auf die BKP 531 Bauzeitversicherungen bringt die Klägerin vor, sie habe nach dem Rück-

tritt der D._____ AG bei der Gebäudeversicherung U._____ eine Bauzeitversicherung für CHF 12'740.75 abschliessen müssen, was vom Werkvertrag mit der D._____ AG abgedeckt gewesen wäre (act. 34 Rz. 485). Daraus lässt sich zwar entnehmen, dass der Abschluss einer Bauzeitversicherung durch die D._____ AG geschuldet war. Nicht klar ist aber insbesondere, für welchen Zeitraum diese Versicherung abgeschlossen wurde. In dieser Hinsicht wird von der Beklagten aber gerade vorgebracht, es handle sich um eine Prämie des Jahres 2009, mithin für die Zeit nach dem Abschluss des Umbauprojekts (act. 41 Rz. 428). Zu den BKP 291.1 Architekt Ausführungsplanung, BKP 291.2 Bauleitung und BKP 524 Vervielfältigungen führt die Klägerin aus, die D._____ AG habe als Totalunternehmerin nicht nur Bau- sondern auch Planungsleistungen erbracht, wobei für ausserhalb des vereinbarten Kostendachs ausgeführte Arbeiten ein zusätzliches Architektenhonorar von 6% sowie eine zusätzliche Entschädigung für erforderliche Nebenkosten von 5% der Bausumme vorgesehen gewesen sei. Wann welche konkreten Arbeiten ausgeführt wurden bzw. welche und wie viele Vervielfältigungen, Kopien und dergleichen erstellt wurden, erschliesst sich aus den Ausführungen der Klägerin indes nicht (act. 34 Rz. 448-457, 475-483 und 707 ff.).

An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Klägerin für gewisse Kosten selbst geltend macht, diese gingen über das gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag von der D._____ AG geschuldete Kostendach hinaus und seien nicht in der Schlussrechnung enthalten (act. 34 Rz. 215, 217, 219 ff., 255, 269, 276, 280, 307, 310, 315, 323, 326, 338, 345, 357, 366, 373, 382, 393, 423, 428, 452, 462, 483 und 496). Dies kann nicht von der rechtsgenügenden Substantiierung der tatsächlich für die Fertigstellung notwendigen Ausgaben entbinden. Würde im Umkehrschluss aus dem Umstand, dass gewisse Kosten nach der Sachdarstellung der Klägerin keine Fertigstellungskosten darstellen, auf die genügende Vorbringung der effektiven Fertigstellung geschlossen, wäre es weder dem Gericht möglich, diese Angaben zu überprüfen, noch der Gegenpartei diese sachgerecht zu bestreiten. Die klägerischen Behauptungen zu den Fertigstellungskosten inkl. jenen des Zimmers 451 erweisen sich gesamthaft als nicht hinreichend substantiiert.

b) Schnittstellenkosten

Die von der Klägerin als Schnittstellenkosten bezeichneten Auslagen können im Sinne der Differenztheorie für die tatsächlich angefallenen Kosten berücksichtigt werden, wenn es sich um aufgrund des Vertragsrücktritts entstandene zusätzliche Kosten handelt, welche bei einer Werkerstellung durch die D._____ AG nicht angefallen wären. Für eine genügende Substantiierung dieser Kosten ist notwendig, dass dargelegt wird, welche konkreten Mehrleistungen zufolge von spezifischen aus dem Vertragsrücktritt der D._____ AG resultierenden Umständen angefallen sind.

Obwohl die Beklagte die Schnittstellenkosten bestreitet (act. 41 Rz. 76 ff., 362, 363, 364, 366, 367, 369, 372, 378, 394, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 405, 409, 410, 413, 414, 416, 417, 419, 420, 422 und 427), begnügt sich die Klägerin auch in dieser Hinsicht mit bloss pauschalen Vorbringen. Die Klägerin bringt jeweils einzeln vor, welche Zahlungen sie an wen geleistet hat. Zudem wird teilweise eine Leistungsart genannt und festgehalten, dass es sich um Arbeiten für die Wiederaufnahme gehandelt habe (act. 34 Rz. 253, 260, 264, 268, 278, 288, 305, 337, 344, 355, 356, 365, 368, 372, 386, 403, 410, 417, 427, 433, 440, 444, 451, 456, 466 und 482; Beispiele: zu BKP 211.6 Baumeisterarbeiten "Die Schnittstellenkosten über CHF 61'831.90 setzen sich zusammen aus CHF 9'073.35 gemäss Zahlungsanweisung Nr. ... vom 22. Juli 2009 [Beilage 113/14] für Baureinigung, -wasser, -strom sowie Schuttabfuhr. Zudem CHF 6'758.55 als direkte Zahlung gemäss Zahlungsanweisung Nr. 204 vom 10. Juli 2009, Seite 1 [Beilage 113/1] für die Materiallieferung des Schiebetors. Schliesslich CHF 50'000.– gemäss Zahlungsanweisung Nr. 69 vom 29. Oktober 2008 [Beilage 113/12] für Baumeisterarbeiten, welche aufgrund des Vertragsrücktritts der D._____ AG entstanden sind." act. 34 Rz. 253; zu BKP 291.2 "Weiter wurden CHF 54'628.75 an die Bauleitung, der J._____, bezahlt, die zu den sogenannten Schnittstellenkosten 2008 gehören, mithin um Aufwendungen für die Wiederaufnahme der Arbeiten zur werkvertragskonformen Fertigstellung. Auch diese Kosten entstanden direkt dadurch, dass der Totalunternehmer-Werkvertrag mit der D._____ AG nicht mehr galt" act. 34 Rz. 456).

Diese Ausführungen erfüllen die Substantiierungsanforderungen nicht. Es bleibt gestützt auf die Vorbringen der Klägerin gänzlich unklar, welche konkreten Leistungen erbracht wurden und weshalb diese gerade auf den Vertragsrücktritt der D._____ AG zurückzuführen sind. Es genügt in dieser Hinsicht nicht, wie es die Klägerin tut, pauschal auszuführen, diese Kosten seien durch den Vertragsrücktritt der D._____ AG entstanden. Die Klägerin hätte vielmehr zunächst die jeweiligen konkreten Umstände, die zu den Mehrkosten geführt haben, vorbringen müssen. Darüber hinaus hätte sie aufzeigen müssen, welche spezifischen Arbeiten aufgrund dessen erledigt werden mussten. Gestützt auf die klägerischen Vorbringen ist es nicht möglich, die von ihr ins Feld geführten Auslagen zu überprüfen bzw. sachgerecht zu bestreiten.

Einen leicht höheren Detaillierungsgrad weisen nur wenige Vorbringen zu den Schnittstellenkosten auf. So wird zur BKP 226.4 Verputzte Aussenwärmedämmungen zwar ausgeführt, die Beer Eusebius habe einen Wasserschaden für CHF 2'149.– behoben, welcher zwischen dem Vertragsrücktritt der D._____ AG und der Wiederaufnahme der Bauarbeiten entstanden sei (act. 34 Rz. 288). Unklar bleibt nach diesen Ausführungen einerseits, wo dieser Wasserschaden entstanden sein soll, und andererseits was der Grund hierfür war. Es greift zu kurz, alleine aus dem Umstand, dass ein Wasserschaden zwischen dem Baustopp und der Wiederaufnahme der Arbeiten aufgetreten ist, zu schliessen, dieser sei zufolge des Vertragsrücktritts entstanden. Vielmehr sind auch andere Gründe, wie z.B. eine Beschädigung durch Mitarbeiter der Klägerin oder Hotelgäste, denkbar. In Bezug auf BKP 272.2 Metallbauarbeiten 451 bringt die Klägerin vor, es habe in der Penthouse-Suite für CHF 27'902.55 ein bereits bestehendes und montiertes Geländer demontiert, korrigiert und wieder montiert werden müssen. Weshalb dies gerade auf den Rücktritt der D._____ AG zurückzuführen sein soll, erschliesst sich nicht, hält die Klägerin dazu doch lediglich pauschal fest, dies sei erforderlich gewesen, weil die D._____ AG vom Vertrag zurückgetreten sei und die bisher erbrachten Arbeiten fertigzustellen gewesen seien (act. 34 Rz. 368). Es genügt auch nicht, wenn die Klägerin zu den Arbeiten der V._____ GmbH vorträgt, diese habe in ihrer Rechnung festgehalten, es seien zufolge des Arbeitsunterbruchs Kosten für zusätzliche Baustelleninstallationen, die Lagerhaltung von

Material sowie ein Mehraufwand für die Administration in der Höhe von CHF 8'783.45 angefallen (act. 34 Rz. 211 und 264). Auch dabei handelt es sich um bloss pauschale und für einen Beweis nicht genügend konkretisierte Behauptungen, welche weder die konkreten Arbeiten spezifizieren noch die Umstände, die zu Mehrkosten geführt haben, darlegen. Gesamthaft erweisen sich damit auch die klägerischen Behauptungen zu den Schnittstellenkosten als nicht hinreichend.

c) Gutachten und Zeugenbefragung

Der Verweis auf ein gerichtlich in Auftrag zu gebendes Gutachten (vgl. act. 34 Rz. 497 sowie bei jeder geltend gemachten Position des BKP) reicht zur Substantiierung der Fertigstellungs- und Schnittstellenkosten ebenfalls nicht aus. Ein Gutachten kann eine genügend konkrete und substantiierte Parteibehauptung nicht ersetzen. Seitens des Gerichts wird ein Gutachten auf Antrag einer Partei dann eingeholt, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorgetragen wurden, zu deren Beurteilung es besonderer Fachkenntnisse bedarf (DIKE Komm ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 5 und 7). Die das Gutachten beantragende Partei hat konkret vorzutragen, was das Gutachten letztlich dartun soll. D.h. sie hat die einzelnen Tatsachen, die sie mit dem Gutachten beweisen will, zu behaupten, darzulegen, dass die zu beweisenden Tatsachen erheblich sind und (zumindest sinngemäss) ohne Beizug eines Sachverständigen nicht abgeklärt werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A_48/2019 vom 29. August 2019, E. 5.4.1.1; vgl. BGE 127 III 365 E. 2c). Fehlen wie vorliegend genügend substantiierte Behauptungen, ist kein Beweis abzunehmen. Aufgrund der vorgetragenen klägerischen Behauptungen liesse sich kein Gutachten erstellen. Dasselbe gilt auch für die von der Klägerin angebotene Zeugeneinvernahme von N._____ (act. 34 Rz. 497 sowie bei jeder geltend gemachten BKP). Es wäre Sache der Klägerin gewesen, in den Rechtsschriften konkrete Behauptungen zu den Einzeltatsachen der angefallenen Kosten aufzustellen. Da es an solchen Behauptungen – wie vorstehend erwogen – fehlt, erübrigt sich entsprechend auch die Durchführung der in diesem Zusammenhang als Beweis offerierten Zeugenbefragung.

Gesamthaft erweisen sich die von der Klägerin als tatsächliche Ausgaben vorgebrachten Fertigstellungskosten inkl. jenen für das Zimmer 451 sowie die Schnitt-

stellenkosten in der Höhe von total CHF 7'200'173.85 inkl. MwSt. als nicht rechtsgenügend substantiiert. Sie können daher für die Berechnung des Schadens nicht berücksichtigt werden.

4.4. Fazit

Die Klägerin geht bei der Schadensberechnung von ihr tatsächlich angefallenen Kosten von CHF 33'401'301.50, welchen hypothetische Kosten von CHF 27'206'730.– gegenüberstehen, aus (act. 34 Rz. 532 ff. und 537 f.). Werden von den geltend gemachten tatsächlichen Ausgaben die nicht zu berücksichtigenden Kosten für die Fertigstellung durch die J._____ in der Höhe von CHF 7'200'143.85 abgezogen, verbleiben lediglich tatsächliche Ausgaben von CHF 26'201'157.65. Diese überschreiten den hypothetischen Vermögensstand nicht. Folglich ist kein Schaden ersichtlich. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin weiter geltend gemachten Schadenspositionen, namentlich der entgangene Umsatz und Gewinn, weder in der Klage noch in der Replik beziffert werden (act. 1 Rz. 168 ff.; act. 34 Rz. 527 ff.) und daher keine Berücksichtigung finden können. Da kein Schaden vorhanden ist, ist die Klage bereits aus diesem Grund abzuweisen.

5. Eventualwiderklage

Bei der von der Klägerin erhobenen Eventualwiderklage handelt es sich um ein Eventualbegehren. Als solches ist es nur zu behandeln, wenn dem beklagischen Hauptbegehren, welches vorliegend auf Abweisung der Klage lautet, nicht stattgegeben wird (GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 14 N 9). Da die Klage abzuweisen ist, erübrigt sich die Behandlung der Eventualwiderklage.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Der Klägerin gelingt es nicht, die Kosten für die Fertigstellung des Umbauprojekts nach dem Vertragsrücktritt der D._____ AG hinreichend vorzutragen. Die Klage ist abzuweisen, da ohne diese Kosten kein Schaden vorliegt. Die von der Beklagten erhobene Eventualwiderklage ist daher nicht zu behandeln.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Streitwert

Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren. Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so werden die Streitwerte für die Bestimmung der Prozesskosten grundsätzlich zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Da die Eventualwiderklage vorliegend nicht zu behandeln ist, ist für den Streitwert einzig auf die Klage abzustellen. Der Streitwert beträgt daher CHF 2'200'000.–.

7.2. Gerichtskosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). 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 ZH). Die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr beträgt rund CHF 43'000.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des Aktenumfangs und des Zeitaufwandes des Gerichts ist diese Grundgebühr vorliegend in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG angemessen auf CHF 56'000.– zu erhöhen. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu beziehen und der Beklagten ist im Umfang von CHF 13'000.– das Rückgriffsrecht auf die Klägerin einzuräumen.

7.3. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift oder Verhandlung ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Für die Berechnung der Parteientschädigung ist – anders als für die Gerichtsgebühr – auf den gesamten von der Klägerin geltend gemachten Schaden in der Höhe von CHF 6'194'931.50 (act. 34 Rz. 539) abzustellen, zumal der Beklagten

der Aufwand für die Bestreitung der Forderung in dieser Höhe effektiv entstanden ist. Gestützt auf den gesamten Schaden beträgt die Grundgebühr rund CHF 78'000.–. Die Beklagte hat nebst der Klageantwort und Widerklagebegründung eine Duplik und Widerklagereplik eingereicht. Zudem fand eine Vergleichsverhandlung statt. Hierfür ist die Grundgebühr um 40% auf CHF 109'000.– zu erhöhen. Ein Mehrwertzuschlag wurde nicht beantragt.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 56'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Der Beklagten wird im Umfang von CHF 13'000.– das Rückgriffsrecht auf die Klägerin eingeräumt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 109'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 2'200'000.

Zürich, 6. November 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Lukas Bügler