

GR_GERICHTE ZK2 2016 2 vom 7. Juni 2017

GR Gerichte, 2017-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2016_2

FR: GR_GERICHTE ZK2 2016 2 du 7 juin 2017

IT: GR_GERICHTE ZK2 2016 2 del 7 giugno 2017

Regeste

Forderung aus Ingenieurvertrag | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 2

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine nach Festlegung des Termins für die Sanierungsarbeiten und der darauf gestützt eingeholten Offerten für die Miete eines Ersatzobjekts während der Dauer der Sanierungsarbeiten, für die im Zuge der Sanierungsarbeiten notwendigen Weg- und Rückschaffung der Möbel und für die nach Abschluss der Sanierungsarbeiten notwendigen Verputz-, Maler- und Reinigungsarbeiten noch zu beziffernde Forderung, mindestens jedoch CHF 20'000.00, innert 10 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu bezahlen.

E. 3

Das Urteil sei nach Eintritt der Rechtskraft als vollstreckbar zu erklären.

E. 4

Das Urteil sei nach Eintritt der Rechtskraft als vollstreckbar zu erklären; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt. zu 8%) zu Lasten der Beklagten.“ E. In ihrem Schreiben vom 3. Dezember 2012 ersuchte die Klägerin das Bezirksgericht insbesondere, Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens folgendermassen zu korrigieren:

Seite 4 — 34 „3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten des privaten Sachverständigen in Höhe von CHF 6'556.20.- innert 10 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft zu bezahlen.“ F. Mit Klageantwort vom 18. Februar 2013 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage. In formeller Hinsicht stellte sie den Antrag, es sei der B._____ sowie der C._____ der Streit zu verkünden, was diesen durch das Bezirksgericht mit Schreiben vom 20. Februar 2013 mitgeteilt wurde. G. Die Parteien hielten mit Replik vom 27. März 2013 bzw. Duplik vom 14. Mai 2013 an ihren Rechtsbegehren fest. Die Klägerin stellte in ihrer Replik zudem den Antrag, das Verfahren sei vorerst auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu beschränken und es sei diesbezüglich ein Zwischenentscheid zu fällen, wogegen die Beklagte in ihrer Duplik nichts einwendete. H.1. Das Bezirksgericht Maloja befragte am 14. Oktober 2013 F._____ sowie B._____ als Zeugen. Dem Antrag der Beklagten folgend ordnete der Bezirksgerichtspräsident mit prozessleitender Verfügung vom 6. März 2014 zudem die Einholung einer Expertise an, welche sich über die Ursachen der Schäden am Haus der Klägerin auszusprechen habe. Das Gutachten wurde am 27. Oktober 2014 von dipl. Bauing. ETH/SIA E._____, erstattet, woraufhin die Parteien Ergänzungs- und Erläuterungsfragen stellten, welche dem Experten mit Verfügung vom 6. Januar 2015 zur Beantwortung vorgelegt wurden. Die ergänzte

Expertise datiert vom

E. 6

(Mitteilung).“ J. Hiergegen liess die Kollektivgesellschaft X._____ am 29. Januar 2016 Berufung beim Kantonsgericht Graubünden erheben mit folgenden Rechtsbegehren: „1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Maloja vom 23. Juni 2015, mitgeteilt am 10. Dezember 2015, sei aufzuheben und die Klage in vollem Umfange abzuweisen. 2. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zuzüglich 8% MwSt, zulasten der Berufungsbeklagten und Klägerin.“

Seite 6 — 34 K. Mit Berufungsantwort vom 2. März 2016 liess Y._____ die kosten- und entschädigungsfällige Abweisung der Berufung beantragen. L. Auf die weitergehenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a) Beim angefochtenen Entscheid, welcher offensichtlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von über CHF 10'000.-- zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Entscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der Entscheid des Bezirksgerichtes Maloja (ab 1. Januar 2017 Regionalgericht Maloja) wurde den Parteien am 10. Dezember 2015 mitgeteilt und der Beklagten am 14. Dezember 2015 zugestellt. Die dagegen erhobene Berufung vom 29. Januar 2016 erweist sich unter Berücksichtigung des vom 18. Dezember bis 2. Januar dauernden Fristenstillstandes (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) als fristgerecht. Da das Rechtsmittel zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist darauf einzutreten. b) Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Kognition der Berufungsinstanz ist damit umfassend. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsmittelinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt prüfen kann und auch muss. Mit der Berufung als vollkommenes Rechtsmittel können sodann nicht nur die in Art. 310 ZPO explizit genannten Berufungsgründe der unrichtigen Rechtsanwendung und der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gerügt werden; vielmehr kann auch die Unangemessenheit des erstinstanzlichen Entscheids geltend gemacht werden (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 310 ZPO).

Seite 7 — 34 2.a) Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Parteien einen Bauingenieurvertrag abgeschlossen hätten und die Beklagte die Statikpläne erstellt habe. Bei der Herstellung von Plänen sei von einem Werkvertrag auszugehen. Weiter sei nicht umstritten, dass an den Wänden des Bauwerks Risse vorhanden seien. Streitig seien demgegenüber die Fragen, weshalb diese Risse entstanden seien, wer sich dafür verantwortlich zeichne, auf welche Höhe sich der Schaden belaufe und ob seitens des Architekten der Klägerin eine rechtsgenügende Mängelrüge gegenüber der Beklagten erhoben worden sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 6). b/aa) In der Folge beschäftigte sich die Vorinstanz mit den im Recht liegenden Beweismitteln. Sie hielt fest, der Architekt habe

der Baufirma C._____ im Namen der Klägerin mit Schreiben vom 18. November 2009 sowie jenem vom 10. März 2011 mitgeteilt, dass sich mehrere Risse an den Wänden im Treppenbereich Erd- geschoss zum Dachgeschoss wie auch an den Wänden im Vorplatzbereich des Dachgeschosses gebildet hätten. Mit E-Mail vom 3. Februar 2011 habe der Archi- tekt die Beklagte sowie die Baufirma zu einer Sitzung auf den 10. Februar 2011 im Haus der Klägerin vorgeladen, um das weitere Vorgehen wegen der Rissanie- rung gemäss Mängelrüge vom 18. November 2009 zu besprechen. In der zu die- ser Sitzung erstellten Aktennotiz werde festgehalten, dass die Ursache der Risse noch herausgefunden werden müsse, die Beklagte die Statikpläne konsultiere und diese an die nächste Sitzung vom 22. Februar 2011 mitnehme. Gemäss E-Mail vom 1. September 2011 sei eine weitere Sitzung auf den 14. September 2011 im Haus der Klägerin anberaumt worden, wobei der Architekt die Beklagte tags dar- auf um ihr Einverständnis zur Einholung einer Expertise gebeten habe. Das von der Klägerin in Auftrag gegebene Gutachten datiere vom 4. Januar 2012. Der Ar- chitekt habe dieses sowohl der Baufirma als auch der Beklagten mit E-Mail vom 16. Januar 2012 zugestellt und beide zu einer Stellungnahme aufgefordert. Am 31. Januar 2012 habe er die Baufirma und die Beklagte zu einer Besprechung des Gutachtens sowie des weiteren Vorgehens eingeladen. Mit E-Mail vom 31. Januar 2012 habe die Beklagte erwidert, dass sie die Angelegenheit an ihre Versicherung weitergeleitet habe, eine Besprechung zurzeit keinen Sinn machen und sie sich bezüglich einer neuen Terminabsprache melden würde. Am 21. Februar 2012 ha- be der Architekt der Klägerin mitgeteilt, dass eine weitere Reaktion der Beklagten ausgeblieben sei. Mit Schreiben vom 19. März 2012 sei die Klägerin mit der Bitte um eine Verjährungsverzichtserklärung an die Beklagte gelangt. Darin werde fest- gehalten, dass die Mängel bereits kurz nach dem Bezug bemerkt und sowohl ge- genüber der Beklagten, dem Architekten als auch der Bauunternehmung gerügt

Seite 8 — 34 worden seien. Am 14. September 2011 habe eine Begehung stattgefunden, ohne dass die Ursache für die Risse habe eruiert werden können. Die mittlerweile vor- liegende Expertise belaste die Beklagte bezüglich der Rissbildung (vgl. angefoch- tener Entscheid E. 7b/aa). bb) Alsdann befasste sich die Vorinstanz mit den Aussagen der einvernomme- nen Zeugen. Der Vertreter der Baufirma, F._____, habe ausgesagt, dass der In- genieur an einigen Sitzungen trotz offizieller Einladung nicht anwesend gewesen sei. Ob dieser an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen habe, wisse er nicht mehr. Der Architekt der Klägerin habe klar geäussert, dass ein Mangel vor- liege. Die Äusserung habe als Mängelrüge verstanden werden können, aber viel- leicht weniger betreffend den Ingenieur, da der Fokus immer etwas zu stark auf dem Unternehmer gelegen habe. Gemäss Aussage des Architekten B._____ sei an den Sitzungen thematisiert worden, dass die Risse ihren Ursprung in den man- gelhaften Plänen haben könnten. Die Beklagte habe sich allerdings stets auf den Standpunkt gestellt, dass die Risse ausführungstechnische Mängel darstellen würden. An den Sitzungen sei gegenüber dem Gesellschafter der Beklagten Män- gelrüge in Bezug auf die erstellten Pläne erhoben worden. Der Vertreter der Be- klagten habe nicht an allen Sitzungen teilgenommen, an der Sitzung vom 28. Ok- tober 2009 sei er aber anwesend gewesen. Zudem habe dieser die Pläne an die Sitzung vom 22. Februar 2011 mitgenommen, weil man ihn darum gebeten habe. Auf die Frage, wie er Mängelrüge erhoben habe, gebe B._____ an, dass die Ex- pertise von Herrn D._____ der Beklagten ausgehändigt und sie zur Stellungnahme aufgefordert worden sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 7b/bb). cc) Gestützt auf die Aktenlage und die Zeugenaussagen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Klägerin die Unternehmer mittels ihres Architekten über

das Vorhandensein grösserer Risse informiert habe. Es hätten mehrere Besprechungen stattgefunden, an welchen die Beklagte zwar trotz Einladung nicht immer teilgenommen habe. Dennoch habe sie Kenntnis von der Problematik gehabt. Da die Klägerin die Ursache der Risse anfangs noch nicht gekannt habe, habe sie auch nicht konkret gegenüber der Beklagten Mängelrüge erheben können. Nachdem allerdings das Gutachten, welches zur Klärung dieser Frage in Auftrag gegeben worden sei, vorgelegen habe, sei es der Baufirma und der Beklagten rund

E. 10

Tage nach Erhalt zur Stellungnahme zugestellt worden. Indem die Beklagte geäußert habe, sie hätte die Angelegenheit ihrer Versicherung weitergeleitet und eine Besprechung mache keinen Sinn mehr, habe sie zu erkennen gegeben, dass sie die Schlussfolgerungen des Gutachters akzeptiere und die Verantwortungszuweisung verstanden habe.

Zusammengefasst könne somit festgehalten werden,

Seite 9 — 34 dass die Klägerin die Mängel gegenüber der Beklagten rechtzeitig und rechtsgenüßlich gerügt habe. Im Übrigen verdiene das Verhalten der Beklagten, trotz Einladung den Sitzungen fernzubleiben und so Mängelrügen nicht entgegennehmen zu müssen, keinen Rechtsschutz (vgl. angefochtener Entscheid E. 7c). 3. Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss der im Recht liegenden Offerte der Berufungsklägerin vom 18. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. II./3) sowie der Auftragsbestätigung vom 27. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. II./4) keine besonderen Vertragsbedingungen im Sinne der SIA-Normen vorbehalten wurden. Mithin finden auf den abgeschlossenen Ingenieurvertrag die Regeln von Art. 363 ff. OR Anwendung, was denn auch von keiner Partei in Abrede gestellt wird. Die Vorinstanz hat ebenfalls die Bestimmungen des Werkvertragsrechts angewandt. Vorliegend steht ein Mangel im Verhältnis zum Ingenieur und damit ein Planungsfehler in Frage. Auch unkörperliche bzw. geistige Werke wie Pläne fallen unter den Werkbegriff im Sinne von Art. 363 OR (vgl. BGE 130 III 458 E. 4; 127 III 328 E. 2a sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1 je mit weiteren Verweisen). Ein Planungsfehler stellt daher einen Werkmangel dar, welcher seinerseits wiederum zu einem Mangel am Bauwerk führen kann. Die Vorinstanz ist implizit von einem geheimen Mangel ausgegangen. Geheime Mängel sind solche, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werks nicht erkennbar sind (vgl. Art. 370 Abs. 1 OR). Führen Planmängel zu Bauwerksmängeln, stellt der aus den Bauwerksmängeln erwachsende Schaden einen Mangelfolgeschaden der Planmängel dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.2 mit weiteren Verweisen). In der Regel wird zunächst der Baumangel entdeckt und erst bei entsprechender Untersuchung festgestellt, dass dieser und der damit verbundene Schaden auf einen Planmangel zurückzuführen sind (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3). Ein Planungsfehler, der sich in einem optisch wahrnehmbaren Folgemangel wie einem Mauerriss am Bauwerk manifestiert, ist folglich als geheimer Mangel zu qualifizieren. Nebst der Ursache für die Mauerrisse besteht zwischen den Parteien vorliegend Uneinigkeit darüber, wann der entsprechende Mangel als entdeckt gilt bzw. wann die Rügefrist begonnen hat. Ebenso ist umstritten, ob seitens der Berufungsbeklagten überhaupt eine rechtsgenüßliche Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden ist und bejahendenfalls, ob diese rechtzeitig erfolgt ist. Diese Fragen sind vorab zu prüfen, da das Werk im Falle einer untermbliebenen oder verspäteten Rüge als genehmigt gilt (vgl. Art. 370 Abs. 2 und 3 OR).

Seite 10 — 34 a/aa) Die Berufungsklägerin beanstandet, die Vorinstanz sei ohne Begründung zum Ergebnis gelangt, dass eine Mängelrüge erhoben worden und dass diese rechtzeitig erfolgt sei. Gestützt auf Art. 370 Abs. 3 OR seien versteckte Mängel sofort, das bedeute gemäss Bundesgericht binnen drei bis sieben Tagen, nach deren Entdeckung zu rügen. Laut Klageschrift habe der Architekt die mangelhafte Planung gegenüber der Beklagten am 28. Oktober 2009 gerügt, womit der angebliche Mangel der Bauherrschaft bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei mit der Folge, dass die Rügefrist zu laufen begonnen habe. Es werde allerdings bestritten, dass der Vertreter der Berufungsklägerin an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen habe. Der Zeuge B. _____ behaupte zwar das Gegenteil; indessen habe er hierzu auch jeden Grund, zumal er gegenüber der Berufungsklägerin rechtsgenügend Mängelrüge hätte erheben müssen und infolge Unterlassung einer solchen befürchten müsse, von der Berufungsbeklagten in die Pflicht genommen zu werden. Die Aussage des Zeugen B. _____ sei zudem widersprüchlich, wenn er zunächst ausführe, er habe an jeder Sitzung Mängelrüge erhoben, dann aber erkläre, er habe erst durch die Expertise D. _____ erfahren, dass die Risse auf eine fehlerhafte Planung zurückzuführen seien, und habe das Gutachten der Berufungsklägerin darauf im Sinne einer Mängelrüge zur Stellungnahme zugestellt. Die Berufungsbeklagte habe selbst eingestanden, bereits am 28. Oktober 2009 davon Kenntnis gehabt zu haben, dass die Risse aufgrund von Planungsfehlern entstanden seien. Da dem nicht widersprochen worden sei, sei dies für das Gericht verbindlich. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Ursache der Rissbildung vor dem Vorliegen des Gutachtens D. _____ noch unklar gewesen sei, lasse sich daher nicht halten und verletze die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO. Die Berufungsbeklagte macht ihrerseits geltend, dass die Berufungsklägerin ihren Vorwurf, die vorinstanzliche Entscheidungsbegründung in Zusammenhang mit der rechtzeitig und rechtsgenügend erhobenen Mängelrüge sei mangelhaft, nicht weiter begründe. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren führt sie im Weiteren aus, dass sich die am Bau Beteiligten, das heisst die Parteien, der Architekt sowie ein Vertreter der Bauunternehmung C. _____ am 28. Oktober 2009, am 10. Februar 2011, am 22. Februar 2011 und am 14. September 2011 zur Begutachtung und Besprechung der Risse im Haus in O.1 _____ getroffen hätten. Da die Ursache der Risse und die verantwortliche Person zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gewesen seien, habe der Architekt an diesen Sitzungen sowohl gegenüber der Bauunternehmung als auch gegenüber der Berufungsklägerin mündlich Mängelrüge erhoben. Keiner der Beteiligten habe die Verantwortung für die Risse übernehmen wollen, so dass sie - obschon die Berufungsklägerin ihre Zustimmung verweigert habe - ein Gutachten in Auftrag gegeben habe. Eine Schuld des Bauunternehmers

Seite 11 — 34 sei bis zum Vorliegen des Gutachtens als wahrscheinlicher erachtet worden, weshalb diesem gegenüber eine schriftliche, der Berufungsklägerin gegenüber hingegen nur eine mündliche Mängelrüge erhoben worden sei. Eine Mängelrüge gelte erst ab jenem Zeitpunkt, ab welchem die für den Schaden verantwortliche Person bekannt sei und damit vorliegend nach der Erstattung des Gutachtens als zumutbar. Daher sei nicht relevant, dass die Berufungsklägerin bestreite, an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen zu haben, da der Berufungsbeklagte zu diesem Zeitpunkt mangels Kenntnis des Verantwortlichen eine Mängelrüge noch gar nicht möglich gewesen sei. Dennoch habe sie die Mängel der Berufungsklägerin als potentiell Schuldige bereits zu diesem Zeitpunkt mitgeteilt. Der blosser Verdacht löse die Rügefrist jedoch nicht aus. Daher könne entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin nicht davon gesprochen werden, dass die

Berufungsbeklagte bestätigt habe, bereits am 28. Oktober 2009 Kenntnis von einem Planungsfehler gehabt zu haben, womit die Vorinstanz bei dieser Tatsachenfeststellung auch nicht gegen die Verhandlungsmaxime verstossen habe. Erst mit dem Gutachten habe Gewissheit über die Verantwortlichkeit bestanden. bb) Art. 367 Abs. 1 und Art. 370 Abs. 3 OR auferlegen dem Werkbesteller eine Rügepflicht bzw. -obliegenheit. Eine solche besteht insbesondere auch gegenüber dem Ingenieur (vgl. Thomas Siegenthaler, Die „Sennhof-Affäre“ - Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: Baurecht BR/DC 4/2012 S. 193 ff. zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_53/2012 und 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012). Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt voraus, dass der Bauherr den Schaden verursachenden Planmangel rechtzeitig rügt, andernfalls er diesen Anspruch verliert (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3). Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des versteckten Mangels (vgl. Art. 370 Abs. 3 OR). Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, lösen erste Anzeichen noch keine Rügefrist aus. Eine Entdeckung derselben darf erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustands deutlich wird und der Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 7.2 insbes. mit Verweis auf BGE 131 III 145 E. 7.2 und 118 II 142 E. 3b). Mängel gelten erst mit ihrer zweifelsfreien Feststellung als entdeckt. Deren Abklärung kann den Beizug von Sachverständigen erfordern (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 2182; Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen 2015, Rz. 600; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 17

Seite 12 — 34 zu Art. 370 OR). Der Besteller darf das Ergebnis der Expertise indessen nicht ohne vorgängige Mängelrüge abwarten, wenn er bereits vorher über genügend Informationen zur Erhebung einer Mängelrüge verfügt hat (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 25 zu Art. 367 OR mit weiteren Hinweisen). Rügen muss der Besteller erst, wenn ihm neben dem Werkmangel auch dessen Vertragswidrigkeit bekannt ist (BGE 131 III 145 E. 7.2; Urteile des Bundesgerichts 4A_297/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.2 und 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.1). Sind mehrere Unternehmer an der Errichtung eines Gesamtwerks beteiligt gewesen, so muss der Besteller den betreffenden Mangel zuerst einem bestimmten Unternehmer zuweisen können, bevor er sachgerecht rügen kann und der Mangel als entdeckt gilt (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2182; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 370 OR). Bei mehreren Unternehmern soll der Besteller also zuwarten dürfen, bis er Kenntnis vom Verantwortlichen hat, wobei es zwar ratsam erscheint, die Mängelrüge auch ohne sichere Kenntnis des Verursachers an die beteiligten Unternehmer zu richten (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR mit Verweis auf das Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2004.85 vom 16. November 2007 E. 4 f.). Der Besteller ist jedoch nicht gehalten, gegenüber den verschiedenen potentiell Gewährleistungspflichtigen je vorsorglich Mängelrüge zu erheben (Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605 mit weiteren Hinweisen; so auch Peter Gauch a.a.O., Rz. 2182, der eine Rüge „aufs Geratewohl“ an alle fraglichen Unternehmer mit dem Wortlaut und Sinn von Art. 370 Abs. 3 OR für unvereinbar hält). Ebenfalls obliegt ihm keine Nachforschungspflicht, womit er sich nach der Entdeckung von Baumängeln nicht auf Ur-sachensuche, das heisst auf die Suche von geheimen Mängeln, machen muss (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3 mit

Verweis auf Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2183). cc) Der Auffassung der Berufungsklägerin, die Rügefrist habe bereits im Oktober 2009 zu laufen begonnen, weil die Berufungsbeklagte die mangelhafte Planung gemäss eigenen Angaben erstmals am 28. Oktober 2009 gerügt habe und ihr der angebliche Mangel damit bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Denn die Erhebung einer Mängelrüge lässt nicht in jedem Fall den Schluss zu, dass der Mangel vorher entdeckt, das heisst zweifelsfrei erkannt worden ist. Dem Besteller ist es nämlich unbenommen, vorsorglich auf blosser Vermutung hin eine Mängelrüge anzubringen, mithin bevor die Rügefrist zu laufen beginnt (Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2001 vom 3. April 2002 E. 3c). Im vorliegenden Fall verhielt es sich so, zumal die Berufungsbeklagte vor Erstat-

Seite 13 — 34 tung der Expertise D._____ vom 4. Januar 2012 keine Kenntnis vom verantwortlichen Unternehmer hatte. Dass die Berufungsbeklagte einen Gutachter beauftragte, um Kenntnis über die Ursache der Mauerrisse zu erlangen, ist nicht zu beanstanden. Auf diese Weise konnte sie die verantwortliche Person ermitteln. Falls also zuvor Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden sein sollte, ist diese bloss als vorsorgliche Rüge im erwähnten Sinne zu betrachten. Wie dargelegt muss der Besteller den Mangel zuerst einem bestimmten Unternehmer zuweisen können, bevor er sachgerecht rügen kann und die Rügefrist ausgelöst wird (vgl. vorstehend E. 3a/bb). Die Berufungsbeklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren entgegen der berufungsklägerischen Behauptung auch nicht eingestanden, bereits im Herbst 2009 gewusst zu haben, dass es sich um einen Planungsfehler handle. Sie hat lediglich ausgeführt, dass ihr Architekt an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 die Statikpläne gegenüber G._____ als mangelhaft gerügt habe (vgl. Vorinstanz act. I./1, Klage S. 3 Ziff. 3 und S. 13 Ziff. 8). Angesichts dessen kann der Vorinstanz entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin auch keine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorgeworfen werden, indem sie für den Beginn der Rügefrist nicht auf den 28. Oktober 2009 abstellte. Die erforderliche Gewissheit, dass die Risse auf einen Planungsfehler zurückzuführen sind, erhielt die Berufungsbeklagte erst aufgrund des Gutachtens. Die diesbezügliche vorinstanzliche Schlussfolgerung ist damit zu stützen. b/aa) Gilt die Mangelursache gemäss den vorstehenden Ausführungen erst mit dem Vorliegen des Gutachtens als entdeckt, so war die Berufungsbeklagte nicht gehalten, bereits vorgängig eine Mängelrüge an die Berufungsklägerin zu richten. Eine Rüge auf blossen Verdacht hin wäre aber möglich und rechtswirksam (vgl. Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605). Die Mängelrüge ist an keine besondere Form gebunden. Allerdings sind die Werkmängel nicht bloss anzuzeigen, sondern auch zu rügen (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 17 zu Art. 367 OR). Die Mängelrüge muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein, das heisst zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172 E. 1a; Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2 und 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3). Der Unternehmer muss der Mitteilung des Bestellers entnehmen können, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Besteller das Werk als mangelhaft erachtet (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2131; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 367 OR). In der Regel impliziert bereits die blosser Mitteilung der Mängel, dass der Besteller den Unternehmer dafür verantwortlich macht. Etwas

Seite 14 — 34 anderes kann sich aus besonderen Umständen ergeben, wenn der Besteller die Mängel beispielsweise nur anzeigt, um den Unternehmer für die Zukunft zu ver-

warnen. Wie die Mängel in der Anzeige zu umschreiben sind, hängt vom Einzelfall ab (Urteil des Bundesgerichts 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1 insbes. mit Verweis auf das Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.1; vgl. auch Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2134; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 367 OR mit weiteren Hinweisen). Den Beweis, dass eine Mängelrüge erhoben worden ist, hat der Besteller zu erbringen. Das heisst, er hat sowohl zu beweisen, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist als auch wann, an wen und auf welche Weise er ihn mitgeteilt hat (vgl. BGE 118 II 142 E. 3a; 107 II 172 E. 1a; Urteile des Bundesgerichts 4A_202/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1, 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3 und 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; differenzierend Peter Gauch, a.a.O., Rz 2169 f. und Rz. 2191 f., wonach der Besteller zwar zu beweisen habe, dass und wann der Mangel von ihm gerügt worden sei, dem Unternehmer jedoch der Beweis obliege, dass die Mängelrüge zu spät bzw. nicht sofort nach der Entdeckung des Mangels abgegeben worden sei; vgl. auch Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 32 f. zu Art. 367 OR und N 27 zu Art. 370 OR). bb) Die Berufungsklägerin bestreitet, dass zu irgendeinem Zeitpunkt eine genügend substantiierte Mängelrüge erfolgt sei. Die Berufungsbeklagte habe den Beweis, dass an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 - obschon ihr sowohl die Mängel als auch der verantwortliche Unternehmer bekannt gewesen seien - Mängelrüge erhoben worden sei, nicht erbracht und müsse die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Die Berufungsbeklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Mängel gegenüber der Berufungsklägerin mehrfach mündlich gerügt zu haben und zwar erstmals am 28. Oktober 2009, unmittelbar nach der Feststellung, dass sich die Risse stetig vergrössern würden. Der Architekt B. _____ habe die Teilnahme von G. _____ an dieser Sitzung glaubhaft bestätigt. Gemäss der Zeugenaussage des Architekten sei an den abgehaltenen Sitzungen stets gegenüber der Bauunternehmung und der Berufungsklägerin Mängelrüge erhoben worden. Gegenüber Letzterer seien insbesondere die Pläne als mangelhaft gerügt worden, was auch der Zeuge F. _____ bestätige. Aus der Aktennotiz vom 14. Februar 2011 lasse sich ebenfalls ableiten, dass die Statikpläne gegenüber der Berufungsklägerin gerügt worden seien, zumal diese aufgefordert worden sei, die Pläne an die nächste Sitzung vom 22. Februar 2011 mitzunehmen. cc) Die Mängelrüge kann, da kein Formerfordernis besteht, auch mündlich erhoben werden. Um beurteilen zu können, ob dies vorliegend geschehen ist, ist

Seite 15 — 34 insbesondere auf die Zeugenaussagen abzustellen. F. _____ erklärte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 14. Oktober 2013 (vgl. Einvernahmeprotokoll Vorinstanz act. V./1), dass der Vertreter der Berufungsklägerin, G. _____, an einigen Sitzungen trotz offizieller Einladung nicht anwesend gewesen sei. Er könne sich nicht mehr erinnern, ob dieser an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen habe. Anfangs sei die Fehlerhaftigkeit bei ihnen als Bauunternehmung gesucht worden und sie hätten mehrere Mängelrügen - gemeint wohl die beiden schriftlich an die C. _____ gerichteten Mängelrügen vom 18. November 2009 (vgl. Vorinstanz act. II./7) und vom 10. März 2011 (vgl. Vorinstanz act. II./8) - erhalten. Er habe dann aufgeworfen, dass es sich möglicherweise um ein statisches Problem handeln könnte (vgl. Einvernahmeprotokoll S. 2-4). Der Architekt B. _____ habe während der Bausitzungen das Problem finden wollen. Er habe einen Mangel festgestellt und festgehalten sowie stets beabsichtigt, dass dies geklärt werde. Auf die Frage, ob G. _____ die Äusserungen des Architekten als Mängelrüge habe verstehen können und dürfen, erwiderte F. _____, dass ein Mangel vorliege schon, aber vielleicht weniger, dass es ihn betreffe. Der Fokus sei immer etwas zu stark auf den Unternehmern gelegen. Dass die Verantwortlichkeit schlussendlich beim Planer liege, sei

erst mit dem Gutachten D._____ festgestanden (vgl. Einvernah-
meprotokoll S. 5 f.). Diese Aussagen erscheinen glaubwürdig und widerspruchs-
frei. Sie werden insbesondere auch durch die beiden bei den Akten liegenden schriftlichen Mängelrügen gestützt, welche
zeigen, dass die Berufungsbeklagte zunächst von einem Fehler in der Bauausführung
ausgegangen ist. Aus der Aus- sage des Zeugen F._____ lässt sich schliessen, dass die
Berufungsklägerin um das Bestehen der Mauerrisse wusste. Die möglichen Ursachen
derselben sind an den Bausitzungen durch den Architekten offenbar regelmässig
thematisiert wor- den. Den inhaltlichen Anforderungen an eine Mängelrüge ist nicht
Genüge getan, wenn die Mängel lediglich festgehalten werden. Vielmehr muss der Besteller
auch aufzeigen, dass er den Unternehmer haftbar machen will (vgl. vorstehend E. 3b/aa).
Sind mehrere Unternehmer beteiligt, ist daher massgebend, ob ein ein- zelner Unternehmer
angesprochen wird bzw. ob er sich angesprochen fühlen muss. Bei einer Bausitzung mit
mehreren Beteiligten ist die Rüge damit ausdrück- lich an einen bestimmten Unternehmer
zu richten mit der unmissverständlichen Kundgabe, dass gerade er für den betreffenden
Mangel bzw. Mangelfolgeschaden verantwortlich gemacht wird. Dies war vorliegend nach
Aussage von F._____ nicht der Fall. Obschon der Berufungsklägerin die Mängel zwar
bekannt gewesen seien, habe sie nicht davon ausgehen können, dass diese in erster Linie sie
treffen wür- den. Der Fokus sei nämlich auf einem Ausführungsfehler gelegen. Demnach
konnte die Berufungsklägerin aus der Anzeige der bestehenden Bauwerksmängel

Seite 16 — 34 an den Bausitzungen allein nicht ableiten, dass sie als Planerin dafür haftbar
ge- macht wird. Der Architekt B._____ sagte aus, es sei Thema an den Sitzungen ge-
wesen, dass die Risse ihren Ursprung in den mangelhaften Plänen haben könn- ten. Die
Frage, ob diesbezüglich Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden sei,
bejahte er (vgl. Einvernahmeprotokoll Vorinstanz act. V./2 S. 2 f.). Nachfolgend präziserte
er, dass er gegenüber von G._____ Mängelrüge erhoben habe, indem er ihm die Expertise
D._____ ausgehändigt und ihn zur Stel- lungnahme aufgefordert habe (vgl.
Einvernahmeprotokoll S. 4). Die Aussagen der beiden Zeugen stimmen damit nicht
gänzlich überein. Allerdings legte B._____ nicht genau dar, wie er die angebliche
Mängelrüge an den Bausitzungen formuliert hatte. Seine Aussage erscheint diesbezüglich
unvollständig und gibt keinen nähe- ren Aufschluss über die an den Sitzungen angeblich
erhobene Rüge. Konkret äusserte er sich lediglich dahingehend, dass die Mängelrüge in der
Zustellung des Gutachtens liege. Unter Gesamtwürdigung der beiden Zeugenaussagen
erscheint es nicht rechtsgenügend erstellt, dass die Berufungsbeklagte gegenüber der Beru-
fungsklägerin während der Bausitzungen mündlich eine den inhaltlichen Anforde- rungen
genügende Mängelrüge ausgesprochen hat. Der Berufungsbeklagten ist es nicht gelungen,
den Beweis hierfür zu erbringen. Zum einen ist nicht klar, an welchen Sitzungen der
Vertreter der Berufungsklägerin überhaupt anwesend war. Zum anderen wurde über die
Sitzungen jeweils kein Protokoll geführt. Auch aus dem Umstand, dass die
Berufungsklägerin gemäss Aktennotiz des Architekten vom 14. Februar 2011 aufgefordert
worden sein soll, die Statikpläne an die Sit- zung vom 22. Februar 2011 mitzubringen (vgl.
Vorinstanz act. II./10), lässt sich entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten nicht
darauf schliessen, dass die Pläne als mangelhaft gerügt wurden. So konnte insbesondere der
an der Sit- zung anwesende F._____ nicht sagen, weshalb sich G._____ gezwungen gese-
hen habe, die Pläne an die Besprechung mitzubringen (vgl. Einvernahmeprotokoll S. 5). dd)
Ferner moniert die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang, sie habe sich abweichend
von der vorinstanzlichen Feststellung durch das Fernbleiben an den Sitzungen nicht wider
Treu und Glauben verhalten. Dadurch habe sie keine Mängelrüge verhindern können,

sondern der Berufungsbeklagten seien sämtliche Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, um eine fristgerechte Rüge zu erheben. Die entsprechend gegensätzliche Argumentation der Vorinstanz erscheine willkürlich. Die Berufungsbeklagte pflichtet der Vorinstanz hingegen darin bei, dass das bewusste Fernbleiben an Besprechungen keinen Rechtsschutz verdiene. Aus der Berufung gehe überdies nicht hervor, inwiefern diese Folgerung der Vorinstanz

Seite 17 — 34 willkürlich sein solle, womit den Begründungsanforderungen nicht Genüge getan werde. Wie dargelegt (vgl. E. 1b) kommt der Berufungsinstanz gemäss Art. 310 ZPO sowohl in Sach- als auch in Rechtsfragen volle Kognition zu, so dass sie nicht erst bei Vorliegen von Willkür eingreifen kann. Vorliegend ist nicht klar, an welchen Sitzungen der Vertreter der Berufungsklägerin genau teilgenommen hat. Jedenfalls ist er nach Aussagen der Zeugen nicht sämtlichen Sitzungen ferngeblieben. Von einem Verhalten gegen Treu und Glauben kann aufgrund teilweiser Sitzungsabwesenheit noch nicht gesprochen werden. Die Berufungsbeklagte hatte jederzeit die Möglichkeit, die Mängel gegenüber der Berufungsklägerin schriftlich zu rügen. Ein Fernbleiben an den Sitzungen ist damit höchstens als mangelnde Kooperation zu werten; es stand der Erhebung einer Mängelrüge aber nicht entgegen. c/aa) Da eine mündliche Mängelrüge nach dem Gesagten nicht als nachgewiesen gilt, fragt sich, ob die Zustellung des Gutachtens als Mängelrüge qualifiziert werden kann. In der Klageschrift wurde zunächst ausgeführt, dass die am 16. Januar 2012 erfolgte Weiterleitung des Gutachtens einzig noch der Information der Beklagten gedient habe, da ihr gegenüber anlässlich der Bausitzungen bereits mehrfach mündlich rechtswirksam Mängelrüge erhoben worden sei (vgl. Vorinstanz act. I./1, Klage S. 14 Ziff. 12). Nachdem die Beklagte jedoch bestritt, dass ihr gegenüber jemals eine mündliche Rüge abgegeben worden sei, stellte sich die Klägerin in ihrer Replik auf den Standpunkt, dass die Zustellung des Gutachtens ebenfalls als Mängelrüge zu verstehen sei (vgl. Vorinstanz act. I./4, Replik S. 5 Ziff. 1.4). Dem ist die Vorinstanz gefolgt und hat in der Weiterleitung des Gutachtens eine rechtsgenügende Mängelrüge erblickt. Sie hielt fest, durch die Antwort, sie habe die Angelegenheit ihrer Versicherung gemeldet und eine Besprechung mache keinen Sinn mehr, habe die Berufungsklägerin zu verstehen gegeben, dass sie die Schlussfolgerungen des Gutachters akzeptiere und die Verantwortungszuweisung verstanden habe. Die Berufungsklägerin wendet sich dagegen und macht geltend, dass die kommentarlose Weiterleitung eines Gutachtens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Mängelrüge ausreiche. Im Begleitmail vom 16. Januar 2012 sei keine substantiierte Rüge enthalten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Zustellung der Expertise D._____ als Mängelrüge anerkannt habe. Es sei unhaltbar und willkürlich, einen solchen Schluss aus ihrem Verhalten zu ziehen. Dass sie den Fall ihrer Haftpflichtversicherung gemeldet habe, bedeute nicht, dass sie die Zustellung des Gutachtens als Mängelrüge verstanden habe, zumal die Versicherung auch zur Abwehr von unberechtigten Ansprüchen verpflichtet

Seite 18 — 34 sei. Die Berufungsbeklagte hält hingegen dafür, dass die Mängelrüge den inhaltlichen Anforderungen genüge. Lehre und Rechtsprechung würden die Weiterleitung eines Gutachtens durch den Besteller an den Unternehmer als Mängelrüge anerkennen. Vorliegend habe die Berufungsklägerin die Zustellung der Expertise nur als Mängelrüge verstehen können, da diese die Verantwortung für den Schaden im Wesentlichen ihr alleine zuweise. Die Mängelrüge sei von der Berufungsklägerin denn auch als solche verstanden worden, ansonsten sie den Fall nicht - wie in der Berufung selbst ausgeführt werde - zur

Abwehr unberechtigter Ansprüche ihrer Versicherung gemeldet hätte. Die Berufungsklägerin habe erkannt, dass gegen sie aus Mängeln Ansprüche erhoben würden. So habe sie in ihrer Berufung selbst eingeräumt, dem Gutachten entnommen zu haben, dass sie für den Mangel verantwortlich gemacht werde. bb) Die Rügepflicht des Bestellers besteht auch im Falle einer sachverständigen Prüfung durch einen Dritten. Die amtliche, vom Richter veranlasste Zustellung des Prüfungsbefunds an den Unternehmer vermag die Mängelrüge nicht zu ersetzen, da es bereits an der erforderlichen Willenskundgabe des Bestellers fehlt. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn ein privater Sachverständiger seinen Prüfungsbefund direkt dem Unternehmer mitteilt, es sei denn, er rügt zugleich die festgestellten Mängel und ist vom Besteller hierzu ermächtigt worden. Der Besteller kann die Mängel dadurch rügen, indem er das Gutachten dem Unternehmer selbst übermittelt und dabei den Willen zum Ausdruck bringt, das Werk nicht als vertragsgemäss gelten zu lassen und den Unternehmer dafür haftbar zu machen (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2138 f. insbes. mit Verweis auf BGE 107 II 50 E. 2a). Ferner ist für die Mängelhaftung unerheblich, ob der Unternehmer einer Mängelrüge widerspricht oder nicht darauf antwortet (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2135). Bei einer ungenügenden Substantiierung der Rüge sprechen sich gewisse Autoren für eine Rückfragepflicht des Unternehmers aus (David Rüetschi, Substantiierung der Mängelrüge, in: recht 3/2003, S. 121; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 612). cc) Wie die Berufungsklägerin zutreffend vorbringt, ist im Begleitmail des Architekten vom 16. Januar 2012 keine ausdrückliche Mängelrüge enthalten. Die Berufungsklägerin und die Bauunternehmung C._____ werden darin lediglich zur Stellungnahme aufgefordert und zu einer Besprechung eingeladen (vgl. Vorinstanz act. II./14 und act. II./32). Doch kann sich der Wille, das Werk nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer dafür haftbar zu machen, auch allein aus der Zustellung des Gutachtens ergeben. Denn dieser Wille muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend kundgetan werden (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2134; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 17

Seite 19 — 34 zu Art. 367 OR). Im entsprechenden Gutachten von D._____ wird die Rissbildung im Dachgeschoss auf einen Planungsfehler zurückgeführt und die Verantwortlichkeit hierfür zu 100% der Berufungsklägerin zugewiesen. Ausführungsfehler seien hingegen nicht erkennbar (vgl. Vorinstanz act. II./13 S. 39). Die Berufungsklägerin wusste um das Bestehen der Risse und war orientiert darüber, dass ein Gutachten zur Klärung ihrer Ursachen in Auftrag gegeben werden sollte (vgl. Vorinstanz act. II./12). Das betreffende Gutachten beinhaltet eine klare Schlussfolgerung und bezeichnet einen Planungsfehler als ursächlich für die aufgetretene Rissbildung und weist die Verantwortung dafür unmissverständlich der Berufungsklägerin zu. Aufgrund dessen wird mit der Zustellung desselben hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass das Werk nicht akzeptiert wird und der gemäss Expertise verantwortliche Ingenieur haftbar gemacht wird. Dass der Architekt das Gutachten übermittelt hat, schadet nicht, zumal er dies explizit im Namen und Auftrag der Berufungsbeklagten tat (vgl. Vorinstanz act. II./14 und act. II./32), so dass ihr die entsprechende Erklärung zuzurechnen ist. Sodann ist nicht entscheidend, ob die Berufungsklägerin die Weiterleitung der Expertise tatsächlich als Mängelrüge verstanden hat. Massgebend erscheint vielmehr, ob sie diese nach Treu und Glauben als solche verstehen konnte. Es obliegt nämlich dem Unternehmer, die Mitteilung des Bestellers fach- und werkgerecht zu interpretieren und sich mit aller Sorgfalt darum zu bemühen, den Besteller richtig zu verstehen, da die gesetzliche Rügepflicht des Bestellers dem Schutz des Unternehmers dient (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2132). Im Lichte der vorstehenden

Ausführungen konnte bzw. musste die Übermittlung des Gutachtens bei sachgemässer Interpretation als Mängelrüge verstanden werden. Dies gilt umso mehr angesichts der Vorgeschichte, wonach die Ursache der Baumängel das Hauptthema an den Bausitzungen darstellte und die Berufungsklägerin diesbezüglich von der Berufungsbeklagten ausdrücklich angefragt wurde, ob sie mit der Einholung einer Expertise einverstanden sei (vgl. Vorinstanz act. II./12). Zudem zeigt sich anhand der Reaktion der Berufungsklägerin, dass sie die Zustellung des Gutachtens auch tatsächlich als Verantwortlichkeitszuweisung für die ihr bekannten Mauerrisse interpretierte. Denn sie sah sich mit möglichen Forderungen konfrontiert und beabsichtigte deshalb, ihre Versicherung zu informieren. Der Berufungsklägerin ist zwar darin beizupflichten, dass eine Meldung an die Versicherung auch zur Abwehr von unberechtigten Ansprüchen erfolgen muss. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass sie erkannte, dass Ansprüche - unabhängig davon, ob diese nun als rechtmässig oder unrechtmässig zu beurteilen sind - gegen sie erhoben werden und sie haftbar gemacht wird. Nicht halten lässt sich hingegen die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Berufungsklägerin durch ihre Antwort die Schlussfolgerung des Gutachtens akzeptiert haben

Seite 20 — 34 soll. Mit der Versicherungsmeldung geht nicht zugleich eine Anerkennung der Verantwortlichkeit einher. Allerdings ist für die Gültigkeit der Mängelrüge wie erwähnt unerheblich, ob der Unternehmer die Verantwortungszuweisung akzeptiert oder ihr widerspricht (vgl. Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2135). Es kann somit festgehalten werden, dass die Zustellung des Gutachtens vorliegend als Mängelrüge gilt. An dieser Beurteilung vermag auch der von der Berufungsklägerin angeführte Bundesgerichtsentscheid 4D_25/2010 nichts zu ändern, denn diesem Entscheid lag ein anderer Sachverhalt zugrunde. Ein Unternehmer hatte für ein Ehepaar einen Parkettbelag in dessen Wohnung eingebaut. Der Architekt teilte dem Parkettunternehmer mit, dass die Bauherrschaft mit dem Werk nicht zufrieden sei und dass ein Experte mit der Prüfung beauftragt werde, ob das Parkett nach den Regeln der Baukunst verlegt worden sei. Der Experte erstattete seinen Bericht am 1. September 2006, wobei eine Kopie desselben direkt an den Unternehmer ging. Der Unternehmer schrieb am 5. Oktober 2006 an seinen Lieferanten und machte ihn für die Schäden verantwortlich. Der Lieferant bestritt indessen, dass ein Mangel des von ihm gelieferten Materials vorliege. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Zusendung eines Expertenberichts zur Kenntnis und zur Stellungnahme in keiner Weise den Willen des Parkettunternehmers ausdrücke, den Lieferanten verantwortlich zu machen, zumal in diesem Bericht kein entsprechender Wille des Parkettunternehmers zum Ausdruck gebracht werde. Entsprechend wurde dies nicht als genügende Mängelrüge gewertet (vgl. dazu Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichts in den Jahren 2008-2011, in: Jusletter vom 6. Februar 2012, S. 24 f.). Im vorliegend zu beurteilenden Fall verhielt es sich jedoch so, dass die Bestellerin das Gutachten einholte und dieses direkt dem darin als verantwortlich bezeichneten Unternehmer zustellte. Daraus ist wie dargelegt ihr Wille ersichtlich, den betreffenden Unternehmer haftbar zu machen. d/aa) Sofern die Weiterleitung des Gutachtens als rechtsgenügende Mängelrüge angesehen wird, hält die Berufungsklägerin diese für verspätet. Denn das Gutachten sei der Berufungsbeklagten mit E-Mail vom 6. Januar 2012 zugestellt, der Berufungsklägerin hingegen erst mit E-Mail vom 16. Januar 2012 weitergeleitet worden. Die Vorinstanz habe dies entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als rechtzeitig qualifiziert. Es gebe keinen Grund, vorliegend von einer Frist von mehr als sieben Tagen auszugehen. Dem Architekten habe klar sein müssen, dass die im Gutachten genannten

Mängel sofort bei der Berufungsklägerin zu rügen gewesen wären. Mangels rechtzeitiger Mängelrüge seien die Ansprüche der Berufungsbeklagten untergegangen. Die Berufungsbeklagte führt ihrerseits aus,

Seite 21 — 34 dass der Architekt das Gutachten von D. _____ infolge Ferienabwesenheit am 9. Januar 2012 und sie selbst am 10. Januar 2012 empfangen habe. Der Architekt habe das Gutachten sodann im Sinne einer Mängelrüge am 16. Januar 2012 an die Berufungsklägerin weitergeleitet. Damit sei das Gutachten innerhalb von fünf Arbeitstagen zugestellt worden. Bei der Mängelrügefrist werde lediglich auf Arbeitstage abgestellt. Da keine unmittelbare Vergrößerung des Schadens gedroht habe, sei vorliegend eine Frist von sieben Tagen massgebend, womit die Berufungsbeklagte fristgerecht Mängelrüge erhoben habe. bb) Gemäss Art. 370 Abs. 3 OR sind versteckte Mängel sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen. Der Zweck der kurzen Rügefrist liegt im Bestreben nach rascher Schaffung von Rechtssicherheit. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass bei der Beurteilung, ob eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist, auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel, abzustellen ist. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn die Gefahr besteht, dass der betreffende Mangel bei einem Zuwarten zu einem grösseren Schaden führt. Wo eine Verzögerung nicht die Gefahr einer Schadensvergrößerung beinhaltet, gilt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine siebentägige Rügefrist als angemessen (Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2 sowie 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 7.2 jeweils insbes. mit Verweis auf die Urteile 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1 und 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.4, 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4 und 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5). Eine längere Dauer ist nur ganz ausnahmsweise als fristwährend erachtet worden (Alfred Koller, a.a.O., Rz. 609 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2001 vom 3. April 2002 E. 2b, wonach der vorinstanzliche Entscheid, der ausgehend von einer Entdeckung des betreffenden Mangels anfangs Dezember die einige Tage vor dem

E. 15

Dezember erfolgte Rüge als rechtzeitig qualifizierte, gestützt wurde, zumal nicht geltend gemacht worden sei, es habe wegen der verzögerten Rüge das Risiko bestanden, dass sich der Schaden vergrössere). Eine 14 Tage nach Entdeckung des Mangels erhobene Rüge wurde beispielsweise als verspätet beurteilt mit der Begründung, dass die Art des Mangels (Undichtigkeit der Schläuche) relativ einfach feststellbar gewesen sei und keine besonderen Umstände dargetan worden seien, die ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen vermöchten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung eine Frist von sieben Tagen - vorbehältlich besonderer Umstände - als maximale Obergrenze der „Sofortigkeit“ definiert (Tho-

Seite 22 — 34 mas Siegenthaler, a.a.O., S. 196). Diese Rechtsprechung umfasst insbesondere auch den vorliegend betroffenen Bereich der Ingenieurdienstleistungen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 sowie 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012). In der Literatur wird eine Frist von sieben bis zehn Tagen in der Regel als angemessen bezeichnet (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR und N 16 zu Art. 370 OR). Die Mehrheit der Autoren halten die bundesgerichtliche Rechtsprechung - insbesondere in Bezug auf Planerverträge - für zu streng und plädieren für eine eher

grosszügige Handhabung des sofortigen Rügeerfordernisses (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2177 und 2181; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 610 f.; Thomas Siegenthaler, a.a.O., S. 193 und 196). Die absolute Rügefrist deckt sich mit der Verjährungsfrist, womit die Rüge bei unbeweglichen Werken gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, spätestens innert fünf Jahren nach der Ablieferung des Werks erhoben werden muss (Art. 371 Abs. 2 OR; vgl. Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2295; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 592). Bei verspäteter Rüge gilt das Werk als genehmigt (vgl. Art. 370 Abs. 2 und 3 OR). Dies bedeutet, dass die Mängelrechte hinsichtlich der betroffenen Mängel aufgrund der Verletzung der Rügepflicht verwirkt sind (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2185; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 591).

cc) Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die Mängelrüge seitens der Berufungsbeklagten rechtzeitig erhoben worden ist. Die Vorinstanz erwog, das Gutachten sei der Baufirma und der Berufungsklägerin rund zehn Tage nach Erhalt zur Stellungnahme zugestellt worden. Sie qualifizierte dies als rechtsgenügende und rechtzeitige Rüge. Die Berufungsbeklagte hält zwar selbst eine Frist von sieben Tagen als massgebend, sie möchte bei der Mängelrügefrist jedoch wie dargelegt lediglich auf Arbeitstage abstellen. Diese Argumentation verfängt nicht. Die Berufungsbeklagte verweist auf ein Urteil des Handelsgerichts Zürich sowie eine Literaturstelle, doch findet sich eine solche Aussage bei eingehender Betrachtung weder an der einen noch der anderen Stelle. Vielmehr heisst es im besagten Urteil, dass dem Besteller eine Erklärungsfrist von fünf Tagen, wovon nur drei Tage Arbeitstage gewesen seien, zugestanden werden müsse (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.4.3.2). Auch der Verweis auf Peter Gauch (a.a.O., Rz. 2180a) überzeugt nicht. Dieser bezieht sich auf einen Bundesgerichtsentscheid und hält fest, es werde für ausreichend erachtet, „wenn ein Mangel innerhalb von drei, à la rigueur von sieben Arbeitstagen nach seiner Entdeckung gerügt wird“. Der von ihm zitierte französische Entscheid spricht indessen von „deux ou trois jours ouvrables après la découverte“

Seite 23 — 34 und in der Folge von „à la rigueur d'une communication intervenue sept jours après la découverte“ (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.2, übersetzt in AJP 10/2007 S. 1318). Gemäss dieser Entscheidung ist von sieben Tagen und nicht von sieben Arbeitstagen die Rede, was sich auch aus dem darin enthaltenen Verweis auf das Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 (E. 2.3) ergibt. Daher ist im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer massgebenden Frist von sieben Kalendertagen auszugehen. Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Klägerin in ihrer Replik geltend, dass der Architekt das am 6. Januar 2012 übermittelte Gutachten infolge der bis zum 8. Januar 2012 dauernden Betriebsferien am 9. Januar 2012 zur Kenntnis genommen habe. Sie selbst habe davon am 10. Januar 2012 Kenntnis erhalten. Indem der Architekt das Gutachten am 16. Januar 2012 an die Beklagte weitergeleitet habe, habe er rechtzeitig innert der siebentägigen Frist Mängelrüge erhoben (vgl. Vorinstanz act. I./4, Replik S. 5 Ziff. 1.4). Die Gegenpartei hat den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme des Gutachtens nicht bestritten. In der Duplik brachte sie lediglich vor, dass die Mängelrüge - sofern in der Weiterleitung des Gutachtens eine solche erblickt werden sollte - nicht rechtzeitig erfolgt sei, zumal der Architekt bereits am 28. Oktober 2009 um die angebliche Mangelhaftigkeit der Pläne gewusst habe (vgl. Vorinstanz act. I./6, Duplik S. 4 f.). Infolge fehlender Bestreitung gilt es somit als anerkannt, dass der Architekt das Gutachten am 9. Januar 2012 und die Berufungsbeklagte am 10. Januar 2012 zur Kenntnis nahm. Erst durch die tatsächliche Kenntnisnahme des Gutachtens durch den Architekten als

Vertreter der Berufungsbeklagten gilt der darin festgestellte Planungsfehler als entdeckt. Denn erst diese erlaubte eine Verantwortungszuweisung an den Ingenieur (vgl. dazu vorstehend E. 3a/bb und cc). Ausgehend vom Zeitpunkt der effektiven Kenntnisnahme am 9. Januar 2012 ist die Mängelrüge vom 16. Januar 2012 innert sieben Tagen erfolgt und muss daher als rechtzeitig gelten. 4. Somit bleibt nachfolgend zu prüfen, ob auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen, insbesondere das von der Berufungsklägerin bestrittene Vorliegen eines Planungsfehlers sowie einer Verletzung der Aufklärungspflicht, erfüllt sind. Um die Ursache des Mangelfolgeschadens zu eruieren, gab die Vorinstanz gestützt auf Art. 183 ff. ZPO ein Gutachten in Auftrag. Bei der Würdigung des Gutachtens ist das Gericht grundsätzlich frei. Ob es die im Gutachten enthaltenen Erörterungen für überzeugend hält oder nicht und ob es dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen will, ist mithin eine Frage der Beweiswürdigung. Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen sind Aufgabe des Richters. Dieser hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Be-

Seite 24 — 34 weismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Obschon das gerichtlich eingeholte Gutachten grundsätzlich der freien Beweiswürdigung unterliegt, darf das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von ihm abrücken und muss Abweichungen begründen. Erscheint dem Gericht die Schlüssigkeit eines Gutachtens hingegen in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat es nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügende Grundlage dar, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern. Das trifft namentlich zu, wenn der Sachverständige die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet, seine Erkenntnisse und Schlussfolgerungen nicht begründet oder diese in sich widersprüchlich sind oder die Expertise sonst wie an Mängeln krankt, die derart offensichtlich sind, dass sie auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind (BGE 141 IV 369 E. 6.1; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 5A_228/2016 vom 11. Juli 2016 E. 3.3 und 4A_462/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 6.2). a) Die Vorinstanz stützte sich zur Beurteilung der Ursachen der Rissbildung vornehmlich auf das eingeholte Gerichtsgutachten. Zudem legte sie zutreffend dar, dass nur dieses als Beweismittel gilt und dem Privatgutachten lediglich die Bedeutung von Parteibehauptungen beizumessen ist. Letzteres kann jedoch zu Vergleichszwecken dienen und es bestehen diesbezüglich erhöhte Bestreitungsanforderungen (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3 und E. 2.6). Im Einzelnen erwoh die Vorinstanz, dass die meisten Risse gemäss dem Privatgutachten D. _____ ausserhalb der Toleranz liegen und als Mangel gelten würden. Der Gutachter sei zum Schluss gelangt, dass die Rissbildungen im Dachgeschoss überwiegend auf Zwängungen und Querbelastungen im Mauerwerk infolge der Deckendeformation zurückzuführen seien. Die Gebrauchstauglichkeit des Gesamtsystems aus Decke und Wänden sei in der vorliegenden Konstruktion nicht gegeben. Zur Gewährung einer ausreichenden Gebrauchstauglichkeit und einer Reduktion der Risse auf ein akzeptables Restrisiko wäre es erforderlich gewesen, die Wände im Mittelbereich zu betonieren oder die gemauerten Wände durch Dilatationsfugen so weit voneinander zu lösen, dass geringe horizontale Bewegungen ohne wesentliche gegenseitige Beeinflussung möglich gewesen wären. Der Gutachter habe die Rissbildungen im Dachgeschoss als Planungsfehler qualifiziert, wobei es am Ingenieur gelegen wäre, die Problematik zu erkennen, entsprechende Massnahmen vorzuschlagen oder eine Abmahnung zu erstellen. Ausführungsfehler zu Lasten der Unternehmer seien laut der

Expertise D._____, abgesehen von der mangelhaften

Seite 25 — 34 Fugenausbildung zu Lasten des Gipsers, nicht erkennbar (vgl. angefochtener Entscheidung E. 8b). Sodann hielt die Vorinstanz fest, dass der Gerichtsgutachter übereinstimmend eine unzureichende Planung als ursächlich für die Rissbildungen in den Mauerwerkswänden des Dachgeschosses ansehe. Nach dessen Ausführungen habe die Einhaltung der Richtwerte für die Gebrauchsgrenzen gemäss SIA-Norm 266 nicht nachgewiesen werden können. Die Kombination aus geringer Druckbelastung der Wände und der infolge Deckenverformung am Wandfuss entstehenden Rotation um die Wandlängsachse führe zur Rissbildung in den Wänden. Dadurch, dass die Wände nicht durch Dilatationsfugen in geeigneter Weise unterteilt worden seien, würden sich Druckbögen einstellen, die zu einer weiteren Entlastung des unteren Wandbereichs und insbesondere der Wandmitte führen würden. Die Ursache der Rissbildungen im Dachgeschoss liege gemäss dem Gutachter E._____ in der unzureichenden Projektierung der Decke über dem Erdgeschoss und der Wände im Dachgeschoss. Seiner Ansicht nach hätte der Bauingenieur die Risiken von Rissbildungen im vorliegenden Ausmass erkennen und entsprechende Massnahmen verlangen müssen. Einzig bei den feinen Rissen in der Wand 2 und 4 im Bereich der Treppe könne es sich um einen Ausführungsfehler des Gipsunternehmens handeln. Ebenso sei der Gipser für die Anschlussfugen der gemauerten Wände zur Dachkonstruktion verantwortlich. Die wiederkehrenden Belastungen des Daches durch Wind und Schnee würden die Schadensgrösse der darunter liegenden Wände anteilmässig verstärken. Der Wasserschaden in der Decke über dem Erdgeschoss habe dagegen keinen Einfluss auf die eingetretene Rissbildung. In seiner Gutachtensergänzung führe der Experte aus, dass die Betondecke und die Wandkonstruktion im Dachgeschoss die SIA-Norm 260 bezüglich Durchbiegungen nicht erfüllen würden. Aufgrund des vorliegend abgeschlossenen Ingenieursvertrags sei es Sache des Bauingenieurs gewesen, die Mauerwerkswände im Obergeschoss zu projektieren. Ebenso habe es dessen Aufgabe dargestellt, den Architekten auf Deformationen und entsprechende Massnahmen aufmerksam zu machen. Der Bauingenieur sei für die Lastabtragung und Planung der Auflager auf den tragenden Wänden verantwortlich, so dass Wind und Schnee zu den mitzubeherrschenden Lasten gehören würden (vgl. angefochtener Entscheidung E. 8c). Die Vorinstanz hielt die dagegen erhobenen Einwände der Beklagten, wonach die Mauerwerkswände im Dachgeschoss vom Architekten und Ingenieur als nicht tragend konzipiert worden seien und der Fehler daher nicht in der Planung, sondern darin zu erblicken sei, dass zwischen dem Dach und den Wänden im Dachgeschoss keine Dilatationsfugen gelassen worden seien, als nicht überzeugend. Sie beurteilte das Gerichtsgutachten als vollständig, klar und schlüssig. Die Berechnungen seien ausführlich dokumentiert und die Fra-

Seite 26 — 34 gen detailliert beantwortet worden. Deshalb seien keine Gründe ersichtlich, um von den Darlegungen des Gutachtens abzuweichen. Der Gerichtsexperte gelange zudem zum gleichen Resultat wie der private Gutachter. Ein Verschulden und eine Haftung der Beklagten seien daher zu bejahen (vgl. angefochtener Entscheidung E. 8d). b/aa) Die Berufungsklägerin moniert, die Vorinstanz übernehme das Gerichtsgutachten unkritisch und verkenne, dass es auf falschen Annahmen beruhe. Ein fehlerhaftes Gutachten könne nicht den Beweis für eine Vertragsverletzung erbringen. Die Vorinstanz verstosse gegen Art. 364 OR, indem sie vorliegend eine Aufklärungspflicht seitens des Bauingenieurs annehme. Die Berufungsklägerin macht im Einzelnen geltend, dass es ihre Aufgabe

gewesen sei, die Statik der Stahlbetonkonstruktion zu berechnen und damit sämtliche tragenden Bauteile stark genug zu dimensionieren. Nicht dazu gehört habe die Berechnung der Statik von nicht tragenden Wänden. Die Innenwände im Dachgeschoss hätten keinen Einfluss auf die Statik des Gebäudes. Da diese der Raumeinteilung dienenden Wände als nicht tragend ausgestaltet worden seien, habe sich die Berufungsklägerin nicht damit befassen müssen. Zwischen den Innenwänden im Dachgeschoss und der Dachkonstruktion seien keine Dilatationsfugen (sog. Schwedenschnitte) vorhanden gewesen, womit die Dachkonstruktion auf den als nicht tragend gedachten Innenwänden aufgelegt sei. Die Innenwände seien zufolge einer fehlerhaften Bauausführung zu tragenden Elementen geworden, wobei nicht erstaune, dass sie den Lasten nicht standgehalten hätten. Indem der Gerichtsgutachter nun offensichtlich annehme, dass die Innenwände gewollt tragend seien, gehe er von falschen Tatsachen aus. Der Gutachter D. _____ hingegen lege seiner Beurteilung die vorgesehene freie Raumeinteilung im Dachgeschoss zugrunde und halte fest, dass die Tragsicherheit der Decke über dem Erdgeschoss ausreichend dimensioniert sei. Der Gerichtsexperte spreche stets von Planungsfehlern, ohne allerdings direkt den Bauingenieur als Verursacher zu nennen. Er werfe diesem vor, dass er den Architekten und den Bauunternehmer nicht auf die Möglichkeit der Rissbildung hingewiesen habe. Ein solcher Vorwurf wäre nur gerechtfertigt, wenn der Ingenieur im Gegensatz zu den anderen Beteiligten über spezielles Fachwissen verfügen würde, was in casu nicht zutrefte. Da jedem Architekten und Bauunternehmer klar sei, dass die Dachsparren nicht auf nicht tragende Wände abgestützt werden dürften, entfalle eine Aufklärungspflicht. Selbst wenn angenommen werde, dass keine Kräfte vom Dach auf die Innenwände wirken würden, bestehe keine Aufklärungspflicht des Ingenieurs. Die Kenntnisse bezüglich der gebräuchlichen Konstruktionsweise einer tragenden Bodenplatte, auf welcher die Raumeinteilung

Seite 27 — 34 frei erfolgen könne, würden zum Grundwissen eines jeden Architekten und Bauunternehmers gehören. bb) Die Berufungsbeklagte hält demgegenüber fest, dass zu den Bauingenieurarbeiten regelmässig die Bemessung der tragenden Decken sowie des tragenden Mauerwerks und der dazu erforderlichen Stahlstützen gehören würden. Die Berufungsklägerin anerkenne selbst, dass sie für die Planung sämtlicher tragenden Bauteile verantwortlich gewesen sei. Gemäss dem Gerichtsgutachter sei die Planung aller Mauerwerkswände im Obergeschoss Teil des Auftrags gewesen. Die Berufungsbeklagte erklärt, es bedürfe denn auch keiner ausdrücklichen Vereinbarung, dass Wände und Decken so projektiert würden, dass keine Risse entstehen. Die Berufungsklägerin sei als einzige in der Lage gewesen, das Mauerwerk rechnerisch zu überprüfen, und sei hierfür zuständig gewesen. So habe sie auch die entsprechenden Pläne für die Wände, namentlich für jene im Dachgeschoss, erstellt. Die Behauptung, dass die Raumaufteilung im Dachgeschoss als nicht tragend konzipiert worden sein soll, sei unzutreffend. Das Dach liege auf den Aussenwänden sowie teilweise auf den Innenwänden im Dachgeschoss auf. Die auf diese Mauern wirkenden Belastungen hätten bei der Berechnung der darunter liegenden Stahlbetondecke berücksichtigt werden müssen, zumal die Deformation der Stahlbetondecke Auswirkungen auf die darauf stehenden Wände habe. Wie die beiden Gutachter übereinstimmend festgestellt hätten, habe die Berufungsklägerin dies unterlassen. Dass sich die Berufungsklägerin mit der Verteilung der Dachlasten auseinandergesetzt und dies in ihrer — wenn auch fehlerhafte — Planung miteinbezogen habe, gehe aus den erstellten Plänen hervor. Des Weiteren nehme die Berufungsklägerin fälschlicherweise an, dass eine Dilatationsfuge, welche eine komplette Trennung von zwei

Bauelementen beinhalte, dasselbe wie ein Schwedenschnitt, der auf eine Trennung von Wand und Decke abziele, sei. Gemäss Gerichtsgutachten wäre die Berufungsklägerin verpflichtet gewesen, eine Dilatationsfuge einzuplanen. Das dem Gipser zuzuordnende Versäumnis des fehlenden Schwedenschnitts habe nur zu einem marginalen Schaden geführt und sei in den beiden Gutachten von der Verantwortlichkeit der Berufungsklägerin ausgenommen worden. Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin stütze das Gutachten D._____ ihre Behauptungen nicht, sondern stimme vielmehr mit der Expertise E._____ überein. Zudem habe der Gerichtsgutachter die Verantwortlichkeit für den Planungsfehler mehrfach und ausdrücklich der Berufungsklägerin zugewiesen, weshalb deren gegenteilige Äusserung aktenwidrig sei. Die Behauptung des fehlenden überschüssigen Fachwissens stelle sodann ein neues unzulässiges Vorbringen dar. Auch treffe sie nicht zu, da die Berufungsklägerin die einzige

Seite 28 — 34 Bauingenieurin im Team gewesen sei und daher auch als einzige die gesamte statische Planung habe vornehmen können. Es gebe für das Gericht keine triftigen Gründe, um von den Gutachten und damit von der übereinstimmenden Meinung zweier Bauexperten abzuweichen. Die gerichtlich eingeholte Expertise sei in ihrer Begründung konsistent und glaubhaft und decke sich bezüglich Ursache, Verantwortung sowie Schadenshöhe weitgehend mit dem Gutachten D._____. c) Beide Parteien stellen für die Beurteilung des Inhalts des Leistungsauftrags der Berufungsklägerin auf die Offerte vom 18. April 2006 ab. Demgemäss oblag der Berufungsklägerin die statische Berechnung der Stahlbetonkonstruktion sowie das Erstellen der Schalungs- und Armierungspläne mit den dazugehörigen Materialien sowie das Erstellen der Ausschreibungsunterlagen für die Stahlbetonarbeiten nach Normpositionen-Katalog 241/2005 (vgl. Vorinstanz act. II./3 und 4). Die Berufungsklägerin räumt selbst ein, dass es im Rahmen der Statikberechnung ihre Aufgabe war, sämtliche tragenden Bauteile stark genug zu dimensionieren. Sie war somit dafür zuständig, die auf das Bauwerk einwirkenden Lasten und Kräfte sowie deren Auswirkungen zu berücksichtigen, sowie ein tragsicheres und -fähiges Gesamtwerk zu gewährleisten. aa) Die vorliegend als Mangelfolgeschaden zu beurteilenden Risse bildeten sich an mehreren Mauerinnenwänden des Dachgeschosses. Der Berufungsklägerin ist zwar darin beizupflichten, dass der Gutachter D._____ die Decke über dem Erdgeschoss bezüglich Tragsicherheit grundsätzlich als ausreichend dimensioniert beurteilt hat (vgl. Vorinstanz act. II./13, Privatgutachten S. 20 und S. 30). Ebenfalls geht der Gutachter in Übereinstimmung mit der Berufungsklägerin insofern von einer freien Raumeinteilung aus, als er die Wände im Dachgeschoss im Grundriss als frei entwickelt, das heisst im Innenbereich nicht mit den Tragwänden im Erdgeschoss zusammenhängend, bezeichnet (vgl. Privatgutachten S. 22). Vorliegend habe sich durch die konstruktive Ausgestaltung des Grundrisses und die Höhe der Wände im Dachgeschoss ein sekundäres Tragsystem ausgebildet, welches in ungerissenem Zustand wesentlich steifer sei als die darunterliegende Decke. Damit deformiere sich die Betondecke unter den auftretenden Lasten stärker als das darüber liegende Mauerwerk. Infolge der Deckendeformation verspanne sich das Mauerwerk durch Gewölbekonstruktion. Der Gutachter kam zum Schluss, dass die Rissbildungen im Dachgeschoss überwiegend auf Zwängungen und Querbelastrungen im Mauerwerk infolge Deformation der Decke zwischen Erd- und Dachgeschoss zurückzuführen seien. Trotz grundsätzlich geringer Deckendeformation sei die Gebrauchstauglichkeit des Gesamtsystems aus Decke und Wänden in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben (vgl. Privatgutachten S. 22-30). Dadurch

Seite 29 — 34 wird die von der Berufungsklägerin angeführte Aussage hinsichtlich der Beurteilung der Tragsicherheit relativiert. Die Tragsicherheit gilt als gegeben, wenn die Möglichkeit eines Tragwerkversagens durch geeignete Massnahmen unter Kontrolle gehalten oder auf ein akzeptierbar kleines Mass beschränkt wird (vgl. zur Begriffsdefinition SIA Norm 462 [Beurteilung der Tragsicherheit bestehender Bauwerke]). Nebst der Tragsicherheit muss überdies die Gebrauchstauglichkeit des Bauwerks gewährleistet sein, was vorliegend gemäss dem Privatgutachter nicht der Fall ist. Im Rahmen der Verantwortlichkeitsbeurteilung am Ende des Gutachtens wird klar festgehalten, dass die Rissbildungen im Dachgeschoss auf einen Planungsfehler zurückzuführen seien und der Ingenieur die Problematik bezüglich Rissbildungen hätte erkennen müssen; Ausführungsfehler zu Lasten des Unternehmers seien hingegen weder erkennbar noch zu vermuten (vgl. Privatgutachten S. 39). Hierzu äussert sich die Berufungsklägerin nicht, sondern beruft sich lediglich auf die anfängliche Aussage des Gutachters, welche insofern aus dem Kontext gerissen wird, als sich dieser in der Folge für eine Verantwortlichkeit der Berufungsklägerin ausspricht. Die Berufungsklägerin kann aus der Expertise D. _____ daher nichts zu ihren Gunsten ableiten und vermag - wie noch aufzuzeigen sein wird - keine Widersprüchlichkeit zum Gerichtsgutachten darzutun. bb) Im gerichtlich eingeholten Gutachten wird eine unzureichende Planung als ursächlich für die Rissbildungen in den Mauerwerkswänden des Dachgeschosses erachtet. Der Experte führt insbesondere aus, dass das gewählte Tragwerkskonzept eine Abfangung der Wandlasten durch die Stahlbetondecke über dem Erdgeschoss vorsehe, da die Dachgeschosswände nicht durch im Erdgeschoss identisch angeordnete Tragwände gestützt würden (vgl. Vorinstanz act. VI./4, Gerichtsgutachten S. 6 f.). Insbesondere wenn die Mauerwerkswände frei auf einer Decke, das heisse nicht über stützenden Wänden des darunter liegenden Geschosses, angeordnet seien, steige das Risiko der Rissbildung infolge der unvermeidbaren Deckenverformung (vgl. Gerichtsgutachten S. 13). Daraus wird deutlich, dass der gerichtlich beauftragte Experte dipl. Bauing. ETH/SIA E. _____ gleichermassen wie der Privatgutachter D. _____ von einer freien Raumeinteilung ausgeht. Letzterer hielt nämlich wie dargelegt ebenfalls dafür, dass die Wände im Dachgeschoss im Grundriss frei entwickelt seien und im Innenbereich keinen Zusammenhang mit den Tragwänden im Erdgeschoss hätten (vgl. Privatgutachten S. 22). Aufgrund dessen erweist sich der Vorwurf der Berufungsklägerin, der Gerichtsgutachter sei im Gegensatz zum Privatgutachter von anderen bzw. falschen Tatsachen ausgegangen, als unzutreffend. Ebenfalls unbehelflich ist der berufungsklägerische Einwand der fehlerhaften Bauausführung. Aus den Planunterlagen

Seite 30 — 34 geht hervor, dass sich die Berufungsklägerin entgegen ihrer Darstellung mit den betreffenden Innenwänden befasst und diese in ihre Planung miteinbezogen hat (vgl. Vorinstanz act. IV. Plan Nr. 03.06-503 und Nr. 03.06-608). Entsprechend wird auch im Ergänzungsgutachten festgehalten, dass es aufgrund des abgeschlossenen Ingenieurvertrags Sache des Bauingenieurs gewesen sei, die Mauerwerkswände im Obergeschoss zu projektieren (vgl. Vorinstanz act. VI./8, Ergänzungsgutachten S. 3). Des Weiteren bestätigt der Gerichtsexperte, dass die unterschiedliche Steifigkeit der Betondecke und der gemauerten Wände kurzfristig zu Deformationen und Rissbildungen in den gemauerten Wänden führen könne. Infolge der langfristig zunehmenden Deckenverformung könne sich die Rissbildung in den gefährdeten Mauerwerkswänden mit der Zeit vergrössern (vgl. Gerichtsgutachten S. 13). Um die Deformation auf ein normverträgliches Mass zu reduzieren, wäre nach Ansicht des Gutachters eine stärkere Betondecke über dem Erdgeschoss erforderlich gewesen. Sodann hätte die Rissbildung in

den Wänden mit Wanddilatationen oder alternativ durch eine Ausführung der Wände in armiertem Beton vermieden werden können (vgl. Gerichtsgutachten S. 16). Aus bautechnischer Sicht hätte der Bauingenieur die Risiken von Rissbildungen im vorliegenden Ausmass erkennen und entsprechende Massnahmen ergreifen müssen. Davon ausgenommen seien die feinen Risse an der Wand 2 und 4 im Bereich der Treppe und die Anschlussfugen zwischen der Wand und Dachkonstruktion (vgl. Gerichtsgutachten S. 17). Die wiederkehrenden Belastungen des Daches durch Wind und Schnee würden die Schadensgrösse der darunterliegenden Wände anteilmässig verstärken (vgl. Gerichtsgutachten S. 24). Im Rahmen der Ergänzungsfragen präzisierter Gutachter, dass die vorhandene Betondecke und die Wandkonstruktion im Dachgeschoss die SIA Norm 260 bezüglich Durchbiegungen nicht erfüllen würden. Der Ingenieur habe Wind und Schnee als Lasten im Rahmen der Tragfähigkeit und Gebrauchstauglichkeit mitzubersichtigen und sei für die Lastabtragung sowie die Planung der Auflager auf den tragenden Wänden verantwortlich gewesen (vgl. Ergänzungsgutachten S. 5 f.). Demnach sind die Rissbildungen entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht in einem die Konzeption der Wände betreffenden Ausführungsfehler, sondern in der Deckendeformation begründet. Diese wurde offenbar nicht genügend stark dimensioniert, so dass es unter den einwirkenden Lasten zu einer Deformation kam. Nach der Beurteilung des Gerichtsgutachters wäre eine stärkere Betondecke über dem Erdgeschoss erforderlich gewesen (vgl. Gerichtsgutachten S. 16). Die Konstruktion der Stahlbetondecke oblag unbestrittenemassen der Berufungsklägerin, womit ihr dieser Fehler zweifellos anzulasten ist. Sie führt selbst an, dass es ihre Aufgabe gewesen sei, die Statik der Stahlbetonkonstruktion zu berechnen und damit sämtliche

Seite 31 — 34 tragenden Bauteile stark genug zu dimensionieren (vgl. Berufung C. Ziff. 2a S. 8). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Berufungsklägerin vorliegend für den zu den Rissbildungen führenden Planungsfehler in der Verantwortung steht. Sie war damit beauftragt, ein funktionsfähiges Tragsystem auszuarbeiten und zu berechnen und ist ihrer diesbezüglichen Pflicht nicht nachgekommen, was eine vorwerfbare Vertragsverletzung bedeutet. cc) Sodann ist es unzutreffend, dass der Gerichtsexperte der Berufungsklägerin lediglich eine mangelnde Aufklärung anlastet. Es ist klar von einem Planungsfehler die Rede, für welchen die Berufungsklägerin einzustehen hat. So wird explizit festgehalten, dass es sich bei den Wandrissen - mit Ausnahme der Wand 2 und 4 - um einen Planungsfehler handle (vgl. Gerichtsgutachten S. 18). Auch aus dem Ergänzungsgutachten geht eindeutig hervor, dass eine mangelhafte Planung im Bereich der statischen Berechnung ursächlich für die Rissbildung und dementsprechend der Bauingenieur dafür verantwortlich sei. Weitere Verantwortliche kämen - abgesehen vom Gipsunternehmen für die untergeordneten Risse - nicht in Betracht (vgl. Vorinstanz act. VI./8, Ergänzungsgutachten S. 4). Der Bauingenieur trage für den grössten Teil der Instandsetzungskosten infolge eines Planungsfehlers die Verantwortung (vgl. Ergänzungsgutachten S. 6). Im Weiteren stellt die Berufungsklägerin eine Aufklärungspflicht mit dem Argument, dass auch der Architekt und der Bauunternehmer über Kenntnisse bezüglich der gebräuchlichen Konstruktion einer tragenden Bodenplatte verfügen würden, in Abrede. Die Berufungsklägerin hält dieses Argument für neu und im Hinblick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO für unzulässig. Die Beklagte brachte allerdings bereits im vorinstanzlichen Verfahren vor, dass sowohl der Architekt als auch der Bauunternehmer die Problematik aufgrund ihrer Erfahrung mit der angewandten Konstruktionsmethode hätten erkennen können und sie selbst daher keine Aufklärungspflicht getroffen habe (vgl.

Vorinstanz act. I./6, Duplik S. 7). Insofern erweist sich das Vorbringen nicht als neu. Indessen vermag dieses nicht zu überzeugen, da es wie dargelegt Aufgabe der Berufungsklägerin war, die statische Berechnung vorzunehmen so- wie die dazugehörigen Pläne auszuarbeiten, womit sie ein sicheres und ge- brauchstaugliches Tragwerksmodell zu gewährleisten hatte. Sie war diejenige mit dem erforderlichen Fachwissen und damit die "Statikexpertin", weshalb sie sich nicht mit Hinweis, die anderen hätten die Problematik bemerken müssen, entlas- ten kann. Der Architekt und der Bauunternehmer waren infolge fehlenden Sach- verstands zu keiner Nachprüfung der statischen Berechnung verpflichtet. Es wäre an der Berufungsklägerin als Ingenieurin gelegen, die fehlende Gebrauchstaug- lichkeit der Konstruktion zu erkennen und Massnahmen zur Vermeidung von

Seite 32 — 34 Rissbildungen, sei dies die Anordnung von Dilatationsfugen oder die Ausführung der Wände in armiertem Beton, zu ergreifen (vgl. Gerichtsgutachten S. 16 f., Er- gänzungsgutachten S. 3 f. und Privatgutachten S. 39). Der Architekt und der Bau- unternehmer waren hierfür jedoch nicht verantwortlich (vgl. Gerichtsgutachten S. 17 und Privatgutachten S. 39). Damit liegt der Vorwurf entgegen der Meinung der Berufungsklägerin nicht allein, aber auch in einer mangelnden Aufklärung und unterlassenen Ergreifung der erforderlichen Massnahmen ihrerseits. Es gelingt der Berufungsklägerin nicht, die Verantwortung Dritten aufzuerlegen. Die Ursache der Risse bildet ein Planungsfehler, welcher in die Verantwortlichkeit der Berufungs- klägerin fällt. Ihre Einwände gegen das Gerichtsgutachten zielen ins Leere und es ist nach dem Dargelegten mit der Vorinstanz von einem vollständigen, nachvoll- ziehbaren und schlüssigen Gutachten auszugehen, weshalb für das Gericht kein Anlass besteht, diesem nicht zu folgen. d) Im vorinstanzlichen Entscheid wird der geschuldete Schadenersatz auf ins- gesamt CHF 62'756.20 (bestehend aus Kosten für die Instandstellung der Wände im Dachgeschoss von CHF 48'500.--, Kosten des Privatgutachten von CHF 6'556.20, Kosten für eine Ersatzwohnung von CHF 3'500.--, Kosten für die Verschiebung der Möbel von CHF 1'200.-- sowie Reinigungskosten von CHF 3'000.--) festgelegt. In der Berufung wird weder der entstandene Schaden noch dessen Höhe thematisiert, so dass es sich vorliegend erübrigt, weiter darauf einzugehen. Mangels einer entsprechenden Rüge bleibt es beim vorinstanzlich ermittelten Ersatzanspruch von CHF 62'756.20 zuzüglich 5% Zins auf CHF 6'556.20 seit dem 16. Oktober 2012. 5. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der angefochtene Entscheid zu bestätigen und die Berufung abzuweisen ist. Entsprechend ist auch die vor- instanzliche Kostenregelung zu belassen und lediglich noch über die Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden. a) Die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens, welche sich aus den Ge- richtskosten und der Parteientschädigung zusammensetzen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), gehen gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO zu Lasten der unterliegenden Beru- fungsklägerin. In Anwendung von Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsge- bühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) werden die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens auf CHF 5'000.-- festgesetzt und mit dem von der Beru- fungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Zudem hat die Berufungs- klägerin der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu ent- richten.

Seite 33 — 34 b) Mit Honorarnote vom 2. März 2016 (act. D.4) macht Rechtsanwalt MLaw Ramiro Pedretti für das Berufungsverfahren anwaltliche Aufwendungen von insge- samt 21 Stunden geltend, was bei einem Stundenansatz von CHF 270.-- einem Honorar von CHF 6'307.30 (inkl. CHF 170.10 Barauslagen und 8% MwSt.) ent- spricht. Es liegt eine Honorarvereinbarung im Recht (vgl. Vorinstanz act. II./1), wobei der vereinbarte

Stundenansatz noch im Rahmen des Üblichen liegt (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). Der geltend gemachte Aufwand erweist sich unter Berücksichtigung der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als angemessen und ist dementsprechend von der Berufungsklägerin zu ersetzen.

Seite 34 — 34 III.

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