

ZH_HANDELSGERICHT HG080294 vom 17. November 2011

Zh Handelsgericht, 2011-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080294

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG080294 du 17 novembre 2011

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG080294 del 17 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

A._____, Beklagter und Widerkläger

E. 1.1

Die Klägerin macht geltend, sie habe mit der Beklagten 2 einen schriftlichen Werkvertrag geschlossen, worin sich letztere zur Lieferung einer "Weissen Wanne" inkl. fachingenieurtechnische Begleitung und zur Abgabe einer zehnjährigen Systemgarantie verpflichtet habe (act. 20 Rz. 11). Anlässlich einer Projektsitzung vom 22. Mai 2006 sei es zwischen dem Beklagten 1 und der Beklagten 2 zu einer mündlichen und anschliessend schriftlich notierten Vertragsergänzung gekommen, womit der Beklagte 1 zusätzliche Fachingenieurverantwortung übernommen habe (act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 10). Die damalige Projektleiterin habe diese Vertragsänderung akzeptiert, in der Annahme, dass die Parteien eine solche Abmachung in Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht vornehmen würden und dass die Koordination von den beiden Fachingenieuren, nämlich dem Beklagten 1 und dem Fachingenieur der Subunternehmerin der Beklagten 2, sachgerecht wahrgenommen werde (act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 23). Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte 2 die Fachplanerverantwortung dem Beklagten 1 nicht vollumfänglich übertragen habe (act. 20 Rz. 57). Die Beklagte 2 habe für die Gewährung der vertraglich zugesicherten Systemgarantie gemäss ihrer Subunternehmerin "hohe Anforderungen" an den Armierungseingehalt in der Bodenplatte des Schulhauses vorausgesetzt (act. 20 Rz. 14 und 19). Demgemäss hätte der Beklagte 1 die Bodenplatte gemäss "hohen Anforderungen" armieren lassen und die Projektbasis bzw. die Nutzungsvereinbarung (Sicherheits- und Nutzungsplan) entsprechend anpassen müssen (act. 20 Rz. 31). Dies sei jedoch nicht geschehen (act. 1 Rz. 37; act. 20 Rz. 15). Die Klägerin wirft der Beklagten 2 nun vor, diese habe vertragswidrig nicht dafür gesorgt, dass diese Anforderungen eingehalten wurden, ihre Koordination mit dem Beklagten 1 unsorgfältig wahrgenommen und in der Folge vertragswidrig die Gewährleistung der Garantie erst wieder zugesagt, als umfassende zusätzliche Abdichtungsmassnahmen ausgeführt wurden (act. 20 Rz. 14 und 48). In diesem Sinne habe sie ihre Verpflichtungen verletzt, die Abgrenzung zur Tätigkeit des Beklagten 1 zu überprüfen und durchzusetzen (act. 20 Rz. 34). Ferner habe sie nicht nur die Überwachung ihrer Subunternehmerin D.____ nicht vertragskonform erfüllt; die D._____ hätte sich [auch] vergewissern müssen, dass die entsprechenden Voraussetzungen für die Systemgarantie vorlagen. Die D._____ und damit die Beklagte 2 hätten ihre Pflichten gemäss Art. 365 OR bzw. gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 verletzt (act. 31 Rz. 15). Gemäss plausiblen Ausführungen des Beklagten 1 seien Absprachen betreffend Anforderungen der Beklagten 2 zur Gewährleistung der Systemgarantie erst in einem sehr späten Zeitpunkt getroffen worden (act. 31 Rz. 16, 19 und 35). In dieser Situation hätte die Beklagte 2 eine erhöhte Sorgfaltspflicht getroffen,

sicherzustellen, dass die entsprechende Koordination mit dem Beklagten 1 funktionierte. Dies habe sie sorgfaltswidrig nicht getan, was sie selbst zugebe (act. 20 Rz. 49; act. 31 Rz. 19 und 36). Nachdem ihr – der Klägerin – die Wasserdichtigkeitsgarantie verweigert worden sei, sei sie gezwungen gewesen, kostspielige Sanierungsmassnahmen in Auftrag zu geben, da sie auf die Garantie nicht habe verzichten können und wollen (act. 1 Rz. 19). Der durch die dadurch verursachten Mehrkosten entstandene Schaden, sei ihr aufgrund der genannten Pflichtverletzungen von der Beklagten 2 zu ersetzen.

E. 1.2

Die Beklagte 2 macht demgegenüber geltend, dass weder sie noch die D._____ nach der im Zuge der Sitzung vom 22. Mai 2006 erfolgten Vertragsände-

- 26 - rung noch Fachingenieurleistungen zu erbringen gehabt hätten. In der Folge habe sie ihre Leistungen entsprechend den Vorgaben des Beklagten 1 sowie den Vorgaben von Architekt und Bauleitung erbracht (act. 25 Rz. 11). Ohnehin wisse sie nicht, wie es dazu kam, dass die Fachbauleitung für die "Weisse Wanne" in den Ausschreibungsunterlagen als Leistung des Baumeisters aufgeführt wurde, denn die Ingenieurleistungen für die "Weisse Wanne" wären im Leistungsumfang des Ingenieurvertrags zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 enthalten gewesen (act. 10 Rz. 20). Aufgrund der Pflicht zur Erbringung der Ingenieurleistungen sei der Beklagte 1 auch für die Einhaltung der Anforderungen des Systemgaranten verantwortlich gewesen (act. 10 Rz. 21). Die Anforderungen, die sie – die Beklagte 2 – zur Gewährung der Systemgarantie stellte, habe sie am 22. Mai 2006 gegenüber dem Beklagten 1 sowie der Bauleitung der Klägerin kommuniziert (act. 10 Rz. 6; act. 25 Rz. 9, 13, 17, 20, 23, 26, 29, 32, 44, 56 und 68). Diese Vorgaben habe sie von der Systemlieferantin D._____ erhalten. Mit dem Hinweis sei sie ihrer vertraglichen Verpflichtung nachgekommen, der Klägerin zu erläutern, was Voraussetzung für die Gewährung einer Systemgarantie gewesen sei. Nachdem die Klägerin durch ihre Bauleitung vertreten und zudem auch deren Ingenieur anwesend gewesen sei, habe sie – die Beklagte 2 – davon ausgehen dürfen, dass diese Vorgaben auch umgesetzt würden. Sie sei nicht dazu verpflichtet gewesen, die vom Beklagten 1 als Spezialist ausgearbeiteten Unterlagen im Hinblick auf die Umsetzung der Vorgaben zu kontrollieren. Es treffe mithin nicht zu, dass sie die entsprechende Koordination unsorgfältig wahrgenommen habe. Sie habe keine derartige Verpflichtung getroffen. Weiter könne ihr auch nicht vorgeworfen werden, sie habe die Systemgarantie vertragswidrig abgelehnt. Nachdem die von ihr bekanntgegebenen Voraussetzungen für die Gewährleistung der Systemgarantie nicht eingehalten wurden und deshalb die Systemlieferantin die Systemgarantie ablehnte, sei ihr – der Beklagten 2 – nichts anderes übrig geblieben, als der Klägerin eine entsprechende Abmahnung zukommen zu lassen (act. 25 Rz. 9, 12, 14 und 32). In Bezug auf den geltend gemachten Schaden führt die Beklagte 2 im Wesentlichen aus, dass die Klägerin aufgrund der Sanierungsarbeiten ein qualitativ hö-

- 27 - herwertiges Produkt erhalten habe, als sie ursprünglich bestellt habe und sich diesen Mehrwert nun anrechnen lassen müsse (act. 25 Rz. 38, 40 und 88). 2. Pflichtverletzungen der Beklagten 2

E. 1.3

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird nachfolgend im Einzelnen soweit notwendig detailliert eingegangen. 2. Qualifikation des Vertrags zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1

E. 2

Eventualiter sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 806'597.15 nebst Verzugszinsen zu 5% seit 25. Juli 2008 zu bezahlen.

E. 2.1

Die Klägerin führt ihre als Schaden bezeichneten Kosten darauf zurück, dass die Armierungen in der Bodenplatte des Schulhauses C._____ nicht "hohen Anforderungen" im Sinne der SIA-Ordnung 262 genügen (act. 1 Rz. 37). Dazu sei es gekommen, weil das Erfordernis der "hohen Anforderungen" an den Armierungsgehalt trotz den klaren Vorgaben der Beklagten 2 nicht in die Projektbasis und die Nutzungsvereinbarung übernommen und umgesetzt worden sei (act. 20 Rz. 31). Folglich erkennt die Klägerin die Verursacher des Werkmangels in der/den mit der (Fach-)Planung betrauten Person/en. Obschon die Klägerin auch der Beklagten 2 trotz Vertragsänderung vom 22. Mai 2006 vorhält, sie hätte fachplanerische Aufgaben zu bewältigen gehabt (act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 15 und 29), scheint sie – die Klägerin – sich doch nicht auf den Standpunkt stellen zu wollen, dass die Beklagte 2 auch die (Armierungs-)Pläne hätte erstellen müssen. Hierzu war auch den klägerischen Ausführungen zufolge grundsätzlich der Beklagte 1 zuständig (act. 20 Rz. 31). Der Beklagten 2 wirft die Klägerin im Wesentlichen vor, den Beklagten 1 ungenügend informiert, sich mit ihm nicht koordiniert und seine Vorgaben unkontrolliert übernommen bzw. befolgt zu haben (act. 20 Rz. 12, 14, 48 und 49; act. 31 Rz. 16, 19 und 22). Zusammengefasst wirft die Klägerin der Beklagten 2 mithin die Verletzung von Sorgfaltspflichten vor, welche sie zum einen aus der behaupteten Teilfachplanerverantwortung der Beklagten 2 ableitet. Zum anderen macht sie geltend, die Beklagte 2 bzw. ihre Subunternehmerin hätte eine Pflicht aus Art. 365 OR getroffen, die Einhaltung der Armierungsvorgaben zu kontrollieren (act. 31 Rz. 10 und 15). Schliesslich erblickt die Klägerin eine Kontrollpflicht der Beklagten aus ihrer Funktion als Systemgarantin (act. 31 Rz. 15). Die Vorbringen gilt es nachfolgend zu prüfen.

E. 2.2

Fachplanerverantwortung der Beklagten 2

E. 2.2.1

Die Beklagte 2 bestreitet grundsätzlich nicht, dass sie sich eine Sorgfaltspflichtverletzung anlasten lassen müsste, wenn sie die Fachplanung hätte ausü-

- 28 - ben müssen bzw. die Fachplanerverantwortung getragen hätte. Sie stellt sich indes auf den Standpunkt, dass es am 22. Mai 2006 zu einer Vertragsänderung gekommen sei, anlässlich der sie von sämtlichen Pflichten im Zusammenhang mit der Fachplanung befreit worden sei (act. 10 Rz. 23; act. 25 Rz. 11, 14 und 27). In diesem Zusammenhang stellt sie klar, dass sie dem Beklagten 1 keine Fachplanerverantwortung übertragen und mit diesem auch in keinem Zeitpunkt in einem Vertragsverhältnis gestanden habe (act. 25 Rz. 52). Die Vertragsänderung sei zwischen ihr und der Klägerin zustande gekommen. Zu dieser Behauptung gilt es die Ausführungen der Klägerin genauer zu betrachten.

E. 2.2.2

der Erwägungen), über ein Rechtsverhältnis mit einer Drittpartei (der Subunternehmerin) zu informieren, geschweige denn, dem Beklagten 1 Unterlagen aus diesem Vertragsverhältnis auszuhändigen. Schliesslich erscheint auch fragwürdig, was die Offenlegung des Inhalts des Vertrags vom 17. August 2006 gebracht hätte, wenn die

Arbeiten nach klägerischer Darstellung in diesem Zeitpunkt wenn nicht bereits abgeschlossen, dann zumindest doch in vollem Gange waren (Die Klägerin behauptet, dass die Arbeiten an der "Weissen Wanne" im Sommer 2006 abgeschlossen wurden; act. 20 Rz. 31). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Verletzung der Informationspflichten der Beklagten 2 ersichtlich ist.

E. 2.2.3

Die Beklagte 2 führt in Rz. 20 ihrer Klageantwort (act. 10) aus, dass sie nicht wisse, weshalb die Fachbauleitung für die "Weisse Wanne" in den Ausschreibungsunterlagen als Leistung des Baumeisters aufgeführt worden sei, denn diese wäre grundsätzlich vom Ingenieurvertrag umfasst. Damit bestreitet die Beklagte 2 nicht, dass sie die Fachingenieurverantwortung anfänglich übernommen hatte, sondern bestätigt stattdessen, dass der Werkvertrag zwischen ihr und der Klägerin die Fachplanung ursprünglich umfasste. In diesem Sinne stellt sie sich wiederholt auf den Standpunkt, sie habe sich dieser Verantwortung im Zuge der Vertragsänderung entledigt (act. 25 Rz. 10, 32, 36, 56, und 68). Damit ist unbestritten, dass die Fachplanung und die damit verbundene Fachingenieurverantwortung im Umfang der Ausschreibungsunterlagen, welche den Vertragsinhalt absteckten, ursprünglich zum geschuldeten Leistungsumfang der Beklagten 2 gehörte.

- 30 -

E. 2.2.4

Im Zusammenhang mit der Frage der Pflichtbefreiung der Beklagten 2 steht die Abweichungsmeldung vom 22. Mai 2006 im Fokus (act. 4/8). Unter Bezugnahme auf dieses Dokument macht die Beklagte 2 geltend, sie habe der Klägerin mitgeteilt, dass sie keine Verantwortung für die Fachplanung übernehme, nachdem der Beklagte 1 die Fachingenieurverantwortung nicht aus der Hand geben wolle. Die Klägerin habe diese Vertragsänderung akzeptiert (act. 10 Rz. 4; act. 25 Rz. 10, 32, 43 und 74). Die Klägerin führt selbst aus, dass die in der Abweichungsmeldung enthaltenen Ausführungen der Beklagten 2 als Antrag zur Vertragsänderung zu verstehen seien (act. 1 Rz. 11). Diesen Antrag habe sie akzeptiert (act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 23). Die Klägerin stellt sich aber auch auf den Standpunkt, dass die Vertragsabänderungen zur Folge gehabt hätten, dass der Beklagte 1 zusätzliche Fachingenieurverantwortung übernommen habe, nicht aber, dass die Beklagte 2 davon gänzlich befreit worden wäre. Letzteres ergibt sich aus den Ausführungen der Klägerin, wonach es in der Folge zwei Fachingenieure, den Beklagten 1 und den Fachingenieur der Subunternehmerin der Beklagten 2, gegeben habe (act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 33). Ferner führt die Klägerin aus, dass die Beklagte 2 (weiterhin) Fachingenieurverantwortung getragen und diese vernachlässigt habe, indem sie nicht genügend um die Koordination mit dem Bauingenieur besorgt gewesen sei (act. 20 Rz. 34). Einigkeit besteht zwischen den Parteien mithin dahingehend, dass es im Nachgang zur Sitzung vom 22. Mai 2006 zu einer Vertragsänderung kam. Uneins sind sich die Parteien über den Umfang, in welchem die Beklagte 2 von ihrer Fachingenieurverantwortung befreit wurde. Es gilt mithin nachfolgend die Vertragsänderung auszulegen.

E. 2.2.5

Weder die Klägerin noch die Beklagte 2 behaupten einen tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien. Mithin sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach

ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 E. 3.1). Bei der Auslegung einer Willenserklärung bildet der Wortlaut lediglich die Grundlage, nicht aber die Grenze der Auslegung. Darüber hinaus beurteilt sich der Sinn der Äusserung auch nach dem Zusammenhang, in welchem sie steht und nach

- 31 - den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist (BGE 135 III 31 E. 2.2.6).

E. 2.2.6

Der Wortlaut der Offerte der Beklagten 2 lässt keine Zweifel daran offen, dass sich letztere sämtlicher Aufgaben im Zusammenhang mit der Fachplanung der "Weissen Wanne" entledigen wollte. Hierzu gilt es in Erinnerung zu rufen, dass die Ausschreibungsunterlagen für das Submissionsverfahren den Umfang der Leistungspflichten der Beklagten 2 absteckten. Durch die Erklärung, dass sie die Systemgarantie "ohne Fachplanung gemäss Ausschreibung" erbringen wolle, stellte die Beklagte 2 klar, dass sie keinerlei fachplanerische Pflichten mehr tragen wollte (act. 4/8). Diese Offerte stellte die Beklagte 2 offenbar an J._____, der als Vertreter der Klägerin an der Sitzung vom 22. Mai 2006 teilnahm (act. 20 Rz. 89). Dieser leitete den Antrag an die Klägerin weiter (Rücksprache: act. 1 Rz. 11), die daraufhin antwortete, es sei ihr egal (act. 4/8). Was J._____ genau weiterleitete, ist unklar. Aus dem von ihm angebrachten Vermerk auf der Abweichungsmeldung (act. 4/8) ergibt sich aber, dass er die Projektleiterin der Klägerin offenbar [auch] über eine Absprache mit dem Beklagten 1 informierte, wonach dieser die Fachplanung übernehme bzw. bereits übernommen habe. Es ist deshalb anzunehmen, dass J._____ der Klägerin den Antrag der Beklagten 2 übermittelte und gleichzeitig erklärte, dass die Fachplanung und die damit verbundene Fachingenieurverantwortung vom Beklagten 1 übernommen werde bzw. worden sei. Diese Auffassung deckt sich mit den Ausführungen der Klägerin, wonach sie mit der "Änderung der Verantwortlichkeiten" (act. 1 Rz. 11) einverstanden gewesen sei. Ferner wird gestützt darauf auch nachvollziehbar, weshalb die Klägerin von einer Vertragsänderung zwischen dem Beklagten 1 und der Beklagten 2 spricht (act. 20 Rz. 12 und 79). Die Projektleiterin der Klägerin quittierte diese Information mit der Äusserung, es sei ihr egal. Die Klägerin macht heute geltend, sie habe die Vertragsänderung akzeptiert (act. 1 Rz. 11; act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 23). Die Vertragsänderungs-offerte der Beklagten 2 war klar und konnte und durfte von der Klägerin nicht anders verstanden werden, als dass sich die Beklagte 2 vollumfänglich von der Fachplanung befreien wollte. Die Beklagte 2 lieferte mit ihrer Erklärung keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie nur auf einen Teil der fachplanerischen

- 32 - schen Aufgaben und damit verbundenen Verantwortlichkeiten verzichten bzw. nebst dem Beklagten 1 weiter Fachingenieurverantwortung tragen wollte. Eben- sowenig liegt ein Anhaltspunkt dafür vor, dass die Beklagte 2 ihre Haftungsbefreiung von der Haftungsübernahme durch den Beklagten 1 abhängig machen wollte. Wäre der Antrag von der Klägerin aufgrund der Ausführungen von J._____ dahingehend verstanden worden, könnte sie sich heute gleichwohl nicht darauf berufen, denn sie muss sich das Wissen ihres Vertreters anrechnen lassen. Dass sich dieser in Bezug auf die Vertragsänderungs-offerte der Beklagten 2 im Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR befand, wurde von der Klägerin nicht behauptet. Die klägerische Antwort auf die Vertragsänderungs-offerte der Beklagten 2 fiel ebenso eindeutig aus, indem sie ihr uneingeschränktes Einverständnis gab. Nicht behauptet wird seitens der Klägerin, dass sie der Beklagten 2 im Sinne einer Gegenofferte angeboten

habe, sie aus der Fachplanerverantwortung zu entlassen, sofern diese vom Beklagten 1 übernommen wird. Stattdessen erklärt die Klägerin, dass sie den Antrag auf Vertragsänderung der Beklagten 2 [offenbar vorbehaltlos] akzeptiert habe (act. 1 Rz. 11; act. 20 Rz. 12; act. 31 Rz. 23). Es liegt zwar auf der Hand, dass der Klägerin daran gelegen war, dass jemand die Fachplanung übernahm und sie die Beklagte 2 nicht einfach so aus der Fachingenieurverantwortung entlassen wollte. Die Klägerin muss sich aber dabei behaften lassen, dass sie in Übereinstimmung mit der Beklagten 2 behauptet, dass beide Parteien resp. ihre Parteivertreter am 22. Mai 2006 davon ausgingen, dass der Beklagte 1 die Fachplanung übernahm bzw. selbst davon ausging, diese bereits übernommen oder stets inne gehabt zu haben (act. 1 Rz. 11; act. 10 Rz. 4; act. 20 Rz. 12; act. 25 Rz. 26; act. 4/8). Unter diesen Umständen musste die Beklagte 2 nicht damit rechnen, dass die Klägerin an ihre Pflichtbefreiung noch eine Bedingung knüpfen würde, sondern durfte davon ausgehen, dass der klägerische Entscheid endgültig war. Dass der Beklagte 1 bestreitet, die Fachplanung für die "Weisse Wanne" übernommen zu haben, ist dabei unbeachtlich; massgebend ist vielmehr, dass die Klägerin die Beklagte 2 von dieser Aufgabe entbunden hat. Dass diese Pflichten gleichwohl wieder Eingang fanden in den Werkvertrag vom 1. Dezember 2006/19. Januar 2007 bezeichnen beide Parteien als Versehen (act. 20 Rz. 38 und 83; act. 25 Rz. 24 und 74), weshalb dem Umstand keine Bedeu-

- 33 - tung zuzumessen ist. Zu den übereinstimmenden Ausführungen, wonach Herr K._____ [von der D._____] nebst der Kontrolle der Betonierarbeiten auch dafür zuständig gewesen sei, die von D._____ auszuführenden Arbeiten zu überwachen (act. 25 Rz. 83; act. 31 Rz. 36), ist festzuhalten, dass dies noch kein oder nur ein sehr geringgewichtiges Indiz dafür darstellt, dass die Beklagte 2 weiterhin fachplanerische Aufgaben zu erfüllen gehabt habe. Es steht ausser Frage, dass die D._____ auch ohne Fachplanungsaufgaben der Beklagten 2 das von ihr hergestellte System zu liefern hatte (Betonierarbeiten, Abdichtungen, etc.). Naturgemäss sind dafür regelmässig mehrere Personen notwendig und es liegt auf der Hand, dass eine Unternehmung, die für die einwandfreie Erfüllung der Bauarbeiten einzustehen hat, eine Person auf die Baustelle beordert, die kontrollieren muss, dass die Arbeiten einwandfrei ausgeführt werden. Schliesslich zeigt ein Blick auf die Garantie-Erklärung vom 17. August 2006 (act. 4/12), dass die D._____ und auch die Beklagte 2 nicht davon ausgingen, selbst Planungsaufgaben bewältigen zu müssen, andernfalls hätte sich der erste Absatz in der Erklärung, wonach vom Planer mittels geeigneter rechnerischer, konstruktiver und bontechnologischer Massnahmen für möglichst weitgehende Rissfreiheit gesorgt werden müsse, erübrigt, zumal sie es ja dann selbst in der Hand gehabt hätten, diese Massnahmen zu treffen. Nachdem die Beklagte 2 von der Fachplanung befreit war und deshalb auch keine Fachingenieurverantwortung mehr zu tragen hatte, kann die Klägerin heute keine Pflichtverletzung der Beklagten 2 aus einer (Teil-)fachplanerverantwortung ableiten.

E. 2.3

Verletzung der Informationspflicht Die Klägerin wirft der Beklagten 2 vor, sie habe den Beklagten 1 ungenügend informiert (act. 31 Rz. 16 und 19). Dabei macht sie aber nur geltend, dass die Beklagte 2 den Beklagten 1 nicht über den Vertragsinhalt zwischen ihr und der Subunternehmerin D._____ informiert habe. Nicht bestritten wird von der Klägerin, dass die Beklagte 2 dem Beklagten 1 und vor allem auch dem Bauleiter J._____ an der Sitzung am 22. Mai 2006 ausdrücklich eröffnet habe, dass "hohe Anforderungen" an den Armierungsgehalt der Bodenplatte notwendig seien (act. 10 Rz. 6; act. 25 Rz. 9, 13,

17, 20, 26, 29, 32 und 44). Im Gegenteil bestätigt sie diese Be-

- 34 - hauptungen in ihren eigenen Ausführungen, indem sie ausführt der Vertreter der Beklagten 2 habe anlässlich der Sitzung dem Beklagten 1 ergänzende Unterlagen bzw. eine Umschreibung der Wasserdichtigkeit übergeben (act. 1 Rz. 13; act. 20 Rz. 31; act. 4/10). Nicht als Bestreitung zu taxieren ist der Verweis darauf, dass der Beklagte 1 bestreite, über die Anforderungen der Armierung der Bodenplatte informiert worden zu sein (act. 31 Rz. 18). Massgebend ist, was die Klägerin behauptet. Eine Bestreitung seitens der Klägerin findet sich – wie gesagt – nicht in den Akten. Damit ist unbestritten, dass die Beklagte 2 die Klägerin und auch den Beklagten 1 bereits am 22. Mai 2006 über die Bedingungen für die Gewährung der Systemgarantie orientierte. Weshalb sie dies nach Abschluss der Vereinbarung mit der D._____ nochmals hätte tun sollen, bleibt unerklärt. Grundsätzlich ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte 2 hätte verpflichtet sein sollen, den Beklagten 1 mit dem sie in keinem Rechtsverhältnis stand (dazu vorne in Ziffer III.B).

E. 2.4

Verletzung der Koordinationspflicht Koordinationspflichten obliegen grundsätzlich der Bauherrin (siehe Art. 30 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 118) bzw. ihrer Bauleitung (Art. 34 Abs. 5 SIA-Norm 118). Ferner besteht für die Bauherrin die Möglichkeit die Koordinationspflicht einem General- oder Totalunternehmer durch ausdrückliche Vereinbarung zu übertragen (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 224; und zur Unterscheidung zwischen General- und Totalunternehmer: Rz. 233). Dieser ist diesfalls verpflichtet, die Arbeiten der von ihm beauftragten Subunternehmer, die untereinander als

- 35 - Nebenunternehmer auftreten (siehe dazu ROLAND HÜRLIMANN in Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 1-37, Zürich Basel Genf 2009, Art. 30 Anm. 1d), zu koordinieren. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beklagte 2 weder Bauherrin des Schulhauses C._____ noch Bauleiterin war. Die Funktion der Bauleitung wurde durch das Büro Architektur L._____ AG, vertreten durch J._____, ausgeübt (act. 1 Rz. 6). Die Klägerin bezeichnet die Beklagte 2 zwar auch als "Bauleiterin gegenüber ihrer Subunternehmerin" (act. 31 Rz. 15). Durch die Präzisierung, gegenüber wem die Beklagte 2 Bauleitungsfunktion gehabt habe, bringt die Klägerin aber auch zum Ausdruck, dass die Beklagte 2 in der Vergabestufe nicht auf das gleiche Niveau wie die Architektur L._____ AG zu setzen ist, sondern im Verhältnis zur Klägerin weiterhin als Unternehmerin galt, indes gegenüber ihrer Subunternehmerin Überwachungsaufgaben zu tragen hatte. Dass zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 ein General-/Totalunternehmervertrag zustande kam, wurde nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Mithin ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Position die Beklagte 2 Koordinationspflichten zu tragen gehabt hätte. Des Weiteren ist auszuführen, dass sich die Koordinationspflichten auch stets auf die Nebenunternehmer der untergeordneten Vergabestufe beschränken. Eine Koordinationspflicht zwischen der D._____ und dem Beklagten 1 hätte für die Beklagte 2 mithin nur bestanden, wenn der Beklagte 1 Subunternehmer der Beklagten 2 geworden wäre. Dass dies nicht der Fall war, wurde bereits ausgeführt (Ziffer III.B. 2.2.2. der Erwägungen). Dass die Beklagte 2 und der Beklagte 1 derselben Vergabestufe zuzuordnen wären, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Das Bundesgericht hat in einem gleichgelagerten Fall, wo der Ingenieur gegenüber der Bauherrin aus dem Ingenieurvertrag und die Unternehmerin gegenüber der Bauherrin aus Werkvertrag haftete, festgehalten, dass die Ingenieurfirma Hilfsperson der Bauherrin war, und letztere deshalb für das Verhalten dieser Hilfsperson einzustehen hatte (BGE 119 II 127 E. 4a). Da spätestens seit der Befreiung der

Beklagten 2 von sämtlichen fachplanerischen Aufgaben keine Umstände ersichtlich sind, die eine anderweitige Rechtsauffassung rechtfertigen würden, ist diese vorliegend zu übernehmen (siehe auch PE-

- 36 - TER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1922). Daraus erhellt aber, dass die Klägerin sich das Verhalten des Beklagten 1 gegenüber der Beklagten 2 als ihr eigenes anrechnen lassen muss, obwohl beide Beklagten für die Klägerin jeweils ein Werk errichteten (Pläne bzw. "Weisse Wanne"). Dass in einem Vertragsverhältnis zwischen einer Bestellerin und einer Unternehmerin seitens der Unternehmerin Koordinationspflichten anfallen, fällt schon deshalb ausser Betracht, weil die Unternehmerin keinerlei Weisungsbefugnisse gegenüber ihrer Bestellerin hat und ihr damit das notwendige Mittel zur Koordination fehlt. Der Vorwurf der ungenügenden Koordination erweist sich mithin als unbegründet.

E. 2.5

Verletzung der Kontrollpflichten

E. 2.5.1

Die Klägerin macht geltend, die Subunternehmerin der Beklagten 2, die D._____, hätte die Einhaltung der Voraussetzungen für die Systemgarantie kontrollieren müssen (act. 31 Rz. 15). Dabei behauptet die Klägerin aber nicht, dass sie mit der D._____ in einer direkten vertraglichen Beziehung gestanden habe. Im Gegenteil bezeichnet sie diese konsequent als Subunternehmerin der Beklagten 2 (act. 1 Rz. 14; act. 20 Rz. 4, 12-14, 20, 31, 34 und 47; act. 31 Rz. 10, 15, 20, 22, 23 und 36) und bringt damit unmissverständlich zum Ausdruck, dass eben nicht sie, sondern die Beklagte 2 mit der D._____ in einem Vertragsverhältnis stand und die Beklagte 2 für das Verhalten ihrer Subunternehmerin einzustehen hat. Daraus erhellt, dass die Klägerin auch nicht unmittelbar einen Anspruch aus einem allfälligen Fehlverhalten der D._____ ableiten kann, denn diese war grundsätzlich nur ihrer Auftraggeberin der Beklagten 2 gegenüber verpflichtet. Die klägerische Behauptung ist deshalb nur dann von Bedeutung, wenn die D._____ im Sinne einer Hilfsperson für die Beklagte 2 die Einhaltung der Voraussetzungen für die Systemgarantie kontrollieren musste. Die vorliegend relevante Fragestellung lautet demnach: War die Beklagte 2 verpflichtet, die Sicherstellung der Voraussetzungen für die Systemgarantie zu gewährleisten bzw. die Einhaltung der Voraussetzungen für deren Gewährung zu prüfen?

- 37 -

E. 2.5.2

Die Beklagte 2 macht geltend, sie habe nach erfolgter Vertragsanpassung ihre Leistungen entsprechend den Vorgaben des Beklagten 1 sowie den Vorgaben von Architekt und Bauleitung erbracht. Erst nach Vorliegen der Expertise der E._____ AG, habe sie davon Kenntnis genommen, dass die "hohen Anforderungen" im Sinne von SIA-Norm 262 Ziff. 4.4.2.2.6 nicht berücksichtigt gewesen seien (act. 25 Rz. 11 f.). Die Klägerin wendet dagegen ein, die Beklagte 2 hätten unverändert Vertrags- und damit auch Sorgfaltspflichten getroffen. Weiter verweist sie in diesem Zusammenhang auf Art. 365 Abs. 3 OR (act. 31 Rz. 14 f.): Demzufolge trifft den Unternehmer eine Anzeigepflicht, wenn er bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrund entdeckt, oder sich sonst Verhältnisse ergeben, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden. Bei Verletzung dieser

Anzeigepflicht fallen die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last. Vorliegend geht es zwar nicht darum, dass die Beklagte 2 von der Klägerin gelieferte Stoffe oder Baugrund übernommen hat. Eine Anzeigepflicht des Unternehmers besteht aber auch im Zusammenhang mit der Befolgung von seitens des Bestellers gemachten Vorgaben. Nachdem der Beklagte 1 im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 als Hilfsperson der Klägerin einzustufen ist (siehe Ziffer III.B. 2.4. der Erwägungen), muss sich die Klägerin dessen Handlungen und damit auch dessen Vorgaben gegenüber der Beklagten 2 als ihre eigenen anrechnen lassen (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1934). Da es sich beim Beklagten 1 um eine sachverständige Hilfsperson handelt, muss sich die Klägerin auch dessen Sachverstand anrechnen lassen (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1923 und 1956). Es stellt sich mithin nachfolgend die Frage, ob die Beklagte 2 verpflichtet war, die unbestrittenermassen fehlerhaften, sachverständig erteilten Vorgaben anzuzeigen bzw. abzumahnern (Art. 369 OR) bzw. ob sie auch ohne Abmahnung keine Haftung übernehmen und die Klägerin die Folgen der fehlerhaften Vorgaben infolge Selbstverschuldens im Verhältnis zwischen ihr und der Beklagten 2 selber tragen muss.

E. 2.5.3

Welcher Art die Vorgaben des Beklagten 1 gegenüber der Beklagten 2 waren, erklären die Parteien nicht ausdrücklich. Aus den Vorbringen wird jedoch er-

- 38 - sichtlich, dass der Armierungsplan des Beklagten 1 im Fokus steht. Bezeichnenderweise nimmt die Klägerin auch darauf Bezug, indem sie ausführt, der Beklagte 1 habe anlässlich einer Besprechung am 8. März 2007 bestätigt, er habe den Armierungsplan von der D._____ nicht visieren lassen, ansonsten man ja wohl nicht hier [an der Besprechung] wäre (act. 1 Rz. 21; act. 20 Rz. 26). Es leuchtet denn auch ein, dass dieses Dokument das Entscheidende war, ist es doch derjenige Plan, in dem detailliert aufgeführt ist, wie die Armierung der Bauteile zu erfolgen hat. Nicht von entscheidender Bedeutung konnte demgegenüber die Nutzungsvereinbarung sein. Zwar wirft die Klägerin dem Beklagten 1 wiederholt vor, er habe die Nutzungsvereinbarung nicht angepasst, obschon er sogar von der Beklagten 2 mit entsprechenden Unterlagen unterstützt worden sei. Die Nutzungsvereinbarung ist definitionsgemäss aber eine Beschreibung der Nutzungs- und Schutzziele der Bauherrschaft sowie der grundlegenden Bedingungen, Anforderungen und Vorschriften für die Projektierung, Ausführung und Nutzung eines Bauwerks (siehe Art. 1.1 der SIA-Norm 262). Sie dient nicht als Plan für den Bauunternehmer, sondern dem Dialog zwischen der Bauherrschaft und dem Ingenieur (so auch die Klägerin in act. 20 Rz. 28), und stellt einerseits sicher, dass die besonderen Vorgaben der Bauherrschaft erfasst und kommuniziert sind, schützt den Ingenieur im Umkehrschluss aber auch vor ungerechtfertigten Forderungen seitens der Bauherrschaft. Nicht zu ersetzen vermag die Nutzungsvereinbarung die Detailpläne gestützt auf die der Bauunternehmer das Werk schliesslich errichtet. Auch wenn die Klägerin deshalb wiederholt geltend macht, der Beklagte 1 hätte die Nutzungsvereinbarung anpassen müssen, kann es vorliegend nicht um die Frage gehen, ob die Beklagte 2 die Nutzungsvereinbarung hätte kontrollieren müssen, zumal diese für sie faktisch nicht bedeutsam war. Sie stellt auch keine Weisung des Beklagten 1 gegenüber der Beklagten 2 dar, sondern regelt – wie gesagt – das Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1. Vielmehr ist zu fragen, ob die Beklagte 2 die Armierungspläne des Beklagten 1, gestützt auf die die Bewehrung der Bodenplatte und der Wände im UG letztlich erstellt wurde, hätte kontrollieren müssen.

E. 2.5.4

Mit der Prüfungs- und Abmahnungspflicht beschäftigt sich Art. 25 SIA-Norm 118. Von dieser Grundregel kann vertraglich abgewichen werden. Es ist deshalb

- 39 - zunächst zu prüfen, ob die Parteien eine von dieser Bestimmung abweichende Vereinbarung getroffen haben: Massgebend ist der zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 getroffene Vertrag, der zunächst mündlich abgeschlossen und am 1. Dezember 2006/19. Januar 2007 schriftlich verankert wurde, dies mit dem inhaltlichen Fehler, dass die Vertragsänderung vom 22. Mai 2006 darin nicht berücksichtigt wurde (act. 20 Rz. 83; act. 25 Rz. 74; act. 4/6). Dem eingereichten Werkvertrag entnimmt sich, dass sowohl die Submissionsunterlagen als auch das Angebot der Beklagten 2 vom 20. März 2006 Vertragsbestandteil bilden. Bei der Submission wurden als Rechtsgrundlage nebst den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes unter anderem auch die Allgemeinen Bestimmungen für Bauarbeiten (SIA 118) und die Allgemeinen Bedingungen der Stadt F._____ für die Ausführung von Bauarbeiten vom 4.3.1983 (Änderungen und Ergänzungen zur SIA-Norm) bezeichnet (act. 4/6 Blatt 4). Die Beklagte 2 hat sich mit diesen Submissionsbedingungen unterschriftlich einverstanden erklärt. Das von ihr unterbreitete Angebot vom 20. März 2006 basiert demgegenüber [nur] auf den Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991. Eventuelle Widersprüche zu den Unterlagen der Ausschreibung seien bei einer Auftragserteilung entsprechend Art. 21 SIA-Norm 118 zu bereinigen. Es erhellt, dass zwischen diesen Vertragsbestandteilen ein Widerspruch besteht: Das Angebot der Beklagten 2 umfasst als Rechtsgrundlage im Gegensatz zu den Submissionsunterlagen nicht die Allgemeinen Bedingungen der Stadt F._____ für die Ausführung von Bauarbeiten vom 4.3.1983, worin [offenbar] von den Bestimmungen der SIA-Norm 118 abgewichen wird. Nach Art. 21 Abs. 1 2. Spiegelstrich geht in diesem Fall das Angebot des Unternehmers mit den zugehörigen Beilagen den Ausschreibungsunterlagen vor. Die Allgemeinen Bedingungen der Stadt F._____ sind damit im fraglichen Vertragsverhältnis nicht zu berücksichtigen. Dies gilt nicht, wenn sich vor das Angebot des Unternehmers ein Gegenangebot des Bauherrn schiebt (Art. 22 Abs. 4 SIA-Norm 118). Ein solches Gegenangebot wurde von den Parteien aber nicht behauptet und findet sich auch nicht in den Vertragsunterlagen. Soweit man die als "Werkvertrag Nr. 66" betitelten und mit 5. September 2006 datierten Unterlagen, die ebenfalls Bestandteil des Werkvertrags vom 1. Dezember

- 40 - 2006/19. Januar 2007 bilden, als solche Gegenofferte betrachtet wollte, wäre festzustellen, dass diesen Unterlagen keine vom Angebot der Beklagten 2 abweichende Bestimmung im Hinblick auf die massgebenden Rechtsgrundlagen zu entnehmen ist. Es wird darin lediglich wiederholt, dass sämtliche Normen, Empfehlungen und dgl., die in der Vertragsurkunde oder den zugehörigen Vertragsbestandteilen genannt sind, gelten würden. Da die Allgemeinen Bedingungen der Stadt F._____ dem Vertrag auch nicht beiliegen, ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass Art. 25 SIA-Norm 118 unverändert zur Anwendung kommt.

E. 2.5.5

Art. 25 Abs. 3 und 4 SIA-Norm 118 entnimmt sich, dass eine Haftungsbe-freiung ohne Abmahnung ausgeschlossen ist, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Vorgabe erkannt hat. Weder die Klägerin noch die Beklagte 2 behaupten aber, dass die Beklagte 2 die Fehlerhaftigkeit bei der Erstellung der "Weissen Wanne" im Sommer 2006 erkannt

habe. Die Beklagte 2 führt vielmehr aus, sie habe die Fehlerhaftigkeit des Armierungsgehalts erst aufgrund des Bespruchs der E._____ AG erkannt (act. 25 Rz. 12), was von der Klägerin nicht bestritten wird (act. 31 Rz. 15). Dass auch die Subunternehmerin der Beklagten 2 die Fehlerhaftigkeit nicht erkannt hat, ist aus den Ausführungen der Klägerin zu folgen, wonach der Beklagte 1 der D._____ die Armierungspläne nicht zum Visieren übergeben habe (act. 1 Rz. 21; act. 20 Rz. 26). Indessen behauptet die Klägerin in ihrer Replikschrift, dass für die Beklagten, mithin auch die Beklagte 2, die Fehlerhaftigkeit ersichtlich gewesen wäre (act. 20 Rz. 37), und schliesst daraus, dass die Beklagte 2 deshalb zur Abmahnung verpflichtet gewesen wäre. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

E. 2.5.6

Gemäss dem – auch von der Klägerin angerufenen – Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 muss der Unternehmer die ihm übergebenen Pläne nur dann prüfen, wenn die Bauherrin weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Ansonsten muss der Unternehmer nur Unstimmigkeiten oder andere Mängel anzeigen, die er bei der Ausführung seiner Arbeit erkennt. Nicht die Rede ist dabei von Unstimmigkeiten oder anderen Mängeln die er hätte erkennen müssen (ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Anm. 21 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Eine erweiterte Prüfungs-

- 41 - und Abmahnungspflicht gilt bei Weisungen im Sinne von Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118. Der Unternehmer ist nur dann von jeder Haftung befreit, wenn er nicht nach den Umständen feststellen musste, dass die Weisungen fehlerhaft sind. Eine (vollständige) Haftungsbefreiung ist folglich ausgeschlossen, wenn die Fehlerhaftigkeit der Weisung offensichtlich und ohne Nachprüfung erkennbar ist (Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118; siehe ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Anm. 24c und 27 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Ist die Fehlerhaftigkeit einer Weisung zwar nicht offenkundig, aber bei Anwendung der konkret geschuldeten Sorgfalt erkennbar, so ist der Unternehmer zu weiteren Abklärungen nur (aber immer dann) gehalten, wenn er sich im Einzelfall vertraglich zur Nachprüfung von Weisungen verpflichtet hat, oder wenn der Besteller gestützt auf eine konkrete Konstellation wegen der grossen Erfahrung des Unternehmers oder wegen seines überschüssenden Sachverständnisses in guten Treuen erwarten durfte, der Unternehmer werde die fragliche Weisung nachprüfen (ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Anm. 24c zu Art. 25 SIA-Norm 118). Wie vorab ausgeführt (Ziffer III.B. 2.5.3. der Erwägungen) ist vorliegend zu prüfen, ob die Beklagte 2 die Armierungspläne des Beklagten 1 hätte kontrollieren müssen. Nicht relevant ist die Nutzungsvereinbarung, da diese keine Vorgabe gegenüber der Beklagten 2 darstellte. Die Beklagte 2 erhielt die Pläne von einem erfahrenen Bauingenieur, mithin einer sachverständigen Hilfsperson der Klägerin. Letztere war zudem durch einen Bauleiter (J._____) vertreten, der ungeachtet der konkreten streitigen Frage als sachverständig gilt (ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Anm. 21 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Nach dem Gesagten war die Beklagte 2 deshalb nur insoweit zur Abmahnung verpflichtet, als sie erkannte, dass die Armierung ungenügend war. Dies wurde von den Parteien nicht behauptet (siehe dazu Ziffer III.B. 2.5.5. der Erwägungen). Darüber hinaus bestand für sie keine Prüfungspflicht, wobei irrelevant ist, ob der Mangel offensichtlich gewesen wäre. Auch wenn man unter Berücksichtigung, dass die Abgrenzung von Plänen und Weisungen sich zeitweilig als schwierig erweist (siehe dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1934), die Prüfungs- und Abmahnungspflicht der Beklag-

- 42 - ten 2 unter Anwendung von Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118 prüft, kommt man zum Schluss, dass eine Abmahnungspflicht der Beklagten 2 nicht bestand: Ob der Armierungsgehalt eines Betonwerkes den "hohen Anforderungen" der genannten SIA-Norm genügt, ist mittels rechnerischer Nachweise zu ermitteln. Um den Anforderungen zu genügen, müssen vier Zielsetzungen in punkto Rissbreitenbeschränkung erfüllt sein. Dafür gilt es, verschiedene Parameter in die Berechnungen mit einzubeziehen (siehe dazu BURDET/KENEL, Betonbau Einführung in die Norm SIA 262, Auszug der Dokumentation D 0182, Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein, Zürich, 2003). Ungeachtet der Frage, wie kompliziert eine solche Berechnung für einen Unternehmer mit dem Kenntnisstand der Beklagten 2 bzw. ihrer Subunternehmerin gewesen wäre, steht damit fest, dass die Fehlerhaftigkeit der Armierungspläne des Beklagten 1 nicht offensichtlich und ohne Nachprüfung erkennbar war, zumal die Pläne immerhin "erhöhten Anforderungen" an den Armierungsgehalt genügten und damit nicht übermässig von den geforderten "hohen Anforderungen" abwichen. Auch wenn man davon ausgehen wollte, die Fehlerhaftigkeit hätte für die Beklagte 2 erkennbar sein müssen, war die Beklagte 2 nicht zur weiteren Prüfung verpflichtet: Eine Vereinbarung, worin sich die Beklagte 2 zur Überprüfung verpflichtete, bestand seit dem Wegfall der Fachplanungsaufgaben nicht mehr. Zudem durfte von der Beklagten 2 auch nicht aufgrund eines übermässigen Wissensgefälles eine Nachprüfung der Pläne erwartet werden, erhielt sie diese doch von einem erfahrenen Bauingenieur der als Hilfsperson einer zusätzlich durch eine Bauleitung vertretenen Bauherrin agierte. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Beklagte 2 gemäss dem einschlägigen Art. 25 SIA-Norm 118 keine Kontrollpflichten verletzt hat.

E. 2.6

Pflichtverletzung in der Funktion als Garantiegeberin Die Klägerin wirft der Beklagten 2 schliesslich vor, sie habe trotz ihrer vertraglichen Zusicherung einer Systemgarantie, die ganz wesentlich auf der Einhaltung hoher Anforderungen basiert, nicht geprüft, ob diese Anforderungen eingehalten sind (act. 31 Rz. 15). Die Klägerin erweckt damit den Eindruck, dass sie aus der Funktion der Beklagten 2 als Garantiegeberin Kontrollpflichten ableitet.

- 43 - Garantiert ein Unternehmer eine bestimmte Eigenschaft eines Werkes, so sichert er einerseits eine Eigenschaft des Werkes zu und erklärt zugleich, dass er die Haftung für die zugesicherte Eigenschaft übernehme (sog. qualifizierte Zusicherung). Ob er damit auch die kausale Haftung für Mangelfolgeschäden übernimmt, ist eine Frage der Auslegung der entsprechenden Garantieerklärung (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1382). Durch eine Garantieerklärung werden die Anforderungen an die Eigenschaften des Werks präzisiert und das Spektrum allfälliger Werkmängel erweitert. Ein Werk ist mithin auch mangelhaft, wenn es zwar nach den "anerkannten Regeln der Technik" oder einem gleichwertigen Standard erstellt worden und ebenso gebrauchstauglich und wertvoll wie das bestellte Werk ist, aber die garantierten Eigenschaften nicht aufweist (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1398). Eine (erweiterte) Kontrollpflicht des Unternehmers ergibt sich aus der Garantieerklärung jedoch nicht, auch wenn diese nur unter Bedingungen abgegeben wurde, deren Einhaltung der Unternehmer selbst nicht beeinflussen kann. Soweit die Klägerin mithin aus der Funktion der Beklagten 2 als Garantiegeberin eine Kontrollpflicht der Beklagten 2 ableitet, ist dieses Vorbringen nicht zu hören.

E. 2.7

Fazit Aus diesen Erwägungen erhellt, dass der Beklagten 2 keine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden kann. Von der Fachplanung und der damit verbundenen Fachingenieurverantwortung wurde sie durch die Klägerin befreit. In der Folge muss die Beklagte 2 sodann weder eine Informations-, Koordinations- oder Kontrollpflichtverletzung verantworten. Der behauptete Werkmangel liegt (im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2) im Verantwortungsbereich der Klägerin, weshalb das modifizierte Rechtsbegehren Ziffer 2 gegen die Beklagte 2 ohne weitere Prüfung abzuweisen ist.

- 44 - IV. (Solidarhaftung) Die solidarische Haftbarkeit setzt naturgemäss voraus, dass mehrere Beklagte schadenersatzpflichtig sind. Nachdem die Schadenersatzpflicht des Beklagten 1 wie auch der Beklagten 2 zu verneinen ist, ist auch Ziffer 1 des modifizierten Rechtsbegehrens ohne weitere Prüfung abzuweisen. Unbeachtlich ist ausgangsgemäss auch der Eventualantrag der Beklagten 2, wo- nach festzustellen sei, mit welcher Quote sich die Beklagten 1 und 2 untereinander an der Schadenersatzforderung der Klägerin zu beteiligen haben (act. 25 S. 2). V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) Da die Klägerin fast vollumfänglich unterliegt, sind ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Klägerin ist ferner zu verpflichten, den Beklagten 1 und 2 eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist deren anwaltlichen Vertretungen unter Berücksichtigung von § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 und gestützt auf § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 2 Abs. 3 aAnwGebV angemessen Rechnung zu tragen. Nachdem die Parteien keinen entsprechenden Antrag gestellt haben, enthält die Prozessentschädigung keine Mehrwertsteuer. Zur Berechnung des Streitwerts ist der Wert des Klage- wie auch des Widerklagebegehrens zusammenzurechnen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Wert des Klagebegehrens beläuft sich auf CHF 806'597.15 (act. 1 S. 2), derjenige des Widerklagebegehrens auf CHF 27'418.70 (act. 11 S. 2). Daraus resultiert ein Verfahrensstreitwert von CHF 834'015.85. Für die Berechnung der Prozessentschädigungen ist im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 zu beachten, dass dieser mit seiner Widerklage nicht durchdringt. Im Verhältnis der Klägerin und der

- 45 - Beklagten 2 ist zu berücksichtigen, dass letztere kein Widerklagebegehren gestellt hat. Für die Berechnung der Prozessentschädigungen ist nur vom Wert des Klagebegehrens im Betrag von CHF 806'597.15 auszugehen. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr wie auch der Prozessentschädigungen ist die Aufwendigkeit des Prozesses zu berücksichtigen.

E. 3

Subeventualiter seien der Beklagte 1 und die Beklagte 2 unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 806'597.15 nebst Verzugszinsen zu 5 % seit 25. Juli 2008 zu bezahlen.

E. 3.1

Die Klägerin wirft dem Beklagten 1 vor, er habe seine Sorgfaltspflichten verletzt, indem er die "hohen Anforderungen" an den Armierungsgehalt nicht vorgehen habe (act. 20 Rz. 15). Er habe die Nutzungsvereinbarung nie angepasst, obwohl er mit der Beklagten 2 bzw. deren Subunternehmerin die Ausgestaltung der Weissen Wanne definiert und festgelegt habe, und er klare Vorgaben gehabt habe, die Bodenplatte nach hohen Anforderungen zu armieren (act. 20 Rz. 31, 35). Die Klägerin wirft dem Beklagten 1 mit anderen Worten eine mangelhafte Planung vor. Entsprechend liest sich auch der Hinweis,

dass bei richtiger Planung und fachgerechter Ausführung eine "Weisse Wanne" wasserdicht sei (act. 20 Rz. 16). Gegenstand der vertraglich geschuldeten Pflichten des Beklagten 1 war nicht die Errichtung des Gebäudes, sondern dessen Planung, unbestrittenermassen in Bezug auf die Statik, nach Auffassung der Klägerin auch in Bezug auf die Wasserdichtigkeit der Bodenplatte und der Wände im UG. In diesem Sinne macht die Klägerin auch nicht geltend, die Baute sei in Abweichung der Pläne fehlerhaft errichtet worden. Geschuldet war vom Beklagten mithin ein ideelles Werk. Indem die Klägerin sich auf den Standpunkt stellt, die Pläne seien mangelhaft gewesen,

- 11 - wirft sie dem Beklagten 1 deshalb einen Werkmangel vor. In diesem erkennt sie offenbar auch die Ursache für den nunmehr geltend gemachten Schaden.

E. 3.2

Dass es sich um einen Schaden im Rechtssinne handle, begründet die Klägerin damit, dass sie den Vertrag über die Sanierungsarbeiten mit der Beklagten 2 unter Zugzwang und unter dem Vorbehalt der Rückforderung eingegangen sei (act. 1 Rz. 25). Ein Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 2847 mit Verweisen). Mithin stellt eine geleistete Zahlung nur dann einen Schaden dar, wenn sie unfreiwillig erfolgt ist. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgt eine Leistung namentlich dann unfreiwillig, wenn sie unter Betreuungszwang (vgl. Art. 63 Abs. 3 OR), in einer Notlage (Art. 21 OR) oder begründeter Furcht (Art. 29 f. OR) erfolgt (siehe Entscheid [des Bundesgerichts] 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 2.2). Es muss folglich eine eigentliche Zwangslage gegeben sein. Abgesehen von den erwähnten, gesetzlich umschriebenen Fällen liegt eine die Freiwilligkeit der Leistung ausschliessende Zwangslage nur vor, wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden kann. Die Zahlung muss als einzig möglicher und zumutbarer Ausweg erscheinen (BGE 123 III 101 E. 3b). Die Klägerin stand bei der Entscheidfällung nach eigenen Angaben unter hohem zeitlichen Druck, nachdem die Baustelle schon mehr als drei Monate stillgelegen hatte (act. 1 Rz. 17). Nach einer kurzfristig einberufenen Besprechung am 1. März 2007 und einer Bestätigung der D. _____ vom 2. März 2007 habe sie feststellen müssen, dass für die Aufrechterhaltung der Systemgarantie kein anderes Sanierungsvorgehen in Frage käme und weniger kostspielige Sanierungsmassnahmen nicht zielführend und nicht angemessen sein würden (act. 1 Rz. 19). Wie der Beklagte 1 selbst ausführt, stand die Klägerin zudem unter politischem Druck (act. 11 Rz. 64). Schliesslich bestand keine Aussicht darauf, dass sich die Klägerin, der

- 12 - Beklagte 1 und die Beklagte 2 innert absehbarer Frist darüber einig würden, wer die Verantwortung und gestützt darauf die Kosten für die Aufrechterhaltung der Systemgarantie zu tragen habe (act. 1 Rz. 24). Einzige Alternative für die Klägerin war mithin der Gang zum Gericht zur abschliessenden Klärung der Verantwortlichkeiten. Nachdem sich ein derartiger Prozess erfahrungsgemäss über mehrere Jahre hinziehen kann, hätte dies einen weiteren Baustopp über mehrere Monate wenn nicht Jahre bedeutet. Die Kosten dafür hätte die Klägerin (zumindest vorerst) selber aufbringen müssen und diese hätten den vorliegenden Streitwert wohl bald in der Höhe überstiegen (siehe dazu die Kostenaufstellung im stadtinternen Bericht vom 12. Januar 2007 für den Baustopp; act. 4/13 S. 9), was die Klägerin gegenüber den Steuerzahlern hätte verantworten müssen. Ferner

wäre auch der Imageschaden zweifellos weiter angestiegen. Dass die Klägerin unter diesen Umständen den Vertrag mit der Beklagten 2 unter dem Vorbehalt der Rückforderung schloss, und darin das kleinere Übel erblickte, kann ihr deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden. Stattdessen ist festzustellen, dass sich die Klägerin tatsächlich in einer Zwangslage befand, weshalb die zur Aufrechterhaltung der Systemgarantie angefallenen Kosten zu einer unfreiwilligen Vermögensverminderung führten und deshalb einen Schaden im rechtlichen Sinne darstellen.

E. 3.3

Die angefallenen Kosten dienen nicht der Beseitigung des (behaupteten) Werkmangels, der – wie gesagt – darin zu erkennen ist, dass der Beklagte 1 ungenügende Armierungsanforderungen an die Bodenplatte eingeplant haben soll. Es wird nicht behauptet, dass die Pläne korrigiert worden seien, stattdessen wurden andere Massnahmen getroffen, um sicherzustellen, dass die Bodenplatte und die Wände im UG die Eigenschaften aufwiesen, die sie gehabt hätten, wären die Pläne des Beklagten 1 "richtig" gewesen. Die Kosten dienen folglich der Beseitigung des durch den Werkmangel angefallenen Schadens. Es handelt sich mithin um einen Schaden, der unabhängig von der Korrektur der Pläne angefallen ist.

E. 3.4

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Klägerin den Ersatz eines Mangelfolgeschadens einfordert. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass er seine Ursache in einem Werkmangel (mangelhafte Pläne) hat, jedoch nicht im Mangel

- 13 - selbst begründet ist und einen Schaden im Rechtssinne darstellt (siehe zum Ganzen: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1853 ff.).

E. 4

Mängelrüge

E. 4.1

Die Geltendmachung eines Mangelfolgeschadens setzt grundsätzlich die rechtzeitige Rüge des Werkmangels voraus. Erfolgt diese Rüge nicht rechtzeitig, gilt das Werk auch mit diesem Mangel als genehmigt (Art. 370 Abs. 1 und 3 OR). Die Mängelrechte, einschliesslich das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens sind damit verwirkt (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2185). Der Beklagte 1 macht geltend, er sei nie abgemahnt worden, und erhebt damit den Einwand der fehlenden Mängelrüge (act. 11 Rz. 57). Es gilt deshalb nachfolgend abzuklären, ob 1) der Klägerin überhaupt eine Rügepflicht oblag und 2) ob sie dieser rechtsgenügend nachgekommen ist.

E. 4.2

Bestehen einer Mängelrügepflicht Wie vorab ausgeführt, sind für Haftungsfragen im Zusammenhang mit den Planungsarbeiten des Beklagten werkvertragliche Normen anwendbar. Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR obliegt es dem Besteller nach Ablieferung des Werkes, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrügepflicht ist somit grundsätzlich die Ablieferung des Werkes. Die Klägerin nimmt keine Stellung dazu, ob der Beklagte 1 seine Pläne vollendet und abgeschlossen hat. In Rz. 37 ihrer Klagebegründung (act. 1) führt sie zwar aus, dass das "im Entstehen begriffene Werk", die

betonierte Bodenplatte und die Wände mangelhaft gewesen seien. Damit meinte sie aber offensichtlich nicht die Pläne des Beklagten 1 sondern die gestützt auf die Pläne erstellte Baute. Die physische Erstellung der Baute gehörte bekanntlich aber nicht zu den Aufgaben des Beklagten 1, weshalb diese Parteiausführungen unbeachtlich sind. In Rz. 30 der Replikschrift (act. 20) führt die Klägerin aus, dass sie die Nutzungsvereinbarung (die nach ihrer Auffassung vom Beklagten 1 hätte angepasst werden müssen; act. 20 Rz. 31) nie abgenommen und der Beklagte 1 diese bis zur Kündigung des Auftragsverhältnisses im Dezember 2006 nie angepasst habe (act. 20 Rz. 31). Auch diesen Ausführungen

- 14 - lässt sich nicht ohne Weiteres entnehmen, dass die Klägerin behauptet, der Beklagte 1 habe sein Werk nie abgeliefert. Immerhin führt sie aber aus, dass die Tätigkeit an der Nutzungsvereinbarung (welche vom Beklagten 1 zu erstellen war) bis zur Auflösung seines Vertragsverhältnisses zumindest nach ihrer Auffassung nicht abgeschlossen war. Andererseits führt sie aber an gleicher Stelle (act. 20 Rz. 31) auch aus, dass die Arbeiten für die "Weisse Wanne" im Sommer 2006 abgeschlossen gewesen seien. Auf die sich daraus ergebende Frage, wie dies ohne abgeschlossene Planung möglich war, liefert die Klägerin keine Antwort, was wiederum dem Gedanken Raum lässt, dass die Klägerin gar nicht geltend machen will, der Beklagte 1 habe sein Werk nicht im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR abgeliefert. Ungeachtet dieser Überlegungen wäre die Frage der Mängelrückpflicht für das unvollendete Werk auch dann in sinngemässer Anwendung der Regeln über die ordentliche Mängelhaftung zu bejahen, wenn man davon ausgehen wollte, die nach werkvertragsrechtlichen Normen zu beurteilende Leistung des Beklagten 1 bzw. das beklagterseits geschuldete Werk sei im Zeitpunkt der Kündigung des Vertragsverhältnisses noch nicht vollständig erbracht worden, denn die Klägerin löste den Vertrag ex nunc auf und erhebt offensichtlich Anspruch auf die Mängelfreiheit dieses "unvollendeten" Werkes (siehe dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2432 ff.). Mithin ist davon auszugehen, dass der Klägerin eine Pflicht zur Mängelrüge oblag.

E. 4.3

Mängelrügefrist Art. 367 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Besteller bei Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen hat. Offene Mängel muss der Besteller folglich innerhalb der Rügefrist sofort nach der Entdeckung anzeigen, andernfalls der Mangel als genehmigt gilt (siehe PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 2151 f.). Anders verhält es sich bei geheimen Mängeln: Diese sind Mängel, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werkes (Art. 370 Abs. 1 OR) nicht erkennbar waren. Solche Mängel gilt es vom Besteller sofort nach deren Entdeckung anzuzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR, siehe auch PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 2179).

- 15 - Diese gesetzliche Regelung ist dispositiver Natur. Die Parteien können mithin davon abweichen, was in der Praxis auch regelmässig getan wird. Im Ingenieurvertrag vom 16./20. Januar 2006 findet sich die folgende Regelung (act. 4/6 Art. 6 Abs. 3): "Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert 5 Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel kann der Auftraggeber während der ersten 2 Jahre nach der Abnahme jederzeit rügen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen." Zudem haben die Parteien als Grundlage des Vertrags die SIA-Ordnung 103 (Ausgabe 2003) vereinbart. Deren Art. 1.11.21 enthält die folgende Bestimmung: "Ansprüche aus Mängeln des Bauwerks verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes

beziehungsweise des Werkteils zu laufen. Solche Mängel können während der ersten zwei Jahre nach Abnahme jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach deren Entdeckung zu rügen. Den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden trägt der Auftraggeber selber." Aus dem Vergleich der zwei Bestimmungen wird klar, dass sie sich inhaltlich kaum unterscheiden. Der Unterschied besteht darin, dass die Parteien in ihrer individuellen Vereinbarung den Bedeutungsgehalt des Mängelbegriffs präzisierten: Demzufolge ist in der Bestimmung nur von Mängeln des unbeweglichen Bauwerks die Rede. Ferner entfiel der letzte Satz, wonach der Auftraggeber den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden selber trage. Mit der Übernahme einer SIA-Ordnung in einen Vertrag erlangen die darin enthaltenen Bestimmungen den Charakter von allgemeinen Vertragsbedingungen. Individuelle Parteiabreden gehen den übernommenen Bestimmungen stets vor (Art. 1.1 SIA-Ordnung 103; siehe auch PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 286). Weil Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags die Bestimmung in Art. 1.11.21 SIA-Ordnung 103 ablöst, ist letztere für den vorliegenden Fall von vornherein nicht anwendbar. Aus Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags geht zunächst einmal hervor, dass die Verjährungsfrist nur für diejenigen Ansprüche, die aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerks entstehen, geregelt ist. Mängel am "unbeweglichen Bauwerk" sind von Planmängeln zu unterscheiden (dazu statt vieler: WALTER FELLMANN, Die

- 16 - Haftung des Architekten und des Ingenieurs für Werkmängel, in Alfred Koller [Hrsg.], Haftung für Werkmängel, Verlag Vereinigung für Baurecht 1998, S. 108; ANTON EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen: System und Merkpunkte, in: Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 67). Von den Parteien wird nicht geltend gemacht, dass dies im vorliegenden Fall anders wäre. Führen Planmängel jedoch zu Bauwerksmängeln, stellt der aus den Bauwerksmängeln erwachsende Schaden einen Mangelfolgeschaden der Planmängel dar. Wenn die Bestimmung folglich die Verjährungsfrist von Ansprüchen aus Mängeln am unbeweglichen Bauwerk regelt, umfasst sie damit auch den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens von Planmängeln. Art. 6 Abs. 3 sieht folglich vor, dass der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens eines Planmangels innert fünf Jahren ab Abnahme des Werkes bzw. Werkteils verjährt. Aus dem Kontext wird klar, dass mit dem Begriff "Werk" das "unbewegliche Bauwerk" gemeint ist. Von der Regelung der Verjährungsfrist abzugrenzen ist die Regelung der Mängelrügefrist. Nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags können "solche Mängel" – aus dem Kontext wird unmissverständlich klar, dass damit (nur) Mängel des unbeweglichen Bauwerks gemeint sind – während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nicht geregelt ist damit die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterscheidenden Planmängel. Mithin gilt für diese mangels einer anderen Parteiabrede weiterhin die im Obligationenrecht verankerte Pflicht der "sofortigen" Rüge. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die von der Rügefrist zu unterscheidende Verjährungsfrist sich auch auf Ansprüche erstreckt, die ihre Ursache in Planmängeln haben. Weil der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens voraussetzt, dass der den Schaden verursachende Mangel – vorliegend der Planmangel – rechtzeitig gerügt bzw. nicht akzeptiert wurde, gilt im Ergebnis, dass der Bauherr seinen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, insbesondere auch den Anspruch aus Mängeln am unbeweglichen Bauwerk verliert, wenn er den Planmangel nicht umgehend nach dessen Entdeckung rügt. Im Regelfall, in dem zunächst die Baumängel entdeckt werden und bei entsprechender Untersuchung festgestellt wird, dass diese Mängel und der damit verbundene Schaden auf Planmängel zurückzuführen sind, führt dies für den Bauherrn nicht zu Problemen. Der Planmangel ist

regelmässig

- 17 - als geheimer Mangel zu qualifizieren und kann deshalb innerhalb der Verjährungsfrist, deren Ablauf an die Abnahme des Bauwerks geknüpft ist (so Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags und auch Art. 371 Abs. 2 OR), sofort nach dessen Entdeckung gerügt werden. Nachdem der Bauherr grundsätzlich nicht zur Nachforschung verpflichtet ist (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2183), braucht er sich nach der Entdeckung von Baumängeln nicht auf die Ursachensuche zu machen. Es reicht völlig aus, wenn er im Laufe der zwei Jahre nach Abnahme des Bauwerks die Mängel gegenüber dem vermeintlichen Verursacher (der in der Regel der Bauunternehmer sein dürfte) rügt und in diesem Zusammenhang darauf stösst, dass die Ursache eigentlich beim Bauingenieur liegt. Rügt er diesen umgehend nach der entsprechenden Entdeckung, ist er seiner Mängelrügepflicht rechtsgenügend nachgekommen. Anders aber im umgekehrten Fall, in dem der Bauherr Planmängel vor den Baumängeln entdeckt. Diesfalls muss er nach dem Gesagten die Mängel umgehend nach deren Entdeckung rügen, andernfalls sind die daraus erwachsenden Ansprüche verwirkt (Art. 371 Abs. 2 OR). Die Parteien äussern sich nicht einlässlich zu dieser Frage. Stattdessen verweist die Klägerin auf den Vorhalt der fehlenden Mängelrüge seitens des Beklagten 1 hin (act. 11 Rz. 57) auf ihre Ausführungen in Rz. 20 ihrer Klageschrift (act. 20 Rz. 123), worin sie aber lediglich ausführt, dass der Beklagte 1 bzw. seine Haftpflichtversicherung und sein damaliger Rechtsvertreter ebenfalls am 1. März 2007 mit einer Abmahnung und Forderungsanmeldung über die neuste Schadensentwicklung informiert worden seien (act. 1 Rz. 20). Ein Auslegungsstreit wurde damit nicht begründet. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, die erweiterte Mängelrügefrist gelte auch für Planmängel, hält die Bestimmung in zeitlicher Hinsicht dennoch keine Regelung für den vorliegenden Fall bereit. Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags sieht vor, dass die Mängel nach Abnahme des unbeweglichen Bauwerks innert zwei Jahren jederzeit gerügt werden können. Was gilt aber, wenn Planmängel – wovon vorliegend mangels entgegenstehender Ausführungen auszugehen ist – vor Abnahme des Bauwerks entdeckt werden? Hierfür rechtfertigt sich ein Blick in die einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118, denn gestützt auf

- 18 - diese entstand Art. 1.11.21 SIA-Ordnung 103 (siehe dazu den Aufsatz von ANTON EGLI, a.a.O., S. 64 und 68), welcher zweifellos Grundlage für Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags bildete. Das Regelwerk SIA-Norm 118 ist auf Bauwerksverträge zugeschnitten. Wenn in den Bestimmungen von einem Werk die Rede ist, ist damit folglich ein ganzes Bauwerk oder ein Teil eines Bauwerks, nicht aber ein Geistwerk (worunter auch ein Planwerk zu subsumieren ist) gemeint (siehe Präambel und Art. 1 SIA-Norm 118; HUBERT STÖCKLI, in Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 1-37, S. 3). Zu unterscheiden gilt es zwischen drei Baustadien: (1) Vor Vollendung des Bauwerks, (2) während der gemeinsamen Prüfung und (3) nach der gemeinsamen Prüfung. Die SIA-Norm 118 sieht als Regelfall vor, dass der Unternehmer die Vollendung des Werk(teil)s dem Bauherrn bzw. der Bauleitung anzeigt und danach eine gemeinsame Prüfung des Werks vorgenommen wird (Art. 158 SIA-Norm 118). Wird anlässlich dieser Prüfung ein Mangel entdeckt (Phase 2) muss die Bauleitung als Vertreterin des Bauherrn diesen umgehend anzeigen/rügen. Andernfalls gilt das Werk für den erkannten Mangel als genehmigt (Art. 163 Abs. 1 SIA-Norm 118). Anders verhält es sich wenn der Mangel erst nach der gemeinsamen Prüfung entdeckt wird (Phase 3). Diesfalls hat der Bauherr eine zweijährige Frist, innert der er entdeckte Mängel jederzeit rügen kann (Art. 173 Abs. 1

SIA-Norm 118). Ungeregelt bleibt der Fall, wo das Werk ohne Prüfung abgenommen wird (Art. 164 SIA-Norm 118). Wollte man dies- falls annehmen, dass der Bauherr sämtliche Mängel innert zwei Jahren jederzeit rügen kann, wäre dieser dadurch gegenüber demjenigen Bauherrn, der eine ge- meinsame Prüfung mit dem Unternehmer vornimmt, besser gestellt, namentlich in Bezug auf offensichtliche Mängel (siehe dazu Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118). Für die Zeit vor Abnahme des Bauwerks besteht nach SIA-Norm 118 grundsätzlich keine Rügepflicht des Bauherrn. Gleichwohl sieht Art. 173 Abs. 2 SIA-Norm 118 aber vor, dass der Bauherr Mängel, die aus einer verspäteten Mängelrüge er- wachsen, selbst zu tragen hat. Entdeckt der Bauherr folglich im Verlaufe der Bau- arbeiten einen Mangel an dem im Entstehen begriffenen Bauwerk, ist er gut bera- ten, diesen sofort anzuzeigen. Aus diesen Ausführungen entnimmt sich für den vorliegenden Fall im Wesentlichen, dass je nach Phase des Bauprozesses unter- schiedliche zeitliche Anforderungen an die Mängelrüge gelten. Eingang in die SI-

- 19 - A-Ordnung 103 und auch den Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags fand lediglich die Regelung einer Phase, nämlich derjenigen für die Zeit nach Abnahme des un- beweglichen Bauwerks. Was davor gelten soll, wurde offensichtlich nicht geregelt. Es gelten mithin die gesetzlichen Vorschriften, wonach die Mängelrüge sofort nach Entdeckung eines Mangels vorzubringen ist. Auf den vorliegenden Sachverhalt finden die genannten Bestimmungen nach dem Gesagten keine Anwendung. Mangels einer vertraglich vereinbarten Abweichung von den dispositiven Gesetzesnormen, sind diese folglich anwendbar.

E. 4.4

Ausübung der Mängelrüge Die Klägerin behauptet, sie habe die in Frage kommenden Verantwortlichen, nämlich den Beklagten 1 und die Beklagte 2 abgemahnt und zur Verbesserung der mangelhaften Bodenplatte und Wände aufgefordert bzw. die Geltendmachung von Ersatzforderungen angekündigt (act. 1 Rz. 37 f.). Diese Behauptung wird sei- tens des Beklagten 1 ausdrücklich bestritten. Die "hohen Anforderungen" gemäss SIA-Norm 262 seien nicht Vertragsgrundlage zwischen ihm und der Klägerin ge- wesen (act. 11 Rz. 56). Die Klägerin habe ihn sodann nicht abgemahnt und zur Verbesserung aufgefordert. Bezeichnenderweise unterlasse es die Klägerin, die behauptete Abmahnung zu substantiieren, insbesondere Angaben darüber zu machen, wann und wie sie diese "Abmahnung" gemacht haben soll. Schliesslich stellt der Beklagte 1 klar, dass es wohl weniger um eine "Abmahnung" als viel- mehr um eine Mängelrüge gehe. Auch diese sei ihm gegenüber nicht erfolgt (act. 11 Rz. 57). Zu diesen Ausführungen erwidert die Klägerin im Rahmen der Replik, eine Belehrung seitens des Beklagten 1 sei unnötig und verweist auf Rz. 20 ihrer Klagebegründung (act. 20 Rz. 123). Darin führt sie aus, der Beklagte 1 bzw. seine Haftpflichtversicherung und sein damaliger Rechtsvertreter seien ebenfalls am 1. März 2007 mit einer Abmahnung und Forderungsanmeldung über die neuste Schadensentwicklung informiert worden (act. 1 Rz. 20). Die Klägerin macht damit geltend, eine Mängelrüge sei am 1. März 2007 an den Beklagten 1 gerichtet worden. Dass sie den Beklagten 1 bereits davor gerügt hät- te, behauptet die Klägerin hingegen nicht. Aus ihren Ausführungen wird ersicht-

- 20 - lich, dass die Beklagte 2 den klägerischen Bericht vom 12. Januar 2007 erhalten hat, denn die Beklagte 2 reagierte darauf mit der Erklärung vom 23. Januar 2007, wonach sie die Systemgarantie nicht mehr aufrecht erhalte (act. 1 Rz. 16). Dass auch der Beklagte 1 dieses Dokument erhielt, ist damit nicht gesagt. Die Klägerin führt ebenfalls aus, dass bereits aus dem Fachgutachten der E._____ AG vom Dezember 2006 klar gewesen sei, dass die

Armierungsanforderungen an die Bodenplatte nicht erfüllt seien (so von der Klägerin behauptet [act. 1 Rz. 15] und auch aus dem Bericht vom 12. Januar 2007 [act. 4/13 S. 8] ersichtlich, wobei der darin aufgeführte Ingenieur A unschwer als der Beklagte 1 identifiziert werden kann). Mithin stellt sich die Frage, ob die Klägerin, wenn sie behauptet, den Beklagten 1 am 1. März 2007 abgemahnt zu haben, ihre Abmahnung bzw. Mängelrüge rechtzeitig erbrachte. Die Mängelrügefrist hängt von der Art des Mangels ab. Unterschieden wird zwischen offenen (offensichtlichen oder erkennbaren) und geheimen Mängeln (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2073 ff.). Ungeachtet der Art des Mangels gilt aber der Grundsatz, dass ein Mangel spätestens seit dessen Entdeckung umgehend gerügt werden muss. Dabei ist dem Besteller eine kurze Erklärungsfrist zuzugestehen. Entdeckt ist der Mangel, wenn der Besteller Gewissheit über das Vorhandensein desselben erlangt hat, d.h. wenn er in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Mangels zu erkennen (siehe BGE 131 III 145 E. 7.2, in: Pra 94 [2005] Nr. 50 S. 394). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. Ist dies nicht der Fall, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1; Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4).

- 21 - Wenn der Klägerin der dem Mangelfolgeschaden zugrundeliegende Werkmangel, die fehlerhafte Planung des Beklagten 1, bereits im Dezember 2006 bekannt war und sie ihn erst am 1. März 2007, also mehr als zwei Monate später "abmahnte", erfolgte diese Mängelrüge nach dem Gesagten klarerweise verspätet. Damit hat sie den Werkmangel akzeptiert und ihre Mängelrechte sowie auch das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verwirkt. Zu betonen ist an dieser Stelle, dass es Aufgabe der Klägerin war, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Klägerin hat einzig auf die Mängelrüge vom 1. März 2007 verwiesen. Weitere zu einem früheren Zeitpunkt erfolgte Mängelrügen hat die Klägerin nicht behauptet. Sie hat auch nicht verlangt, es seien ihre diesbezüglichen Ausführungen in Geschäft Nr. HG080290 in diesem Verfahren beizuziehen. Mithin ist alleine auf die in diesem Prozess gemachten Behauptungen abzustellen. Selbst wenn man die Ausführungen der Klägerin im Parallelverfahren berücksichtigen würde, würde dies am Ausgang des Verfahrens nichts ändern (siehe HG080290).

E. 4.5

Fazit Selbst wenn man der (bestrittenen) klägerischen Auffassung folgt, wonach der Beklagte 1 nebst seinen Pflichten aus dem Ingenieurvertrag vom 16./20. Januar 2006 auch die Fachplanungsaufgaben übernommen habe, ist das modifizierte klägerische Rechtsbegehren Ziffer 3 nach dem Gesagten abzuweisen. Gestützt auf die klägerischen Behauptungen hat sie – die Klägerin – den dem Mangelfolgeschaden zugrunde liegenden Werkmangel verspätet gerügt, womit sie ihren Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verwirkt hat.

E. 5

Widerklage

E. 5.1

Trotz umgekehrter Parteirolle werden die Parteibezeichnungen in den nachfolgenden Ausführungen zur besseren Verständlichkeit beibehalten. Der Beklagte 1 und Widerkläger wird mithin weiterhin als Beklagter 1 und die Klägerin und Widerbeklagte als Klägerin bezeichnet.

- 22 -

E. 5.2

Der Beklagte 1 verlangt widerklageweise den Ersatz von Kosten für vorprozessuale Expertisen im Umfang von CHF 27'418.70 zzgl. Zins (act. 11 Rz. 66 und 69). Die Kosten seien absolut notwendig und gerechtfertigt gewesen. Er habe sich zahlreichen schwerwiegenden Vorwürfen der Klägerin ausgesetzt gesehen. Für die vorprozessualen Gespräche mit der Klägerin und zur Vermeidung eines allfälligen Prozesses seien die Abklärungen und Begutachtungen der Sachverständigen zwingend erforderlich gewesen. Ihm sei nichts anders übrig geblieben, als die Vorwürfe der Klägerin umfassend abklären zu lassen (act. 11 Rz. 67). Die Klägerin verkenne, dass es nicht darauf ankomme, dass die Expertisen von seiner Haftpflichtversicherung in Auftrag gegeben und von dieser auch vorfinanziert worden seien. Entstanden sei der Schaden gleichwohl bei ihm, dem Beklagten 1, der ja über den Selbstbehalt und die Prämienhöhung letztlich zur Kasse gebeten werde. Gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG sei ein Rückgriff des Haftpflichtversicherers auf die Schadensverursacherin ausgeschlossen, wenn diese wie vorliegend lediglich aus Vertrag (und nicht deliktisch) hafte. In diesem Sinne seien die Leistungen des Haftpflichtversicherers lediglich als Vorschuss zu betrachten (act. 33 zu Rz. 7). Der Umstand, dass ein Teil der Forderungen von der G._____ AG in Rechnung gestellt worden sei, habe lediglich mit einer internen Aufteilung der Rechnungslegung zwischen den Herren GA._____ und H._____ zu tun (act. 33 zu Rz. 8). Die Klägerin bestreitet, dass der Beklagte 1 die Expertisekosten bezahlt hat und überhaupt einen Schaden geltend machen kann. Die Rechnungen seien offensichtlich nur Kopien ohne Unterschriften und würden keinerlei Zahlungsvermerk tragen. Auftraggeberin der Expertisen sei sodann nicht der Beklagte 1, sondern dessen Haftpflichtversicherung gewesen. Der Beklagte 1 sei mithin nicht aktivlegitimiert. Die Ausflüchte, wonach ein Selbstbehalt oder eine Prämienhöhung anfallen würden, würden bestritten, seien weder substantiiert noch belegt und ohnehin nicht nachhaltig. Ferner werde bestritten, dass neben der I._____ AG auch die G._____ AG beauftragt worden sein soll. Der Beklagte 1 komme seinen Substantiierungspflichten nicht nach. So ergebe sich aus den ins Recht gelegten Rechnungen nicht, welche Arbeiten in Bezug auf das vorliegende Prozessthema durchgeführt worden sein sollen. Die Aufteilung auf die beiden rechtshängigen

- 23 - Verfahren sei willkürlich. Soweit Aufwendungen für die Zeit seit Klageeinleitung geltend gemacht würden, sei der Beklagte 1 schliesslich vollumfänglich auf einen allfälligen gerichtlich zugesprochenen Ersatz der ausserrechtlichen Kosten zu verweisen. Die Expertisekosten seien im Vergleich mit dem vertraglich vereinbarten Honorar des Beklagten 1 auch nicht angemessen (act. 15 Rz. 7 ff.; act. 35 Rz. 7, 9 und 11).

E. 5.3

Nachdem die Expertisen (G._____ AG; I._____ AG, vgl. Sammelbeilage act. 12/2) von der Haftpflichtversicherin des Beklagten 1 in Auftrag gegeben wurden, ist die Versicherungsgesellschaft damit Schuldnerin des oder der Gutachter. Bei diesen (bestrittenen) Auslagen, so sie erfolgt sind, kann es sich wohl nur um Kosten für die

Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche handeln, die die Versicherte gestützt auf ihre versicherungsvertragliche Verpflichtung hat aufbringen müssen. Diese Kosten kann die Versicherte nicht direkt gegenüber der Klägerin geltend machen, weil sie zu dieser in keinem Vertragsverhältnis steht. Sie kann demzufolge auch nicht einen entsprechenden Anspruch an den versicherten Beklagten 1 abtreten. Der Beklagte 1 selbst kann diese Kosten ebenfalls nicht geltend machen, weil sie ihm bis heute nicht angefallen sind. Dass er sie der Versicherten aus seinem Selbstbehalt und durch eine Prämienhöhung ersetzt werden muss, ist bis jetzt nur als künftige Entwicklung behauptet, jedoch nach dem Stand der Akten bis dato nicht eingetroffen, weshalb die Klägerin auch nicht verpflichtet werden kann, diese Position vorab zu ersetzen. Selbst wenn man der in der Lehre vertretenen Auffassung folgte, dass zukünftiger Schaden ausnahmsweise dann berücksichtigt werden kann, wenn er im Zeitpunkt des Urteils genügend liquid ist (siehe ANTON K. SCHNYDER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 42 OR), wäre dem Beklagten 1 entgegenzuhalten, dass die notwendige Liquidität im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben ist. Der Beklagte 1 behauptet weder wie hoch sein Selbstbehalt ist noch welche Prämienhöhung zu erwarten ist. Zudem leidet seine Begründung an der unbestrittenen Tatsache, dass er sich zwischenzeitlich aus dem Erwerbsleben zurückgezogen hat (act. 35 Rz. 7), woraus schliesst, dass er ohnehin nicht mehr zur Weiterführung der Versicherung verpflichtet ist und damit auch

- 24 - keine höheren Prämien zu gewärtigen hat. Schliesslich kommt hinzu, was allerdings nicht entscheidend in Betracht fällt, dass weder die Police noch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorliegen. Die Diskussion um einen allfälligen Regress der Versicherungsgesellschaft auf die Klägerin und die Tragweite von Art. 72 Abs. 1 VVG erübrigt sich. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aktivlegitimation des Beklagten 1 nicht ausgewiesen ist, weshalb das Widerklagebegehren ohne weitere Prüfung abzuweisen ist. III.B. (Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2) 1. Zusammenfassung der Parteistandpunkte

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