

ZH_HANDELSGERICHT HG130074 vom 24. August 2016

Zh Handelsgericht, 2016-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG130074

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG130074 du 24 août 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG130074 del 24 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit Für Klagen aus Vertrag ist gemäss Art. 31 ZPO das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist, zuständig. Die Beklagte hat ihren statutarischen Sitz in der Stadt ... (act. 4/2), weshalb zürcherische Gerichte örtlich zuständig sind.

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für die Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m § 44 lit b GOG). Die Kriterien der handelsrechtlichen Streitigkeit (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; § 44 lit b GOG) sind vorliegend: (i) die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, (ii) beide Parteien sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen und (iii) der behauptete vermögensrechtliche Anspruch übersteigt die Streitwertgrenze von CHF 30'000.–, weshalb ein Entscheid des Handelsgerichts als Entscheid letzter kantonalen Instanz mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden kann. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist somit sachlich zuständig, was unbestritten ist (act. 1 Rz. 4; unbestritten in act. 14).

E. 2

Unbestrittener Sachverhalt

E. 2.1

Im Juli 2006 schloss die Klägerin als Generalunternehmerin mit der F._____ AG den Werkvertrag Nr. 21100 über die Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau des Mehrfamilienhauses und des Doppel Einfamilienhauses an der C._____strasse in ... (ZH) (act. 1 Rz. 16 S. 9; act. 14 Rz. 19). Die

- 8 - F._____ AG verpflichtete sich darin, die Baumeisterarbeiten BKP 211.5 zu einem Preis von netto CHF 1'785'657.90 auszuführen (act. 1 Rz. 16 S. 9; unbestritten in act. 14, vgl. Rz. 107 ff.; act. 3/4).

E. 2.2

Bestandteil dieses Werkvertrags waren auch die Allgemeinen Bedingungen der Klägerin, welche gemäss Wortlaut Abänderungen und Ergänzungen zur SIA-Norm 118 enthalten und dieser insofern vorgehen. Gemäss "Ziff. 15 Sicherheitsleistung des Unternehmers (Norm SIA 118, Art. 181)" der Allgemeinen Bedingungen hatte der Unternehmer, die heutige F._____ AG, gegenüber dem Besteller, der Klägerin, eine Solidarbürgschaft (Bank

oder Versicherung) von 10 % bzw. bei einer Abrechnungssumme von über CHF 500'000.– netto inkl. MWSt. von 5 % der Abrechnungssumme für eine Dauer von fünf Jahren ab Bezugsbereitschaft des gesamten Objektes zu leisten. In "Ziff. 18 Garantiefrist und Verjährungsfrist (Norm SIA 118, Art. 172, 179, 180)" der Allgemeinen Bedingungen wurde die Garantie- frist auf "zwei bzw. fünf" Jahre zuzüglich eines Zeitraumes zwischen der Abliefe- rung des Werkes und der Bezugsbereitschaft des ganzen Bauobjektes festgesetzt (act. 1 Rz. 16 S. 10; unbestritten in act. 14, vgl. Rz. 107 ff.; act. 3/5).

E. 2.3

Die Werkabnahme fand im Dezember 2007 statt. Der Beginn der Garantie- frist wurde auf den 1. April 2008 festgelegt, welcher Zeitpunkt auch dem Beginn der Solidarhaftung der Beklagten entsprach (act. 1 Rz. 17; act. 14 Rz. 115; act. 3/2).

E. 2.4

Anfangs des Jahres 2012 traten im Untergeschoss (Keller, Raum Nr. 2-01; Halle, Raum Nr. 2-08) der Doppeleinfamilienhaushälfte C._____strasse 7b (Fami- lie D._____) an verschiedenen Stellen Feuchtigkeitsschäden auf. Diese rügte die Klägerin gegenüber der F._____ AG mit Schreiben vom 10. Februar 2012 (act. 1 Rz. 20; unbestritten in act. 14 Rz. 116 ff.; act. 3/12). Die F._____ AG bestritt jede Verantwortlichkeit für diese Wasserschäden (act. 1 Rz. 21, 23; act. 14 Rz. 118; act. 3/15). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2012 forderte die Klägerin die F._____ AG auf, die gerügten Mängel innert 14 Tagen zu beseitigen (act. 1 Rz. 24; act. 14 Rz. 119; act. 3/16). Mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 erklärte die Klägerin aufgrund der Weigerung der F._____ AG zur Nachbesserung, eine solche ge- stützt auf Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 durch ein Drittunternehmen ausführen zu

- 9 - lassen (act. 1 Rz. 27; act. 14 Rz. 119; act. 3/19). Die Klägerin ergriff Massnahmen zur Mängeleruierung (act. 1 Rz. 29, unbestritten in act. 14 Rz. 120). Anlässlich starker Regenfälle vom 28. auf den 29. November 2012 konnte eine schadhafte Stelle an der Kellerecke C._____strasse 7a festgestellt werden (act. 1 Rz. 29, un- bestritten in act. 14 Rz. 120). Mit Schreiben vom 29. November 2012 rügte die Klägerin diesen entdeckten Mangel und setzte der F._____ AG eine Nachbesse- rungsfrist bis zum 5. Dezember 2012 (act. 1 Rz. 34; unbestritten in act. 14 Rz. 125; act. 3/28).

E. 2.5

Mit Schreiben vom 13. März 2013 forderte die Klägerin die F._____ AG auf, den Gesamtbetrag von CHF 195'965.65 für bereits aufgewendete und für ih- rer Ansicht nach noch zu erwartende Kosten von Ersatzvornahmen, welche nach klägerischer Darstellung aufgrund einer mangelhaften Werkerstellung notwendig waren, bis zum 22. März 2013 zu leisten. Nachdem die Frist ohne Zahlung ver- strichen war, mahnte die Klägerin mit Schreiben vom 25. März 2013 die F._____ AG erneut (act. 1 Rz. 41, 47; unbestritten in act. 14, vgl. Rz. 144 ff.; act. 3/35, 37).

E. 3

Solidarbürgschaft

E. 3.1

"Garantieschein" Am 26. September 2008 unterzeichnete die Beklagte ein Dokument, das über- schrieben ist mit der Bezeichnung "Garantieschein". Darin verpflichtete sich die

Beklagte als Solidarbürkin, der Klägerin für alle Ansprüche betreffend der Baumeisterarbeiten 211 am Mehrfamilien- und Doppel Einfamilienhaus an der C._____strasse im maximalen Umfang von CHF 94'800.– zu haften. Die Dauer der Solidarbürgschaft wurde vom 1. April 2008 bis zum 31. März 2013 bestimmt (act. 1 Rz. 17 f.; unbestritten in act. 14, vgl. Rz. 115 und 144 ff.; act. 3/2).

E. 3.2

Qualifikation Mit der Bürgschaft übernimmt der Interzedent gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setzt den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus. Sie ist dieser beige-

- 10 - ordnet und hängt (in Abgrenzung zur Garantie) in Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab (Akzessorietät; Urteil des Bundesgerichts 4a_279/2009 vom 14. September 2009, E. 3.1). Da sich die Beklagte im "Garantieschein" verpflichtet hat, als Solidarbürkin für alle Ansprüche bezüglich des Werkvertrags "211 Baumeisterarbeiten" zu haften, ist von Akzessorietät auszugehen, mithin liegt eine Solidarbürgschaft im Sinne von Art. 496 OR vor.

E. 3.3

Gesetzliche Voraussetzungen Ist die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit eingegangen, so erlischt die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolgt (Art. 510 Abs. 3 OR). Wie erwähnt, ging die Beklagte die Solidarbürgschaft bis zum 31. März 2013 ein. Mit der Klageeinleitung am 26. April 2013 wurde die Klage somit fristwährend eingereicht. Art. 496 OR Abs. 2 OR setzt weiter voraus, dass der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist. Die F._____ AG als Hauptschuldnerin wurde mit Schreiben vom 13. März 2013 (act. 3/35) sowie mit Schreiben vom 25. März 2013 (act. 3/37) abgemahnt, weshalb auch diese Voraussetzung gegeben ist. Ob eine entsprechende Hauptschuld bzw. Gewährleistungsansprüche bestehen – was von der Beklagten bestritten wird – gilt es im Weiteren zu prüfen (act. 1 Rz. 46 f; act. 14 Rz. 144 ff.).

E. 3.4

Bevorschussung und Solidarbürgschaft Die Beklagte wendet ein, vorliegend sei eine Bevorschussung von Kosten (vgl. dazu Ziff. 6.2 hernach) deswegen ausgeschlossen, weil sich die Beklagte (als namhafte Versicherungsgesellschaft im Sinne von Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118) im Auftrag der F._____ AG als Solidarbürkin für die Gewährleistungsansprüche

- 11 - verpflichtet habe. Somit sei dem Interesse des Bestellers an einer finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme – dem Grund für die Bevorschussungspflicht – bereits Genüge getan. Folglich bestünde vorliegend generell kein Anspruch auf Bevorschussung, da eine Solidarbürgschaft für Gewährleistungsansprüche gestellt worden sei (act. 14 Rz. 145 f.). Im Entscheid BGE 128 III 416 hat das Bundesgericht verschiedene Gründe für eine Bevorschussungspflicht angeführt. Erstens sei es der vertragsuntreuen Partei nach Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren. Zweitens könne durch eine Bevorschussungspflicht erreicht werden, dass ein Unternehmer, der die

Nachbesserung nicht selber erfüllen wolle, nicht besser gestellt werde als jener Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selber erfülle. Drittens habe der Besteller überdies ein evidenteres Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, wogegen dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden werde, die er später ohnehin erfüllen müsse (BGE 128 III 416 E. 4.2.2. S. 418). Der beklagten Argumentation ist nicht zu folgen: Durch das blosses Stellen einer Bürgschaft einer "namhaften" Versicherungsgesellschaft mag zwar ein Grund des Bundesgerichts – die finanzielle Absicherung des Bestellers – sichergestellt sein. Die beiden andern vom Bundesgericht herangezogenen Gründe, weshalb vom Unternehmer für die Nachbesserungsarbeiten ein Vorschuss zu leisten ist, sind durch eine solche Bürgschaft jedoch nicht abgedeckt: Der Unternehmer, dem als der vertragsuntreuen Partei die Bevorschussung solcher Arbeiten nach Treu und Glauben zuzumuten sei, wäre mit dem Stellen einer blossen Bürgschaft noch immer besser gestellt als jener, der sofort die vertragsgemässen Nachbesserungsarbeiten leistet. Zudem wird ihm mit der Verpflichtung einer (vorschussweisen) Zahlung lediglich eine Pflicht überbunden, die später ohnehin erfüllt werden muss. Schliesslich ist eine Bürgschaft für den Besteller überhaupt nur dann eine angemessene Sicherheit im Sinne von Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118, wenn sich der Bürge zu gleichen Zahlungen verpflichtet, die auch der Unternehmer leisten müsste. Es ist im Ergebnis daher nicht einzusehen, weshalb die von der Beklag-

- 12 - ten abgegebene Bürgschaftserklärung einer Vorschusspflicht entgegen stehen sollte.

E. 4

Rügefrist

E. 4.1

Einleitung Strittig ist zwischen den Parteien, ob die Mängelrügen rechtzeitig erfolgt sind. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, diese seien nicht innerhalb der vereinbarten zweijährigen Garantie- und Rügefrist erfolgt (act. 14 Rz. 149-151) und zudem zu spät nach Entdeckung der Mängel erhoben worden (act. 14 Rz. 152 f.). Diesen Einwand gilt es vorab zu prüfen.

E. 4.2

Rechtliches Ist nichts anderes vereinbart, so besteht eine Rügefrist von zwei Jahren. Die Rügefrist beginnt für das Werk mit dem Tag der Abnahme zu laufen (Art. 172 SIA-Norm 118). Während der Rügefrist kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen (Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118). Verdeckte Mängel sind Werkmängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Rügefrist gemäss Art. 172 SIA-Norm 118 entdeckt. Der Unternehmer haftet für verdeckte Mängel, sofern sie vom Besteller sofort nach der Entdeckung [innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist] gerügt werden (Art 179 Abs. 1 und 2 und Art. 180 SIA-Norm 118). Bei der Beurteilung, ob eine solche Rüge rechtzeitig erfolgte, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Art der Mängel abzustellen. Die Rügefrist ist im Allgemeinen kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen könnte (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148). Grundsätzlich betrachtet das Bundesgericht eine Rügefrist von sieben Arbeitstagen als angemessen (Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3; Urteil 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5). Mängel gelten dann als erkannt, wenn der Besteller über deren Vorliegen Gewissheit hat. Kommen verdeckte Mängel erst nach und

nach zum Vorschein, so sind sie nicht schon beim Auftreten von ersten Mängelspuren erkannt, sondern

- 13 - erst, wenn der Besteller die Bedeutung und die Tragweite der Mängel erfasst (GAUCH, Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 2182). Behauptet der Unternehmer, der Besteller habe keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben, so hat der Besteller die Rechtzeitigkeit der Rüge zu beweisen (BGE 118 II 142 E. 3.a S. 147; 107 II 172 E. 1.a S. 176).

E. 4.3

Beginn der Garantie- und Rügefrist Die Klägerin trägt hierzu vor, dass die Werkabnahme im Dezember 2007 stattgefunden habe und dass die Parteien den Beginn der zwei- bzw. fünfjährigen Garantiefrist auf den 1. April 2008 festgelegt hätten (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte hält an einer Stelle ihrer Klageantwort fest, dass sie zu dieser klägerischen Behauptung keine Bemerkungen habe, womit sie als anerkannt gilt (act. 14 Rz. 115). Die klägerische Darstellung entspricht denn auch dem Versicherungsantrag der F. _____ AG an die Beklagte sowie dem Garantieschein (act. 3/2). Die Beklagte stellt sich allerdings andernorts unter Hinweis auf die klägerischen Vorbringen auf den Standpunkt, dass die Rügefrist bereits im Dezember 2007 zu laufen begonnen habe, ohne dafür Beweismittel zu nennen (vgl. act. 14 Rz. 151). Die beklagtischen Ausführungen sind damit widersprüchlich. Zudem genügt ein reiner Hinweis auf klägerische Behauptungen nicht den Anforderung an ein substantiiertes Bestreiten. Die klägerische Behauptung, wonach der Beginn der Rügefrist einvernehmlich auf den 1. April 2008 festgelegt wurde (act. 1 Rz. 17; act. 14 Rz. 115), gilt damit als erstellt.

E. 4.4

Dauer von Garantie- und Rügefrist Nach dem Dafürhalten der Beklagten entspräche eine zweijährige Garantie- und Rügefrist ab Werkabnahme dem tatsächlichen und übereinstimmenden Willen der Werkvertragsparteien. Sollte sich der tatsächliche Wille nicht mehr eruieren lassen, so sei eine Auslegung von Ziff. 18 der klägerischen Allgemeinen Bedingungen erforderlich. Aufgrund ihrer Mehrdeutigkeit, welche sich aus der Formulierung "Garantiefrist von 2 bzw. 5 Jahren" ergebe, müsse sich die Klägerin die Unklarheitsregel hinsichtlich der Länge der Garantiefrist entgegenhalten lassen. Zugun-

- 14 - ten der F. _____ AG sei somit von einer zweijährigen Garantiefrist auszugehen. Die Klägerin bestreitet einen tatsächlichen und übereinstimmenden Willen der Werkvertragsparteien bezüglich der zweijährigen Garantiefrist ab Werkabnahme. Ein solcher sei nicht nachvollziehbar. Ziff. 18 der Allgemeinen Bedingungen sei eindeutig, weshalb für die Unklarheitsregel kein Raum bestehe (act. 61 Rz. 99 ff.). Der Inhalt des Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, 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, die ihnen vorausgegangen sind und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; je mit Hinweisen). Ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille kann nicht mehr eruiert werden, zumal auch keine Zeugen als Beweismittel angerufen wurden. Ziff. 18 der Allgemeinen Bestimmungen ist daher aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Die Bestimmung verweist ausdrücklich auf die Artikel 172, 179 und 180 der SIA-Norm 118, welche für die Auslegung der

Allgemeinen Bedingungen beizuziehen sind. Aufgrund dieser Verweisung besteht für offene Mängel eine Rügefrist von zwei Jahren seit Abnahme. Verdeckte Mängel sind demzufolge nach Ablauf der Zwei-jahresfrist (hier nach dem 1. April 2010) gemäss Art. 179 SIA-Norm 118 sofort nach der Entdeckung zu rügen, widrigenfalls der Unternehmer seine Mängelrechte verwirkt. Die Mängelrechte verjähren gemäss Art. 180 SIA-Norm 118 auf jeden Fall innerhalb von fünf Jahren nach Abnahme des Werks. Verdeckte Mängel konnte die Klägerin mithin innert fünf Jahren seit Fristbeginn rügen, d.h. bis zum 31. März 2013. Die Rechte des Bauherrn aus bereits gerügten Mängeln bleiben gemäss Art. 178 SIA-Norm 118 auch nach Fristablauf (unter Vorbehalt der fünf-jährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 180 SIA-Norm 118) bestehen. Entgegen der Meinung der Beklagten (vgl. act. 14 Rz. 150) bleibt für die Anwendung der Unklarheitsregel aufgrund des Verweises auf die SIA-Norm 118 kein Raum.

E. 4.5

Einhaltung der Rügefrist

- 15 - Konkret macht die Beklagte geltend, die Mängel in den Räumen Nr. 2-01 (als Gästezimmer benutzt) und Nr. 2-08 (Halle) seien im Januar 2012 entdeckt, jedoch erst am 10. Februar 2012 gerügt worden. Der Mangel beim Besucherparkplatz sei anfangs November 2012 entdeckt, jedoch erst am 14. November 2012 gerügt worden. Der Mangel an der Haushälfte C._____strasse 7a sei nach klägerischer Darstellung Ende November 2012 entdeckt worden – was sie bestreite, da die Klägerin den genauen Tag hätte darlegen müssen – und am 29. November 2012 gerügt worden (act. 14 Rz. 152). Die Mängelrügen seien ohnehin auch deshalb verspätet, weil die Klägerin bereits im Februar 2009 Kenntnis von Wassereintritten gehabt habe (act. 14 Rz. 153). Die Klägerin hält dafür, dass allfällige Wasserschäden vor Jahresbeginn 2012 eine andere Ursache gehabt hätten, als die von ihr gerügten undichten Fugen, welche für den eingeklagten Schaden verantwortlich seien (act. 61 Rz. 39, 105). Einen Wassereintritt im Eingangsbereich im Februar 2009 bestreitet sie zudem. Der den vorliegend geltend gemachten Schadenspositionen zugrundeliegende Mangel stehe nicht in Konnex mit den Wassereintritten im Eingangsbereich und habe daher auch nicht früher gerügt werden können (act. 61 Rz. 105). Die schadhafte Stelle an der Ecke C._____strasse 7a (Familie E._____) sei erst in der Nacht von 28. auf den 29. November 2012 entdeckt und noch selbstags gerügt worden (act. 1 Rz. 29, 34). Die Rügen seien damit alle rechtzeitig erfolgt (act. 61 Rz. 102 ff.). Es ist als erstes zu ermitteln, wann die Klägerin Kenntnis der behaupteten Werkmängel erlangt hat. Der Eintritt von Wasser an sich ist kein Werkmangel, sondern die direkte Folge eines solchen. Die Undichtigkeit der Fugen stellt vielmehr den eigentlichen Werkmangel dar. Eine Undichtigkeit ist jedoch nicht bereits dann in ihrer Bedeutung und Tragweite erkannt, wenn an einer Stelle des Werks ein Wasserschaden als Folge dieses Werkmangels auftritt, da für Wasserschäden mannigfache Ursachen denkbar sind. Bedeutung und Tragweite eines allfällig dafür verantwortlichen Werkmangels stehen erst dann mit Sicherheit fest, wenn die Ursache des Wassereintritts eruiert und lokalisiert werden konnte.

- 16 - Mit dem Argument, die Klägerin habe bereits "im Februar 2009 Kenntnis von Wassereinbrüchen" gehabt, scheint die Beklagte offenbar alle von der Klägerin behaupteten Entdeckungszeitpunkte hinsichtlich der behaupteten Wassereintritte – Januar 2012, Anfang November 2012, 29. November 2012 – in Zweifel ziehen zu wollen. Dies steht jedoch im Widerspruch zu ihrer unmittelbar vorgängigen Äusserung, worin sie lediglich den von der Klägerin geltend gemachten Entdeckungszeitpunkt des angeblichen Wassereintritts bei

der Arbeitsfuge im Kellereck der C._____strasse 7a (Familie E._____) bestreitet, nicht jedoch die übrigen Ent- deckungszeitpunkte (vgl. act. 14 Rz. 152). Sie behauptet zudem nicht, dass die Klägerin bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis sämtlicher behaupteten streitge- genständlichen Undichtigkeiten gehabt habe. Das Vorbringen der Beklagten ist damit widersprüchlich und ihr Bestreiten zudem unsubstantiiert, da keine klar indi- vidualisierte klägerische Tatsache bestritten wird, sondern pauschal auf frühere Wassereintritte hingewiesen wird. Die Beklagte bestreitet mithin einzig, dass die Klägerin die Wassereintritte im Kellereck der C._____strasse 7a (Familie E._____) erst im November 2012 entdeckt habe (vgl. act. 14 Rz. 152). Dies indes behauptet die Klägerin nicht. Sie macht vielmehr die Entdeckung der Undichtigkeit – des behaupteten Werkmangels – im Kellereck der C._____strasse 7a (Familie E._____) in der Nacht vom 28. auf den 29. November 2012 geltend (vgl. act. 1 Rz. 33). Diese Tatsache wird durch die Beklagte hingegen nicht (substantiiert) bestritten (vgl. act. 14 Rz. 125). Im Schreiben vom 29. November 2012 (act. 3/28) an die F._____ AG hält die Klä- gerin zudem explizit fest [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Im Untergeschoss der Liegenschaft C._____strasse 7a, in der Ecke des Keller- raums im Bereich der Arbeitsfuge (vgl. Planbeilage), beobachteten die Ei- gentümer heute um Mitternacht eintretendes Wasser. Dabei handelt es sich um einen Mangel, der hiermit fristgerecht gerügt wird [...]." In ihrer schriftlichen Mängelrüge hält die Klägerin demnach den genauen Zeit- punkt der Mangelfeststellung fest, welcher demjenigen von ihr in act. 1 Rz. 29, 34 vorgetragenen entspricht. Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit des Inhalts des zeitnahen Dokuments zu zweifeln.

- 17 - Es stellt sich sodann die Frage der Einhaltung der kurzen Rügefrist ab Entde- ckungszeitpunkt des behaupteten Werkmangels. Die Klägerin rügte einen Was- sereintritt im Untergeschoss der C._____strasse 7b, Raum Nr. 2-01 (act. 3/12), eine Undichtigkeit im Bereich der Arbeitsfuge im Kellereck der C._____strasse 7a, Raum Nr. 1-01 (act. 3/28) sowie einen Wassereintritt in der Tiefgarage im Bereich des Besucherparkplatzes (act. 3/24). Die Ursache für den Wassereintritt, d.h. der eigentliche Werkmangel, war ihr zur Zeit der ersten Rüge betreffend die Räume Nr. 2-01 (Keller) und Nr. 2-08 (Halle) der Haushälfte C._____strasse 7b dabei of- fenkundig noch nicht bekannt, führt sie doch in ihrem Schreiben vom 10. Februar 2012 (act. 3/12) wörtlich aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Die Ursache(n) für diese Mängel sind noch nicht bekannt. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Baumängel auf die Baumeisterar- beiten zurückzuführen sind. Aus diesem Grund bitte ich Sie, vorsorglich eine entsprechende Schadenanzeige bei ihrer Haftpflichtversicherung zu erstatten (...)." Das Schreiben nennt weder eine mangelhafte Abdichtung noch falsch konzipierte Fugen als Grund. Folglich hatte die Klägerin im Zeitpunkt dieser ersten Mängelrü- ge (10. Februar 2012) noch keinerlei Gewissheit hinsichtlich des Werkmangels, der den Wassereintritt in der Gebäudehälfte C._____strasse 7b verursacht hatte. Sie ist sich nicht einmal sicher, ob der Wassereintritt überhaupt auf einen Werk- mangel der Baumeisterarbeiten zurückzuführen ist. Hierfür spricht auch der Um- stand, dass in der Zeit ab Februar 2012 die Klägerin umfassende Nachfor- schungsarbeiten ausführen liess (act. 1 Rz. 28 ff.), was die Beklagte auch nicht bestreitet (vgl. act. 14). Erst im Zuge dieser Nachforschungsarbeiten stiess die Klägerin auf den Wassereintritt im Untergeschoss der Gebäudehälfte C._____strasse 7a und auf die hieraus resultierenden Wasserschäden in dieser Gebäudehälfte. Es ist – wie soeben dargelegt – nicht auf den Zeitpunkt der Ent- deckung des Wassereintritts abzustellen, sondern auf denjenigen, an welchem der Besteller Gewissheit hinsichtlich der Ursache des Wassereintritts hatte. Da die Klägerin zum Zeitpunkt des 10. Februars 2012 noch keine

Gewissheit hinsichtlich des verantwortlichen Werkmangels hatte, der zum Wassereintritt in das Untergeschoss der Haushälfte C._____strasse 7b führte, und hinsichtlich des

- 18 - Werkmangels betreffend die Haushälfte C._____strasse 7a noch gleichentags, an welchem sie Gewissheit erlangte (29. November 2012) eine entsprechende Mängelrüge gegenüber der F._____ AG erhob (act. 3/28), erfolgten beide Rügen hinsichtlich der Arbeitsfuge [Mangel 1] unmittelbar bzw. gar vorsorglich und damit nicht verspätet. Der Wassereintritt an der Stelle des Besucherparkplatzes in der Tiefgarage, welcher unbestrittenermassen anfangs November 2012 entdeckt wurde (vgl. act. 1 Rz. 32; act. 14 Rz. 152, act. 61 Rz. 103), rügte die Klägerin mit Schreiben vom 14. November 2012 (act. 3/24). Der Einwand der Beklagten, die Rüge sei "offensichtlich verspätet" erfolgt, ist nicht zu hören. Die Dauer der Rügefrist für versteckte Mängel ist aufgrund des Wortlauts von Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm zwar kurz zu bemessen, doch sind dabei stets die konkreten Umstände zu berücksichtigen. Da zu Beginn des Monats erst der Wasserschaden entdeckt wurde, herrschte zu diesem Zeitpunkt zweifelsohne noch keine Gewissheit hinsichtlich des hierfür ursächlichen Werkmangels. Zu diesem Schluss führt auch der Wortlaut des Schreibens vom 14. November 2012, in welchem lediglich der Ort des Wassereintritts genannt, jedoch noch keinerlei Verbindung zu einer undichten Fuge oder einem anderen Werkmangel hergestellt wird (vgl. act. 3/24). Es liesse sich daraus gar schliessen, dass selbst zum Zeitpunkt der Mängelrüge die Klägerin noch keine Gewissheit hinsichtlich des Werkmangels hatte. Die Beklagte hat nicht behauptet, wann die Klägerin Kenntnis des Werkmangels bzw. davon, dass dieser Wassereintritt auf einen durch die Beklagte gesetzten Werkmangel zurückzuführen war, erlangt hat, weshalb davon auszugehen ist, dass auch diese Mängelrüge der Klägerin den Wassereintritt am Besucherparkplatz [Mangel 2] betreffend rechtzeitig erfolgte.

E. 4.6

Fazit Sämtliche Mängel wurden rechtzeitig gerügt. Demzufolge ist im Folgenden zu prüfen, ob Werkmängel vorliegen, welche die F._____ AG zu verantworten hatte.

- 19 -

E. 5

Werkmängel

E. 5.1

Parteistandpunkte Gemäss klägerischer Darstellung schuldete die F._____ AG als beauftragte Baumeisterin ein wasserdichtes Untergeschoss (Beton) inklusive einer wasserdichten Verbindung der einzelnen Betonteile (Fugen), wobei es ihr mit der Aktennotiz freigestellt worden sei, wie die geschuldete Dichtigkeit der Arbeitsfugen ab dem ersten Untergeschoss erreicht werde (act. 1 Rz. 16 S. 9 f., Rz. 52). Diese vertraglichen Verpflichtungen habe die F._____ AG nicht erfüllt. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die F._____ AG den Werkvertrag gehörig erfüllt habe. Die Wassereintritte und die damit verbundenen Schäden seien nicht durch das Werk der F._____ AG verursacht worden, sondern lägen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs (act. 14 Rz. 101). So sei insbesondere das Fehlen eines durchdachten Konzepts einer sogenannten "Weissen Wanne", das Fehlen von Sickerleitungen oder eines Konzepts zur Fassung und Ableitung des Meteorwassers sowie eine mangelhafte Planung im Eingangsbereich ursächlich für die Wassereintritte. Diese Mängel lägen allesamt im

Verantwortungsbe- reich der Planung und somit der Klägerin (act. 14 Rz. 74). Zur Abdichtung der vertikalen Fugen [Mangel 2] sei sie zudem vertraglich nicht verpflichtet gewesen (act. 14 Rz. 26). Die F._____ AG habe im Zusammenhang mit Abdichtungsarbeiten lediglich das Abdichten der Arbeitsfugen im ersten Un- tergeschoss mittels Fugenblechen geschuldet (act. 66 Rz. 56 ff.). Sämtliche Ab- dichtungspositionen das Doppeleinfamilienhaus betreffend, welche in der Offerte noch als Ausmasspreis-Positionen offeriert wurden, seien im Werkvertrag vom 20. Juni 2006 als Per-Positionen ausgewiesen worden. Hierzu zählten insbeson- dere: Sika Combiflexfugenband (Position 656.132); Abdichtungsbahn 1m für Ar- beitsfugen Wand / Boden / Decke (Position 657.921); zusätzliche Dichtungsbah- nen (Position 657.922); Verfüllen der Dilatationsfugen mit HV Material (Position 657.923); Dilatationsfugen an Wänden mit zwei Lagen EP5 (Position 657.924); Dilatationsfugen Garagendecke / Hauswand mit zwei Lagen EP5 (Position 657.925); Arbeitsfuge Boden-Wand mit Bitumenemulsion und EPS5 (Position - 20 - 657.926); Verfüllen der Dilatationsfugen mit HV Material (Position 657.927) (act. 14 Rz. 20, act. 66 Rz. 25 f.). In ihrer Klageantwort leitet die Beklagte aus den Per-Positionen ab, dass nicht von einem Werkvertrag zu einem Pauschalpreis, sondern zu einem Einheitspreis auszugehen sei (act. 14 Rz. 22). In ihrer Duplik geht sie dagegen wieder von einem Pauschalpreis aus (vgl. act. 66 Rz. 25). Per- Positionen würden nach ihrem Dafürhalten entweder Reservepositionen oder Po- sitionen darstellen, für die die Menge aus bautechnischen Gründen noch nicht bestimmbar sei. Letzterer Fall sei vergleichbar mit demjenigen von Art. 86 Abs. 4 SIA-Norm 118. Da in der Offerte der F._____ AG ursprünglich die betreffenden Positionen mengenmässig beziffert gewesen seien, könne die zweite Alternative ausgeschlossen werden, weshalb auch Art. 86 Abs. 4 SIA-Norm 118 nicht ein- schlägig sei (act. 66 Rz. 30 ff.). Per-Positionen seien nicht mehr vom vereinbarten Werkpreis erfasste (so in act. 14 Rz. 22) bzw. vertraglich nicht geschuldete Leis- tungen (act. 66 Rz. 33). Dies habe zur Konsequenz, dass diese Abdichtungsleis- tungen – so auch die Combiflexfugenbänder – nur dann hätten erbracht werden müssen, wenn sie nach Vertragsschluss von der Bauleitung explizit bestellt wor- den wären (act. 14 Rz. 20-23; act. 66 Rz. 34). In der Koordinationssitzung Bau- meister/Bauingenieur vom 13. Juli 2006 habe man festgehalten, dass ab dem ers- ten Untergeschoss die Abdichtungslösung dem Unternehmer freigestellt sei (Fu- genbleche). Die F._____ AG sei daher nur für die Abdichtungslösung der horizon- talen Arbeitsfugen ab dem ersten Untergeschoss verantwortlich gewesen. Über die vertikalen Fugen – insbesondere die Applikation von Combiflexfugenbändern – sei dagegen nichts festgehalten worden, weshalb dies auch nicht Aufgabe der F._____ AG gewesen sei (act. 14 Rz. 25 f.; act. 66 Rz. 58 f.). Auf den Schalungs- plan könne sich die Klägerin nicht berufen, da alle anderen Abdichtungsarbeiten – so auch die Combiflexfugenbänder – darin zwar enthalten, jedoch zeitlich erst nach der Koordinationssitzung, nämlich am 6. Dezember 2006, eingezeichnet worden seien (act. 66 Rz. 59). Auch aus dem Nutzungsplan könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 66 Rz. 50 ff.).

E. 5.2

Rechtliches

- 21 - Ein Werkmangel ist gemäss Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 eine Abweichung des Werks vom Vertrag, sei es ein "Mangel" oder eine "sonstige Abweichung vom Vertrag" gemäss Art. 368 OR. Der Mangel besteht darin, dass das Werk eine zu- gesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft

fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werks für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch) (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). Kein Mangel ist ein vertragswidriger Zustand, der ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherren (z.B. die Bauleitung) verschuldet hat (Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR), insbesondere ein Zustand, der auf Fehler in den Ausführungsunterlagen zurückzuführen ist (Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118). Ein Selbstverschulden liegt jedoch nur dann vor, wenn der Besteller selbst, und zwar alleine, den Werkmangel zu verantworten hat. Nur bei einer ausschliesslichen Verantwortlichkeit des Bestellers rechtfertigt sich eine vollständige Haftungsbefreiung des Unternehmers. Dies setzt voraus, dass (i) der Besteller mit einer adäquat-kausalen Ursache an der Entstehung des Werkmangels beteiligt war, bspw. durch ein Fehlverhalten seinerseits oder einen anderen Umstand, für den er das Risiko trägt. Zudem muss (ii) die Ursache, für die der Besteller einzustehen hat, die alleinmassgebliche Ursache des Werkmangels bilden. Liegt lediglich ein beschränktes Selbstverschulden vor ("Mitverschulden" gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118), so führt dies zu keiner vollständigen Haftungsbefreiung des Unternehmers (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 2049 ff.). Ein Selbstverschulden liegt bspw. dann vor, wenn der Besteller dem Unternehmer Weisungen hinsichtlich der Werkausführungen erteilt und trotz einer Abmahnung durch den Unternehmer gemäss Art. 25 SIA-Norm 118 an diesen Anweisungen festhält (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 1937 f.). Ein Selbstverschulden liegt bspw. auch dann vor, wenn der Baugrund des Bestellers mangelhaft war. Mangelhaft bedeutet dabei, dass sich das vereinbarte Werk nicht mängelfrei erstellen lässt, da der Baugrund ungeeignet für das vereinbarte Werk ist. Allerdings trifft auch hier den Unternehmer eine unverzügliche Anzeigepflicht, sobald er die Untauglichkeit erkennt bzw. hätte erkennen müssen (Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118 unter Verweis

- 22 - auf Art. 365 Abs. 3 OR). Es genügt hierzu, dass der Unternehmer begründete Zweifel an der Eignung des Baugrunds hegt (GAUCH, a.a.O., Rz. 1986). Zur Anzeige- und Abmahnungspflicht gilt es Folgendes festzuhalten: Die Aufsicht, die der Bauherr durch die Bauleitung ausüben lässt, enthebt den Unternehmer nicht der gesetzlichen Pflicht (Art. 365 Abs. 3 OR), Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, der Bauleitung ohne Verzug anzuzeigen. Verletzt er diese Pflicht, so fallen nachteilige Folgen ihm selbst zur Last; es sei denn, die Bauleitung habe von den betreffenden Verhältnissen auch ohne Anzeige nachweisbar Kenntnis gehabt (Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Unternehmer hat die ihm übergebenen Pläne, den von ihm zu bearbeitenden Baugrund und die bestehende Bausubstanz nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten, noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Doch zeigt der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Ausführung seiner Arbeit erkennt, unverzüglich gemäss Abs. 1 und 2 an und macht die Bauleitung auf nachteilige Folgen aufmerksam (Abmahnung) (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118). Die gleiche Abmahnungspflicht trifft den Unternehmer, wenn er bei der Ausführung seiner Arbeit feststellt oder nach den Umständen feststellen muss, dass ihm erteilte Weisungen der Bauleitung fehlerhaft sind oder ihm Verantwortungen (z.B. hinsichtlich Gefährdung Dritter) auferlegen, die er glaubt, nicht übernehmen zu dürfen (Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118). Zu einer korrekten Abmahnung gehört dabei der Hinweis, dass die Weisung fehlerhaft sei, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (GAUCH, a.a.O., Rz. 1940).

E. 5.3

Vertraglich geschuldeter Leistungsumfang

E. 5.3.1

Zunächst stellt sich die Frage, inwiefern die Abdichtungsleistungen vertraglich geschuldet waren. Ein übereinstimmender wirklicher Parteiwillen zwischen der Klägerin und der F._____ AG kann nicht mehr eruiert werden. Demnach ist

- 23 - der Werkvertrag aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Die F._____ AG verpflichtete sich gemäss Werkvertrag die Baumeisterarbeiten BKP 211 zu einer "Auftragssumme pauschal netto CHF 1'785'657.90" zu erbringen (act. 3/4, S. 1). Die Beton- und Stahlbetonarbeiten BKP 211.5 sollten dabei hinsichtlich Bodenplatten, Wänden und Stützmauern mit wasserdichtem Beton ausgeführt werden (act. 3/4, S. 43-45). Zum Abdichten der Arbeits- und Bewegungsfugen sah der Werkvertrag Fugenbänder vor (act. 3/4 S. 58), als zusätzliches Abdichtungssystem für Arbeits- und Bewegungsfugen Injektionsschläuche (act. 3/4 S. 58 f.). Davon wurde nachträglich insofern in gültiger Weise abgewichen, als dass im Rahmen der Koordinationssitzung vom 17. Juli 2006 der F._____ AG die Wahl des Abdichtungssystems für Arbeitsfugen ab dem ersten Untergeschoss freigestellt wurde. Dies resultiert aus der entsprechenden Aktennotiz, welche sowohl von der Klägerin als auch von der F._____ AG unterzeichnet wurde (vgl. act. 3/7 [inhaltlich identisch mit act. 15/8] S. 2). Auch die Nutzungsvereinbarung hielt fest, dass die Wasserdichtigkeit des Untergeschosses mittels "einer starren Dichtung, d.h. mit wasserdichtem Beton", sowie mittels Abdichtung der Arbeitsfugen erreicht werden sollte (act. 3/6, Ziff. 4.2.7.). Auch wenn die F._____ AG selbst nicht Partei der Nutzungsvereinbarung war, weshalb mit ihr die vertraglichen Pflichten weder modifiziert noch erweitert werden konnten, verfügt sie dennoch über einen Beweiswert hinsichtlich der vereinbarten Leistungen, da es sich um ein zeitnahes Dokument handelt, das vor dem vorliegenden Rechtsstreit entstand (17. März 2006, vgl. act. 3/6, S. 7), und nicht davon auszugehen ist, dass die darin vereinbarten Parameter Vereinbarungen mit der F._____ AG oder anderen Beteiligten zuwiderlaufen.

E. 5.3.2

Werden im Rahmen eines Werkvertrags für alle oder einen grossen Teil der Leistungen Einheitspreise vereinbart, so liegt ein Einheitspreisvertrag vor. Dieser enthält zumeist ein Leistungsverzeichnis, welches sowohl Leistungspreis als auch Leistungsmenge aufführt (GAUCH, a.a.O., Rz. 931). Fehlt bei einer Position die voraussichtlich benötigte Menge und wird lediglich der Positionsbetrag angegeben, so liegt eine Per-Position vor (GAUCH, a.a.O., S. 383 Fn. 711). Leistungspositionen, welche im Leistungsverzeichnis als Per-Positionen aufgeführt werden, sind daher regelmässig zusätzlich zu vergüten und zwar nach Anzahl der hiervon be-

- 24 - nötigten Mengen (vgl. Art. 86 Abs. 4 SIA-Norm 118), es sei denn, die Parteien hätten trotz Leistungsverzeichnis keinen Einheitspreis, sondern einen Pauschalpreis vereinbart. Der Umstand, dass eine Leistungsposition als Per-Position vereinbart wurde, führt folglich dazu, dass die davon benötigten Mengen noch nicht in der Kostenschätzung (Hauptsumme) einkalkuliert werden. Auf die Leistungspflicht des Unternehmers hat dies dagegen keinen Einfluss. Dies muss umso mehr gelten, da die Preisabrede kein essentialium des Werkvertrags darstellt (vgl. Art. 374 OR). Die fraglichen Abdichtungsarbeiten, welche als Per-Positionen ausgewiesen wurden, sind im Leistungskatalog des Werkvertrags

aufgeführt (act. 3/4 S. 58-61; act. 15/5, S. 58-61). Insbesondere finden sich darunter auch die Combiflexfugenbänder. Der Werkvertrag lässt lediglich deren konkrete Meterzahl offen. Die Combiflexfugenbänder sowie sämtliche anderen Abdichtungsleistungen, welche lediglich als Per-Positionen ausgewiesen wurden, gehörten somit zum Leistungsumfang und waren durch die F._____ AG – wo notwendig – zu applizieren. Dies wird auch durch den Wortlaut der Nutzungsvereinbarung gestützt, welcher explizit die Wasserdichtigkeit des Untergeschosses festhält (act. 3/6 S. 6). Ob dagegen ein Einheitspreisvertrag mit Hauptsumme oder ein Pauschalpreis – worauf der Wortlaut des Werkvertrags tendenziell hindeutet – vereinbart wurde, ob mit anderen Worten die F._____ AG für die Per-Positionsleistung zusätzlich zu entlohnen gewesen wäre oder nicht, hat auf ihre Leistungspflicht keinen Einfluss und ist vorliegend nicht zu prüfen. Aus der von der Beklagten vorgetragene Unterscheidung zwischen Per-Positionen, welche "Reservepositionen" bildeten, und solchen, bei welchen aus bautechnischen Gründen die Mengen noch nicht bestimmbar seien (vgl. act. 66 Rz. 31 f.), kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine derartige Unterscheidung erscheint ohnehin als Scheinunterscheidung, da in beiden Fällen aus bautechnischen Gründen Unklarheit über die benötigten Mengen der entsprechenden Leistungsposition herrscht. Auch wenn noch nicht sicher ist, ob überhaupt eine derartige Leistung von Nöten ist, und wenn ja, wie viele, so gehen doch die Vertragsparteien übereinstimmend von deren grundsätzlicher Notwendigkeit aus, an-

- 25 - dernfalls hätten sie die Leistung nicht in das Leistungsverzeichnis aufgenommen. Die entsprechenden Leistungen sind damit im erforderlichen Umfang geschuldet. Selbst wenn – wie die Beklagte behauptet – die Bauleitung keine explizite Bestellung der Combiflexfugenbänder vorgenommen hätte, so wäre die F._____ AG als ausführende Bauunternehmung gemäss Art. 25 Abs. 3 und 4 SIA-Norm 118 zu einer entsprechenden Abmahnung verpflichtet gewesen. Dies hat sie jedoch unterlassen, obwohl die entsprechende Leistung im Leistungsverzeichnis aufgeführt wurde. Es ist demnach auch Aufgabe des Unternehmers als Fachmann zu eruieren, ob und in welchem Umfang die entsprechende Leistung aus baulichen Gründen notwendig wird, allenfalls in Rücksprache mit dem Besteller bzw. der Bauleitung. Unter Hinweis auf eine Per-Position kann die Beklagte folglich nicht die Verantwortung für die Abdichtung der vertikalen Fugen der Klägerin als Bestellerin überbinden. Fehl gehen die beklagtischen Ausführungen zur Abdichtung der Arbeitsfugen im zweiten Untergeschoss (act. 14 Rz. 25 f.), da streitgegenständlich die Arbeitsfuge im ersten Untergeschoss ist (act. 61 Rz. 12; act. 66 Rz. 153).

E. 5.3.3

Zu den Leistungen, welche die F._____ AG in Erfüllung des Werkvertrages zu erbringen hatte und welche damit auch in ihren Verantwortungsbereich fielen, zählen somit die Abdichtung sowohl der vertikalen Dilatationsfugen als auch der horizontalen Arbeitsfugen im ersten Untergeschoss.

E. 5.4

Undichtigkeit der Arbeitsfuge [Mangel 1] Die Beklagte bestreitet zwar nicht den Wassereintritt in den von der Klägerin bezeichneten Räumen, doch bestreitet sie eine von der F._____ AG zu verantwortende Undichtigkeit ihres Werks, welche zu solchen Wassereintritten geführt haben soll (act. 14 Rz. 19 ff., 66 ff.). Entsprechend dem

Beweisbeschluss vom 18. Juni 2015 wurde mit Experteninstruktion vom 23. Oktober 2015 Architekt HTL K. _____ als Gutachter beauftragt, zur Undichtigkeit der Arbeitsfuge Feststellungen zu machen (vgl. Beweisbeschluss vom 18. Juni 2015 Dispositivziff. 1 lit. a; act. 85 S. 3; Experteninstruktion vom 23. Oktober 2015 Frage 1; act. 97). Das in der Folge am 29. Januar 2016 erstattete Gutachten wurde den Parteien mit Verfügung vom 3. Februar 2016 zuge-

- 26 - stellt, wobei sie im Sinne von Art. 187 Abs. 4 ZPO aufgefordert wurden, zum Gutachten Stellung zu nehmen bzw. eine Erläuterung des Gutachtens oder Ergänzungsfragen zu beantragen (act. 104). Innert angesetzter Frist haben beide Parteien ausdrücklich auf Stellungnahme bzw. auf Erläuterung oder Ergänzung verzichtet (act. 106; act. 107). Soweit die Beklagte erstmals in ihrem Schlussvortrag vom 9. August 2016 eine Ergänzung bzw. Erläuterung des Gutachtens verlangt, ist sie mit diesen Eventualanträgen offensichtlich verspätet (act. 112). Im Gutachten wird zur Arbeitsfuge ausgeführt, es könne davon ausgegangen werden, dass die Undichtigkeit einzige Schadensursache für den Wassereintritt an besagter Stelle (Kellerecke der Familie E. _____, Keller E. _____, Raum 1-01) gewesen sei. Dies könne unter anderem daraus abgeleitet werden, dass seit der Instandstellung der von den Wasserschäden betroffenen Räumen vor 2 Jahren keinerlei Feuchtigkeitsanzeichen mehr aufgetreten seien. Es sei davon auszugehen, dass sich das Wasser vom Haus 7a ins Haus 7b ausgebreitet habe (act. 102 S. 2 Fragen 1 und 2). Der beklagte Hinweis, der Gutachter gehe bei der Beantwortung der Frage nicht auf die Arbeitsfuge ein (act. 112 Rz. 19), geht fehl: Die Antwort im Gutachten zur Frage 1 bezieht sich auf die Arbeitsfuge, was aus der Fragestellung, in welcher die Arbeitsfuge ausdrücklich erwähnt wird, klar hervorgeht. Dass aus einer durchgeführten Mangelbehebung auf das Vorliegen eines Mangels geschlossen werden kann, erscheint entgegen der Beklagten (act. 112 Rz. 20 ff.) nicht un schlüssig, wenn der Gutachter gestützt auf einen am 21. Januar 2016 durchgeführten Augenschein, gestützt auf die ihm zur Verfügung gestandenen Gerichtsakten und insbesondere gestützt auf die Ausführungen zur Schadenschronologie zu besagter Schlussfolgerung gekommen ist. Soweit die Beklagte vorbringt, beim Beton handle es sich um einen spröden Baustoff, weshalb Undichtheiten systembedingt seien und vor allem in den ersten Jahren nach Bauabschluss weitere Abdichtungsarbeiten (sog. Nachinjektionen) vorzunehmen seien, ihr die Zugänglichkeit zum Beton durch den Einbau eines Bodenbelags mit unterläufiger Konstruktion und der Dämmung jedoch verwehrt gewesen sei, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten (act. 66 Rz. 69 ff. und Rz. 100):

- 27 - Was die Beklagte hieraus zu ihren Gunsten ableiten möchte, ist nicht ersichtlich. Sie behauptet damit zwar, dass der F. _____ AG eine (frühzeitige) Nachbesserung – welche bei diesem Lösungsansatz absehbar gewesen sei – nicht bzw. nur unter erschwerten Bedingungen möglich gewesen wäre, sie trägt jedoch nicht vor, dass die F. _____ AG überhaupt bereit gewesen sei, solche Nachinjektionen vorzunehmen. Es ist demgegenüber vielmehr unbestritten, dass die F. _____ AG, nachdem die Klägerin ihr gegenüber den Wassereintritt gerügt hatte, jedwelche Nachbesserungsansprüche der Klägerin ablehnte (vgl. Ziff. 2.4 hiervor). Die Frage der Zugänglichkeit, d.h. ob eine nachträgliche Abdichtung mit geringem Aufwand überhaupt möglich gewesen wäre, stellte sich demzufolge gar nie. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten sind somit unbeachtlich.

E. 5.5

Undichtigkeit der Dilatationsfuge [Mangel 2] Die Undichtigkeit der Dilatationsfuge der Tiefgarage im Bereich des Besucher- parkplatzes begründet die Klägerin damit, dass die F._____ AG es unterlassen habe, von aussen ein Combiflexfugenband zu applizieren. Die Beklagte bestreitet die Behauptung, die F._____ AG habe an den Dilatationsfugen keine Abdichtungsarbeiten vorgenommen, nicht (vgl. act. 14 Rz. 122). Ihr Argument, wonach die Abdichtung der vertikalen Fugen gar nicht zum Leistungsumfang der F._____ AG gehört habe, geht jedoch – wie hiervor dargelegt (vgl. Ziff. 5.3) – fehl. Es ist damit unbestritten und erstellt, dass die F._____ AG an der streitgegenständlichen Dilatationsfuge keine Abdichtungsarbeiten vorgenommen hat, obwohl sie vertraglich zur Fugenabdichtung verpflichtet gewesen war. Somit ist die von der Klägerin behauptete Abweichung des Werks vom vertraglich Vereinbarten – mit- hin der von ihr behauptete Werkmangel – hinsichtlich der Dilatationsfuge gegeben.

E. 5.6

Zwischenfazit Der Klägerin gelingt somit der Beweis, dass die Arbeitsfuge bei der Kellerecke C._____strasse 7a [Mangel 1] undicht war. Zudem wäre die F._____ AG verpflichtet gewesen, die Dichtigkeit der Dilatationsfuge [Mangel 2] zu gewährleisten. Da das Gutachten vom 29. Januar 2016 weder Mängel aufweist noch der Erläute-

- 28 - rung oder Ergänzung bedarf, besteht für das Gericht kein Anlass, von Amtes wegen eine Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens einzuholen.

E. 5.7

Selbstverschulden des Bestellers bzw. der Klägerin

E. 5.7.1

Einleitung Die Beklagte trägt Ursachen vor, die ihrer Ansicht nach zur Undichtigkeit der Fugen geführt haben sollen, jedoch nicht von der F._____ AG zu verantworten seien, da sie sich im Verantwortungsbereich der Klägerin befunden hätten. Sie macht damit sinngemäss ein Selbstverschulden der Klägerin für die Undichtigkeit und damit für die Mangelhaftigkeit des Werks der F._____ AG geltend.

E. 5.7.2

Höhenposition der Sickeranlage und der Gebäude Die Beklagte hält diesbezüglich dafür, dass aufgrund der Höhe des Grundwasserspiegels sowie des nicht sehr durchlässigen Untergrundes bei grösserem Regenfall die Fundamentplatten im Wasser stehen könnten. Beweismittel hierzu nennt sie keine (vgl. act. 14 Rz. 27). Ursächlich hierfür sei weiter die Höhenposition der Sickeranlage und der Gebäude, welche auch für die Wahl der Abdichtungsmassnahmen von Bedeutung sei. Die F._____ AG habe wohl die Sickerleitungen gebaut, jedoch habe sie über die Fassung und Ableitung des Meteor- und Sickerwassers keine über den Kanalplan 76a hinausgehenden Angaben gehabt. Die F._____ AG habe daher nicht wissen können, dass das Meteorwasser wegen des nicht sehr durchlässigen Bodens kaum versickere und mangels einer ausreichenden Fassung "liegen bliebe" (act. 14 Rz. 29-32). Die Beklagte versucht damit offenbar den Wassereintritt mit einem – ihrer Ansicht nach – mangelhaften Sickersystem für den vorliegenden Baugrund in Zusammenhang zu bringen, für welches die Klägerin die Verantwortung trage, da dies der F._____ AG nicht bekannt gewesen sei. Wie genau das Sickersystem für den Wassereintritt verantwortlich sein soll, erschliesst sich nicht aus den beklagteschen Ausführungen. Es bleibt unklar, ob die Beklagte damit allenfalls einen hö-

- 29 - heren Druck auf die Arbeitsfugen, welchen sie nicht vorhersehen konnte (einen Wasserdruck, der von der Beklagten anderenorts als zu klein bezeichnet wird, als dass er einen Wassereintritt verursachen könnte, vgl. Ziff. 6.1.3.3 hernach) oder möglicherweise einen alternativen Eintrittsweg des Wassers über die Fundamentplatten aufzeigen will, oder damit sonst eine andere beklagte Theorie stützen möchte. Aufgrund dessen sind die dahingehenden Ausführungen der Beklagten nicht weiter zu hören, zumal auch keine entsprechenden Beweismittel genannt werden.

E. 5.7.3

Abdichtungskonzept der Klägerin Als nächstes trägt die Beklagte vor, das Abdichtungskonzept der Klägerin für den gesamten Gebäudekomplex sei mangelhaft gewesen, was die F._____ AG jedoch aufgrund der Komplexität des Abdichtungskonzepts zum Bauzeitpunkt nicht habe erkennen können. Erst aufgrund einer ex-post-Betrachtung nach intensiven Abklärungen eines Ingenieurs sei diese Mangelhaftigkeit ersichtlich geworden (act. 14 Rz. 33, 38; act. 66 Rz. 101). Es ist vorab festzuhalten, dass sie mit dieser pauschalen Behauptung kein klägerisches Selbstverschulden für die Undichtigkeit der Fugen genügend substantiiert darlegt. Im Zuge ihrer Argumentation trägt die Beklagte jedoch konkrete Beispiele vor, welche sinngemäss als Selbst- bzw. Mitverschulden der Klägerin verstanden werden können. Dazu, was folgt: (1) Die notwendigen Combiflexfugenbänder hätten in den Plänen gefehlt, und für das Abdichten der vertikalen Fugen sei die F._____ AG ohnehin nicht verantwortlich gewesen, da die Abdichtungsleistungen Per-Positionen darstellten (act. 14 Rz. 39). Dieser beklagte Einwand bezieht sich offenbar auf die Dilatationsfugen. Dass die F._____ AG sehr wohl für das Abdichten der vertikalen Dilatationsfugen verantwortlich war, wurde bereits hiervor dargelegt (vgl. Ziff. 5.3 hier vor). Auch das Argument der angeblich zu grossen Komplexität des Abdichtungskonzepts ist nicht zu hören. Aufgrund des Vorgetragenen ist nämlich nicht nachvollziehbar ist, weshalb die F._____ AG als professionelle Baumeisterin, deren ihr übertragene Arbeiten auch das Erstellen eines wasserdichten Untergeschosses eines Zweifamilien- und eines Mehrfamilienhauses umfasste, nicht in der Lage gewesen sein sollte, das ihr hierfür vom Bauingenieur vorgeschlagene Abdichtungskonzept kritisch zu hinterfragen, insbesondere wenn es der F._____ AG hinsichtlich bedeutender Abdichtungsarbeiten freistand, ein geeignetes Abdichtungssystem zu verwenden. Um ein passendes Abdichtungssystem überhaupt wählen zu können, musste sich die F._____ AG zuerst über sämtliche hierfür entscheidende Parameter im Klaren sein, insbesondere auch über die Fassung sowie die Ableitung des Sicker- und Meteorwassers, gerade wenn sie auch mit dem Bau der Sickerleitung betraut worden war. Das Argument der Beklagten, den Combiflexfugenbändern, welche nach ihrer eigenen Aussage die F._____ AG noch mit Stückzahl offeriert habe und im Werkvertrag nachweislich als Per-Position aufgeführt wurden, sei zu wenig Beachtung geschenkt worden, ist hierzu ebenso unbehelflich. Die Beklagte räumt damit gerade ein, dass die F._____ AG von der Notwendigkeit dieser Fugenbänder ausging. Auch aus dem von der Beklagten behaupteten Umstand, dem Polier der F._____ AG sei die Endabdichtung beim Doppeleinfamilienhaus gegen die Tiefgarage und die Freisitze hin nicht ersichtlich gewesen (act. 14 Rz. 40), kann die Beklagte – selbst wenn sie dies nachweisen könnte – nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gemäss beklagter Darstellung erschien der F._____ AG das Abdichtungskonzept der Klägerin folglich mangelhaft. Sie konnte dies mit anderen Worten selbst erkennen. Von einer zu grossen Komplexität für eine entsprechende Abmahnung

gegenüber der Klägerin ist damit nicht auszugehen. Es ist daher der Klägerin zuzustimmen, dass, falls die F._____ AG tatsächlich von dem von der Beklagten geltend Gemachten ausging, sie zur Abmahnung gemäss Art. 25 SIA-Norm 118 verpflichtet gewesen wäre, was sie je- doch offenkundig unterliess. (2) Das beklagtische Argument der Widersprüchlichkeit der Pläne, was je- doch erst ex post habe festgestellt werden können (act. 14 Rz. 42), vermag eben- so wenig zu überzeugen. Waren die Detailpläne 102 und 105 tatsächlich wider- sprüchlich, wie dies die Beklagte behauptet, so ist nicht ersichtlich und wird durch die Beklagte auch nicht schlüssig vorgetragen, weshalb dies erst aus einer ex- post-Betrachtung für die F._____ AG erkennbar gewesen sein soll. Die F._____ AG wurde als professionelles Bauunternehmen für die Baumeisterarbeiten hinzu- gezogen. Als solches hätte sie Widersprüchlichkeiten erkennen müssen. Und wä- re es tatsächlich vorliegend aufgrund spezieller Umstände ex ante unmöglich ge-

- 31 - wesen, die angeblichen Widersprüche der Pläne zu erkennen, so hätte die Be- klagte diese ausserordentlichen Umstände substantiiert vortragen müssen, damit hierüber hätte Beweis abgenommen werden können bzw. der Klägerin ein sub- stantiiertes Bestreiten möglich gewesen wäre, was die Beklagte jedoch unterlas- sen hat. Zudem wäre – selbst wenn von einer Widersprüchlichkeit auszugehen wäre, welche die F._____ AG nicht hätte erkennen können – damit nicht klar, in- wiefern dieser Widerspruch zu einer Undichtigkeit der Fugen und somit zu den unbestrittenen Wassereintritten geführt hätte. Die Beklagte beschränkt sich in ih- rer Darstellung auf den Hinweis, dass dadurch "das Meteorwasser von der Brüs- tungsoberkante über die Aussenwand direkt auf die Fensterbrüstung fliessen [könne]" (act. 14 Rz. 42). Weitere Ausführungen macht sie nicht. Ihr Einwand ist damit nicht genügend substantiiert. Auch das Argument, es sei aus den Detailplä- nen nicht ersichtlich gewesen, wie die vertikalen Arbeitsfugen abzudichten gewe- sen seien (act. 14 Rz. 42), vermag nicht zu überzeugen. Aus der Aktennotiz ist ersichtlich, dass Arbeitsfugen im zweiten Untergeschoss mittels Injektions- schlauch und ab dem ersten Untergeschoss gemäss dem präferierten System der Baumeisterin abzudichten waren. Standen Ingenieurpläne dieser Abmachung entgegen, so wäre es Sache der F._____ AG als ausführende Baumeisterin ge- wesen, die Klägerin hierauf aufmerksam zu machen und eine Klärung des Wider- spruchs anzustreben. (3) Gleiches gilt für das Argument der inkompatiblen Abdichtungskonzepte der Dilatationsfugen in der Tiefgarage und des Doppeleinfamilienhauses (act. 14 Rz. 43). Auch hier wäre die F._____ AG verpflichtet gewesen – falls diese Inkom- patibilität denn zutreffen sollte, was die Klägerin bestreitet (act. 61 Rz. 21) –, die Klägerin hierauf hinzuweisen (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118). Hinsichtlich der In- kompatibilität beruft sich die Beklagte auch nicht auf Unkenntnis aufgrund zu ho- her Komplexität o.Ä. Sie führt gar keine Begründung für das Unterlassen der Ab- mahnung an. Ihr Argument, die F._____ AG sei ohnehin zur Abdichtung der Dila- tationsfugen in der Tiefgarage vertraglich nicht verpflichtet gewesen, trifft – wie bereits dargelegt (vgl. Ziff. 5.3 hiervor) – nicht zu.

- 32 - (4) Auf den von der Beklagten ins Recht gelegten Fotografien der Tiefgarage (act. 15/21, 22) soll gemäss ihren eigenen Ausführungen nicht ersichtlich gewe- sen sein, wie die Dilatationsfugen im Bereich Oberkante der Tiefgaragendecke abgedichtet worden seien (act. 14 Rz. 44). Die Klägerin wendet dagegen ein, die F._____ AG sei selbst verantwortlich gewesen für die Dichtigkeit der Arbeits- und Bewegungsfugen (act. 61 Rz. 22). Dem ist – wie hiavor dargelegt (vgl. Ziff. 5.3 hiervor) – zuzustimmen. Die Beklagte kann demnach aus den Fotografien nichts zu ihren Gunsten ableiten. (5) Hinsichtlich der

beklagtischen Ausführungen die Armierung betreffend (act. 14 Rz. 45) gilt ebenfalls das bereits Festgehaltene: War die Armierung tatsächlich für die vorhergesehene Bauweise ungenügend, so hätte die F._____ AG dies erkennen und ihrer Pflicht zur Abmahnung (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118) nachkommen müssen. Lagen besondere Umstände vor, welche dies der F._____ AG vorliegend verunmöglicht hätten, so hätte die Beklagte diese darlegen müssen, was sie jedoch nicht getan hat. Es ist aufgrund des vorliegend unbestrittenen Sachverhalts nicht ersichtlich, weshalb ein solcher von der Beklagten behaupteter Mangel des Armierungskonzepts – falls ein solcher vorgelegen hätte – die F._____ AG als professionelle Bauunternehmung nicht hätte erkennen können. Es wird überdies von der Beklagten ohnehin nicht dargelegt, inwiefern die von ihr aufgeworfene Frage der Armierung mit den konkreten Wassereintritten zusammenhängen soll. (6) Auch das beklagtische Argument, der Ort der Arbeitsfuge im Keller des Doppelfamilienhauses sei ungünstig gewählt (act. 14 Rz. 46), ist unbehelflich. Alleine der Umstand, dass eine andere Planung eindringendem Wasser allenfalls eine geringere Angriffsfläche geboten hätte und die Dichtigkeit der Fugen dadurch leichter zu gewährleisten gewesen wäre, stellt noch kein fehlerhaftes Abdichtungskonzept und somit auch kein Selbstverschulden der Klägerin dar. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, dass eine derartige Fuge nicht abdichtbar gewesen sei. Sie trägt weiter vor, dass sich "der vorgesehene Comax, Position 19, an dieser Stelle nicht zum Abdichten [eignen]" würde. Ihre Behauptung führt sie indes nicht weiter aus und begründet ihre Meinung auch nicht näher. Auch

- 33 - macht sie weder geltend noch begründet sie in substantiiertem Weise, weshalb der F._____ AG eine dahingehende Abmahnung gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 nicht möglich gewesen wäre. (7) Das beklagtische Argument der Kondenswasserbildung aufgrund einer Raumnutzung (act. 14 Rz. 47), dasjenige des undichten Eingangsbereichs (act. 14 Rz. 48) sowie die beklagtischen Ausführungen hinsichtlich der Abdichtung im Bereich der Terrasse (act. 14 Rz. 49) betreffen nicht das Bestehen des Werkmangels (Undichtigkeit der Arbeits- und Dilatationsfuge an den beiden streitgegenständlichen Stellen), sondern vielmehr die Kausalität zwischen einem solchen Werkmangel und etwaigen daraus resultierenden Mangelfolgeschäden (Schäden verursacht durch den Wassereintritt im Hausinnern). Auf diese Argumente wird hiernach (vgl. Ziff. 6.1.3.3) an entsprechender Stelle detailliert einzugehen sein. Es ist somit festzuhalten, dass – selbst wenn der Beklagten der Nachweis der angeführten Beispiele gelingen würde – sie damit noch kein klägerisches Selbstverschulden für die Undichtigkeit der streitgegenständlichen Fugen nachgewiesen hätte. Zudem betreffen viele der von ihr behaupteten Planungsmängel des Abdichtungskonzepts Gebäudeteile, welche die F._____ AG im Rahmen ihrer Baumeisterarbeiten selbst zu erstellen hatte. Diesbezüglich hätte die F._____ AG ohnehin eine Abmahnungspflicht gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 getroffen, welcher sie aber offenkundig in keinem der behaupteten Fälle nachkam. Die Beklagte vermag dabei weder plausibel darzulegen noch zu beweisen, weshalb die F._____ AG als professionelles Bauunternehmen diese Mängel, welche die Beklagte oftmals als grundlegend darstellt, aufgrund einer von der Beklagten behaupteten, aber nie im Konkreten dargelegten "Komplexität" nicht hätte erkennen können. Die F._____ AG wäre folglich in diesen Fällen – selbst wenn die von der Beklagten behaupteten Planungsmängel bestünden – aufgrund der verletzten Abmahnungspflicht ohnehin ersatzpflichtig.

E. 5.7.4

Zwischenfazit Die Beklagte vermag im Ergebnis kein Selbstverschulden seitens der Klägerin in Bezug auf die Werkmängel nachzuweisen.

- 34 -

E. 5.8

Fazit Sowohl die Undichtigkeit der Arbeitsfuge bei der Kellerecke der Haushälfte C._____strasse 7a [Mangel 1] als auch die Undichtigkeit der Dilatationsfuge im Bereich des Besucherparkplatzes [Mangel 2] stellen Werkmängel dar.

E. 6

Mängelrechte (Art. 169 ff. SIA-Norm 118)

E. 6.1

Ersatz für bisher aufgewendete Kosten/ Mangelfolgeschaden

E. 6.1.1

Einleitung Die Klägerin macht insgesamt Kosten von CHF 34'613.15 für "Mängeleruierung, Ersatzvornahme sowie Mangelfolgeschaden" geltend (act. 1 Rz. 42). Eine genauere Einordnung der einzelnen angeführten Positionen nehmen die Parteien nicht vor; dies kann vorliegend auch unterbleiben, da die in Frage kommenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind, unabhängig davon, ob eine Qualifikation als Mangelfolgeschaden bzw. als Nachbesserungskosten erfolgt, wie die nachfolgenden Ausführungen erhellen.

E. 6.1.2

Ersatzvornahme von Nachbesserungskosten Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118

E. 6.1.2.1

Rechtliches Bei jedem Mangel hat der Besteller zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die SIA-Normen sehen in Abweichung der gesetzlichen Regel damit ein Vorrang der Nachbesserung vor (Gauch, a.a.O., Rz. 2658). "Angemessen" ist eine Nachfrist, wenn sie für einen versierten Unternehmer unter den gegebenen Umständen ausreicht, um das Erforderliche vorzukehren. Wird eine zu kurze Frist angesetzt, muss der Unternehmer diese jedoch gegen sich gelten lassen, wenn er gegen die zu kurze Dauer nicht umgehend protestiert (GAUCH, a.a.O., Rz. 884 f.). Sämtliche Kosten der Nachbesserung (Mängeleruierungskosten, Mangelbehebungskosten, zusätzliche Bauleitungskosten sowie Verbesserungskosten von Schäden an anderen Werkteilen entstanden

- 35 - durch die Mängeleruierung bzw. -behebung) sind zu ersetzen, soweit sie im Verhältnis zum Interesse des Bestellers an der Mängelbeseitigung nicht übermässig sind (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Besteller angesetzten Frist nicht behebt, ist der Besteller unter anderem berechtigt, diese auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beheben zu lassen (Ersatzvornahme; Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Der Ersatzanspruch für solche Ersatzvornahmen beschränkt sich dabei auf den Ersatz derjenigen Kosten, die der Besteller unter Vermeidung unnötigen Aufwands nach pflichtgemäßem Ermessen aufwendet. Es

muss ihm dabei allerdings gestattet sein, einen Fachmann seines Vertrauens beizuziehen, auch wenn dieser nicht der günstigste ist. Übermässige Kosten liegen daher nicht bereits dann vor, wenn die Vergütungsansprüche des Ersatzunternehmers, die Kosten zu denen der Unternehmer selber arbeiten würde, betragsmässig übersteigen (GAUCH, a.a.O., Rz. 871).

E. 6.1.2.2

Ablauf der angemessenen Nachbesserungsfrist Mit Schreiben vom 29. November 2012 setzte die Klägerin der F._____ AG eine fünftägige Nachbesserungsfrist zur Abdichtung der Arbeitsfuge im Untergeschoss der Haushälfte C._____strasse 7a [Mangel 1] sowie zur Abdichtung der Fuge in der Tiefgarage [Mangel 2], welche der F._____ AG bereits vorgängig durch M._____ telefonisch angesetzt worden sei und am 3. Dezember 2012 enden würde (act. 1 Rz. 34; act. 3/28). Da beide Fristen unbestrittenermassen unbenutzt verstrichen und die F._____ AG nicht gegen deren Angemessenheit remonstrierte (act. 1 Rz. 36 f.; unbestritten in act. 14 Rz. 126), durfte die Klägerin ohne weiteres Ersatzvornahmen hinsichtlich beider Werkmängel durch einen Dritten auf Kosten der F._____ AG veranlassen, es sei denn, die Kosten hierfür wären übermässig oder die hierzu vorgesehenen Aufwendungen unnötig.

E. 6.1.2.3

Verweigerungsrecht aufgrund übermässiger Nachbesserungskosten?

- 36 - Soweit die Beklagte sinngemäss geltend, die von der Klägerin veranschlagten Kosten seien übermässig im Verhältnis zum Interesse der Klägerin an der Mängelbeseitigung bzw. unnötig, erweist sich dieser als Einwand als unsubstantiiert (vgl. Ziff. 6.1.4 hernach).

E. 6.1.2.4

Zwischenfazit Die Voraussetzungen für den Ersatz von Nachbesserungskosten gestützt Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 liegen damit vor.

E. 6.1.3

Mangelfolgeschaden Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 368 und Art. 97 ff. OR

E. 6.1.3.1

Rechtliches Ist aufgrund eines Werkmangels ein Schaden entstanden (Mangelfolgeschaden), so hat der Besteller neben und ausser den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 (Mängelrechte) das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe von Art. 368 und 97 ff. OR (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118). Mangelfolgeschäden sind stets Schäden, die einerseits ihre Ursache in einem Werkmangel haben, andererseits aber nicht auf diese Mangelhaftigkeit selbst bezogen sind, sondern als weitere Folge hinzutreten (BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 172 zu Art. 368 OR). Ein Schaden stellt dabei eine unfreiwillige Vermögensverminderung dar, welche in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder in Form von entgangenem Gewinn bestehen kann. Die Beschädigung einer Sache führt regelmässig zu einer Verminderung der Aktiven (CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, OR I, 5. Aufl. 2011, N 3, 6 zu Art. 41 OR). Zwischen Werkmangel und Mangelfolgeschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Hierzu muss der Werkmangel *conditio sine qua non* für den eingetretenen Mangelfolgeschaden sein (natürliche Kausalität). Es genügt dabei der Nachweis der überwiegenden

Wahrscheinlichkeit (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht

- 37 - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, Rz. 1918). Der natürliche Kausalzusammenhang stellt eine Tatfrage dar (BGE 87 II 117 S. 126 E. 6b), welche von der beweisbelasteten Partei zu behaupten und zu beweisen ist. Zudem muss der Werkmangel nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet gewesen sein, Mangelfolgeschäden wie die geltend gemachten hervorgerufen zu haben (sog. Adäquanz; vgl. HUGUENIN, a.a.O., Rz. 1921). Die Adäquanz ist im Gegensatz zur natürlichen Kausalität eine reine Rechtsfrage (THEO GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, Rz. 23). Da es sich um eine Verschuldenshaftung handelt, muss den Unternehmer zudem ein Verschulden treffen, damit eine Haftung eintritt (GAUCH, a.a.O., Rz. 1887). Der Besteller hat den Bestand und die Höhe des Mangelfolgeschadens sowie dessen natürliche Kausalität zum Werkmangel zu beweisen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1879, 1884). Das Verschulden wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR gesetzlich vermutet, weshalb den Unternehmer die Beweislast dafür trifft, "dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle" (sog. Exkulpation, GAUCH, a.a.O., Rz. 1891).

E. 6.1.3.2

Schaden Zur Schadenshöhe bzw. zum Quantitativ vgl. Ziff. 6.1.4 nachfolgend.

E. 6.1.3.3

Natürlicher Kausalzusammenhang Die Beklagte bestreitet, dass die Ursache des Wassereintritts im Werk der F._____ AG liege, weshalb es an der Kausalität fehle (act. 14 Rz. 127; act. 66 Rz. 82 ff.). Der Klägerin obliegt der Hauptbeweis hinsichtlich des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Werkmangel und dem Mangelfolgeschaden. Wie bereits erwähnt, wird im Gutachten ausgeführt, dass Wasser durch die undichte Arbeitsfuge im Kellereck der Haushälfte C._____strasse 7a (Familie E._____) in das Gebäude eindrang, sich dort auf dem Untergeschoss verteilte und sich anschliessend auf die Seite der C._____strasse 7b ausbreitete (vgl. Ziff. 5.4 hiervor). Die von der Beklagten hinsichtlich der Kausalität (sinngemäss) erhobenen Einwände

- 38 - sind nachfolgend zu prüfen, wobei erneut festzuhalten ist, dass die Beklagte mit der im Schlussvortrag beantragten Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens verspätet ist (vgl. Ziff. 5.4 hiervor). (1) Als Gegenbeweis bringt die Beklagte zunächst vor, aufgrund des fehlenden Wasserdrucks habe das Wasser in der Ecke im Keller E._____ durch die Arbeitsfuge gar nicht eintreten können. In diesem Bereich bestehe ein mit Kiessand gefüllter Schacht, der oben mit einem Kragplattenanschluss an der Fassade versehen sei. Die Bodenplatte weise innerhalb des Schachts sechs Löcher auf, durch die das eindringende Wasser ablaufen könne. Im Rahmen der Sanierung bzw. Ursachenforschung seien oberhalb der Bodenplatte von der Tiefgarage aus drei Bohrungen in den aufgefüllten Schacht vorangetrieben worden, um den Wasserstand im Aussenschacht festzustellen, dabei habe im Schachtinnern kein Wasser nachgewiesen werden können. Seit den Bohrungen sei auch nie Wasser sichtbar durch die Bohrlöcher geflossen, was bedeute, dass das Material nicht durchnässt sei und somit kein Wasserdruck auf die Arbeitsfuge in der Kellerwand wirke, weshalb durch die Fuge auch kein Wasser eindringen könne (act. 14 Rz. 77; act. 66 Rz. 102). Die Klägerin bestreitet dies. Die Unterkante der Sondierbohrungen befänden sich ca. 5 cm über der Oberkante der Schachtbodenplatte. Bei einer undichten Stelle im Boden-Wand-Bereich genüge ein minimaler Druck (1 cm oder weniger), um Wasser durchzulassen (act. 61 Rz. 44). Im Gutachten wird dazu Folgendes ausgeführt: Aufgrund

des Fundationskonzepts und des Umstands, dass im Boden/Wandbereich des Kellerraumes Nr. 1-01 im Haus 7a seit der Instandstellung vor 2 Jahren keine Schäden mehr aufgetreten seien, müsse das eingedrungene Wasser auf angestautes Hangwasser zurückgeführt werden (act. 102 S. 3 Frage 3). Daraus ist zu folgern, dass der Wasserdruck an der besagten Stelle nicht zu tief war, um über die Arbeitsfuge eindringen zu können. Auch hier vermag die Beklagte nichts darzutun (act. 112 Rz. 25), was die Schlüssigkeit des Gutachtens zu erschüttern vermöchte, wenn aus dem Fundationskonzept und aufgrund der Tatsache, dass kein weiterer Wassereintritt mehr

- 39 - erfolgt ist, die besagte Schlussfolgerung gezogen wird, womit dieser Gegenbeweis der Beklagten misslingt. (2) Die Beklagte sieht sodann in der Gestaltung des Hauseingangs des Doppel-einfamilienhauses eine Ursache für den Wassereintritt. Da ein Vordach fehle und der Eingangsbereich als eigentliche "Wanne" gestaltet worden sei, welche unter den Platten aus einer Kiesschicht bestehe, habe sich dort das Schnee- und Regenwasser sammeln können. Die Abflussrinne sei jedoch erst auf einer Höhe von 17 cm ab Boden dieser Wanne eingebaut worden, weshalb sich das Wasser dort zuerst gestaut habe, bevor es abfließen könne. Dieses gestaute Wasser habe sich den Weg in den Eingangsbereich gesucht (act. 14 Rz. 48; act. 66 Rz. 119). Die Beklagte führt weiter aus, dass das Wasser sich im Hausinneren einen Weg gesucht und sich unterläufig in sämtliche Räume verteilt habe, wo es auch heute noch "anzutreffen" sei. Das Wasser sei jedoch nicht liegen geblieben, sondern habe sich verteilt, da die Bodenkonstruktion nicht wasserdicht gewesen sei. So seien bei der Haushälfte C._____strasse 7b (Familie D._____) Wasserschäden u.a. auch im Treppenhaus mit Verbindungsgang zum Party- und Büroraum, im Partyraum sowie beim Treppenaufgang zur Aussenterrasse aufgetreten. Im Partyraum habe sich stehendes Wasser zwischen der Bodenplatte sowie über der Abdichtung in der Wärmeisolation der Bodenkonstruktion befunden. Auch ein Wassereintritt beim Fenster im Partyraum der Haushälfte der Familie D._____ sei hierauf zurückzuführen (act. 14 Rz. 69 ff.). Die Klägerin bestreitet diese Ausführungen der Beklagten insofern, als dass die beiden Wassereintritte im Eingangsbereich, welche durch eine unkontrollierte Bohrung des Elektrikers bzw. durch eine schadhafte Wasserdichtung beim Vorplatz-Rahmen der Eingangstüre verursacht worden seien, durch die Klägerin vollständig behoben worden seien. Der von ihr gerügte Mangel beim Wand-Boden-Anschluss der Kellerecke der Haushälfte C._____strasse 7a (Familie E._____) sei denn auch ca. fünf Meter von diesen Mängeln im Eingangsbereich entfernt und habe eine gänzlich andere Ursache (act. 61 Rz. 38 f.). Im Gutachten wird dazu ausgeführt, dass kein Wasser im Bereich der Eingangsfront eingedrungen sei, zumal in den letzten 2 Jahren keine Feuchtigkeitsinfiltrati-

- 40 - on habe festgestellt werden können (act. 102 S. 3 f. Frage 4). Entgegen der Beklagten (act. 112 Rz. 27) ist klar, dass sich die Antwort auf Schnee- und Regenwasser im Eingangsbereich bezieht; dies ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen Antwort und Fragestellung. Wiederum erscheint der aus dem Augenschein, den Akten und den Angaben zur Schadenschronologie gezogene Schluss, dass der Eingangsbereich für den Wassereintritt nicht ursächlich ist, schlüssig. Der Gegenbeweis der Beklagten, wonach für den Wasserschaden die Gestaltung des Eingangsbereichs verantwortlich sei, gelingt damit nicht. (3) Die Beklagte trägt weiter vor, dass die der F._____ AG nicht bekannte Umnutzung des Kellerraums der Familie D._____ (Raum Nr. 2-01) als Gästezimmer bzw. Partyraum einen höheren Temperaturunterschied zwischen der Aussenwand und dem Rauminnern zur Folge gehabt habe, sodass sich Kondenswasser gebildet habe. Zudem sei

durch einen Anstrich mit luftundurchlässiger Latexfarbe die Aufnahme des Wasserdampfs unterbunden worden, weshalb der austretende Wasserdampf nicht habe aufgenommen werden können. Dies habe zu den besagten Wasserschäden (Blasenbildung) bei Familie D._____ geführt (act. 14 Rz. 51-59). Die Klägerin hält hingegen dafür, dass kein Dampf, sondern Wasser eintrat (act. 61 Rz. 11). Sie bestreitet daher einen Zusammenhang zwischen dem von ihr geltend gemachten Wassereintritt sowie der Dampfdichte des Betons. Sie mache denn auch keine Mangelhaftigkeit des Betons geltend, sondern der Fugen (act. 61 Rz. 28). Sie räumt zwar ein, dass die Latexfarbe "allenfalls ungeeignet" gewesen sei, doch sei diese für den Mangel irrelevant. Insbesondere sei in der Haushälfte C._____strasse 7a (Familie E._____) keine Latexfarbe verwendet worden und gleichwohl sei auch dort Wasser eingetreten. Es sei daher auch "kein Dampf durch den Beton [eingedrungen] bzw. lediglich im für diese Konstruktion üblichen und unschädlichen Mass" (act. 61 Rz. 31 f.). Dieser beklagtes Behauptung wird im Gutachten entgegengehalten, dass eine Kondenswasserbildung auf der inneren Wandoberfläche bei der vorhandenen Aussenwandkonstruktion infolge eines Partybetriebs ausgeschlossen werden könne. Die inneren Wandoberflächentemperaturen würden 19 - 21 Grad betra-

- 41 - gen. Damit es zur Kondenswasserbildung kommen könne, müsse die Wandoberfläche unter eine Temperatur von 14 Grad sinken (act. 102 S. 4 Frage 5). Somit misslingt der Gegenbeweis, wonach die Bildung von Kondenswasser durch eine Umnutzung des Kellerraums ursächlich für den entstandenen Wasserschaden war. (4) Als nächstes trägt die Beklagte vor, der Wassereintritt hätte auch durch eine "oberhalbgelegene Undichtigkeit" erfolgen können, also durch Fugen, für deren Abdichtung die F._____ AG nicht verantwortlich gewesen sei. Es sei aufgrund des insgesamt mangelhaften Abdichtungssystems davon auszugehen, dass bspw. auch das Tiefgaragendach undicht gewesen sei (act. 14 Rz. 78). Überdies sei im Bereich des Lichtschachts des Partyraums (Bastelraum Nr. 2-02) der Familie D._____ Wasser durch eine vertikale Fuge eingedrungen, welche erst nach vollständiger Verkittung dicht gewesen sei (act. 14 Rz. 79). Die Klägerin bestreitet dies (act. 61 Rz. 45). Auch hiermit möchte die Beklagte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen einer (etwaigen) Undichtigkeit der Arbeitsfuge sowie den vorliegend fraglichen Wasserschäden in Zweifel ziehen. Die Beklagte stellt jedoch lediglich Vermutungen an und nennt Beispiele für (mögliche) Undichtigkeiten, welche sie jedoch nicht in einen direkten Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Wassereintritten im Untergeschoss der beiden Haushälften C._____strasse 7a und 7b stellt. In bloss allgemeiner Weise stellt sie in den Raum, dass auch die Gebäudeteile oberhalb des Untergeschosses undicht sein könnten. Ihre Behauptungen sind damit reine Vermutungen und zudem pauschal und ungenau. Die Beklagte kommt damit ihrer Substantiierungspflicht nicht genügend nach. Ihr diesbezüglicher Einwand ist folglich nicht zu hören. (5) Schliesslich bringt die Beklagte vor, oberhalb der Tiefgarage befände sich der Sitzplatz des vorgelagerten Gartens, dessen darunterliegende Konstruktion wie ein Auffangbecken fungiere und aus welchem das Regenwasser nicht abgeleitet werde. Der vorgelagerte Garten sei daher stetig durchnässt, weshalb an besagter Stelle ein permanenter Wasserdruck auf die Betonkonstruktion herrsche. Da das Wasser mangels Druck nicht durch die von der Klägerin gerügten Stellen

- 42 - habe eindringen können, sei davon auszugehen, dass dieses Wasser oben zwischen der Decke der Tiefgarage und der Aussenwand des Doppeleinfamilienhauses E._____ in die Dilatationsfuge gelange. Da diese durch ein Drittunternehmer einzig mit einem

Combiflexfugenband abgedichtet und hiernach nur eine bitumi- nöse Abdichtung angebracht worden sei, könne das Wasser in diesem Bereich hinter die Isolationsplatten, die an der Aussenseite der Kellerwände befestigt sei- en, gelangen. Das Wasser fliesse dann von oben zwischen Wand und Isolation zum Wandfuss und von dort über die horizontale Arbeitsfuge in den Kellerraum der Familie E._____ (act. 14 Rz. 90 f.). Die Klägerin bestreitet dies. Der von der Beklagten genannte Bereich hinter dem Haus, in welchem sich angeblich das Wasser sammeln solle, stehe in keinem Zu- sammenhang zu den von ihr gerügten undichten Fugen (act. 61 Rz. 52). Im Be- reich der Kellerecke der Familie E._____ sei nicht die Dilatationsfuge, sondern die Arbeitsfuge undicht. Zu deren Abdichtung sei die F._____ AG verpflichtet gewe- sen. Es sei aber bekannt, dass die von der F._____ AG gewählte Abdichtungs- variante "Fugenblech" das Risiko beinhalte, dass am Anfang und am Ende und im Eckbereich infolge erschwerten Zusammenschlusses der Bleche Undichtigkeiten auftreten würden. Die von der Klägerin gerügte Undichtigkeit der Dilatationsfuge betreffe dagegen den Besucherparkplatz im Bereich der Tiefgarage (act. 61 Rz. 51). Der beklagtische Einwand ist unbehelflich. Da die Beklagte zur Abdichtung sämtlicher Fugen des Untergeschosses – auch der Dilatationsfugen – vertraglich ver- pflichtet gewesen war, vermag sich die Beklagte mit diesem Vorbringen nicht von einer Haftung zu befreien, selbst wenn ihr der Beweis für das Vorgetragene gelin- gen würde. Es bestünde immer noch ein natürlicher Kausalzusammenhang des Wasserschadens zu einem von der F._____ AG verschuldeten Werkmangel, nämlich der Undichtigkeit der Dilatationsfuge. (6) Unbehelflich sind die beklatischen Ausführungen hinsichtlich der undichten Stellen beim Fenster des Partyraums der C._____strasse 7b (Bastelraum Nr. 2- 02) sowie beim Liftschacht (act. 14 Rz. 92-100). Die Klägerin weist in ihrer Replik

- 43 - zu Recht darauf hin, dass sie diese Mängel nicht gerügt habe und sie deshalb nicht Streitgegenständlich seien (act. 61 Rz. 53 f.). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit dem Gutach- tenergebnis der Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs gelingt. Es besteht kein Anlass, von Amtes wegen eine Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens einzuholen.

E. 6.1.3.4

Adäquater Kausalzusammenhang Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist ein Wassereintritt geeignet, die entsprechend geltend gemachten Kosten zu ver- ursachen. Tritt Wasser durch eine undichte Stelle in ein Gebäude ein, so führt dies zu einem Eindringen des Wassers in das Gewerk, welches hiernach insbe- sondere zu trocknen ist. Das Wasser führt dabei Schmutz und Erdpartikel mit. Zudem kann ein Wassereintritt auch zum Ausfluss von Öl o.ä. Flüssigkeiten füh- ren. Die betroffenen Räume sind daher nach erfolgter Trocknung zu reinigen und allenfalls neu zu streichen. Ein adäquater Kausalzusammenhang ist folglich zu bejahen.

E. 6.1.3.5

Verschulden Soweit sich die Beklagte hinsichtlich der Haushälfte C._____strasse 7b (Familie D._____) zudem auf den Standpunkt stellt, dass, selbst wenn Wasser aus der Haushälfte C._____strasse 7a (Familie E._____) in die Haushälfte C._____strasse 7b (Familie D._____) eingedrungen sei, dies nur deshalb möglich gewesen sei, weil die Klägerin eine systemwidrige unterläufige Bodenkonstruktion anbringen liess, womit die F._____ AG (zumindest) kein Verschulden für den Wassereintritt in der Haushälfte C._____strasse 7b treffe (vgl. act. 66 Rz. 122 f.), legt sie nicht dar, was genau unter einer

"systemwidrigen Bodenkonstruktion" zu verstehen wäre und inwiefern diese für den Wasserunterlauf in die Nachbarhälfte ursächlich wäre. Sie benennt für ihren Standpunkt zudem auch keine Beweismittel, weshalb ihr Einwand bezüglich der Wasserschäden in der Haushälfte C._____strasse 7b (Familie D._____) unbeachtlich ist (act. 66 Rz. 122).

- 44 - Im Übrigen gelingt es der Beklagten nicht, ein Selbstverschulden seitens der Klägerin nachzuweisen (vgl. Ziff. 5.7 hiervor), weshalb sie sich nicht exkulpieren kann.

E. 6.1.3.6

Zwischenfazit Vorliegend sind sämtliche Voraussetzungen zum Ersatz etwaiger Mangel- folgeschäden gegeben.

E. 6.1.4

Quantitativ (1) Die Klägerin macht in Bezug auf das Kellereck der C._____strasse 7a (Fa- milie E._____) folgende Positionen von insgesamt CHF 16'204.25 geltend, wel- che ihr im Zuge der Behebung der Undichtigkeit der Arbeitsfuge bereits entstan- den seien: – Einlagerung der Möbel von Familie E._____ bei der N._____ AG für die Zeit der Mängeleruierung sowie während den Nachbesserungsarbeiten für einen Preis von insgesamt CHF 2'227.40 (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 80). – Aufspitzung der Böden zwecks Schadenseruierung durch die O._____ Bau- unternehmung für CHF 8'933.40 (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 81). – Abdichtungsarbeiten durch die P._____ AG für CHF 1'862.95 (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 82). – Entlastungsbohrungen durch die O._____ Bauunternehmung für CHF 1'009.70 (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 83). – Austrocknung mittels Luftentfeuchter durch die Q._____ AG für CHF 2'170.80 (act. 1 Rz. 42; 61 Rz. 84). Die Beklagte wendet gegen die Rechnungen der N._____ AG ein, dass aus die- sen nicht ersichtlich sei, ob die in Rechnung gestellten Aufwände "gerechtfertigt" gewesen seien, habe es sich doch um Räumlichkeiten von untergeordneter Be- deutung gehandelt (act. 14 Rz. 132-135; act. 66 Rz. 200). Auch hinsichtlich der übrigen Positionen bestreitet die Beklagte, dass die geltend gemachten Kosten gerechtfertigt seien (act. 66 Rz. 201). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klä-

- 45 - gerin die geltend gemachten Ausgaben hatte. Indessen hält die Beklagte der Klägerin sinngemäss vor, unnötige bzw. übermässige Aufwendungen im Zu- sammenhang mit der Einlagerung der Möbel bei der N._____ AG sowie der übri- gen Arbeiten in Rechnung gestellt zu haben. Die Klägerin legt ausführlich dar, welche Leistungen wann in Anspruch genommen wurden und welche Kosten dadurch entstanden sind (vgl. act. 61 Rz. 80 ff.). Sie kommt ihrer Substantiiie- rungspflicht damit ausreichend nach. Der beklagtische Zweifel an der gerechtfertigten Höhe erfolgt dagegen in pauschaler Weise. Insbesondere führt die Beklag- te nicht aus, welche Entschädigung für welche Leistungen sie aus welchen Gründen als "ungerechtfertigt" qualifiziert. Ohne dahingehende beklagtische Aus- führungen ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin die Schranke von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) überschritten haben soll. Die Beklagte kommt mit ihrem pauschalen Einwand, der Aufwand erscheine ihr ungerechtfertigt (vgl. act. 66 Rz. 200 f.), ihrer Pflicht zur substantiierten Bestreitung folglich nicht nach. Demzufolge ist sowohl von der Notwendigkeit der in Rechnung gestellten Arbei- ten als auch von der Angemessenheit der hierfür geleisteten Zahlungen auszu- gehen. (2) In Bezug auf den Keller (Raum Nr. 2-01) und die Halle (Raum Nr. 2-08) der C._____strasse 7b (Familie D._____) macht die Klägerin folgende Positionen von gesamthaft CHF 17'438.50 geltend: – Sondierungsarbeiten, Schuttentsorgungs- und Baureinigungsarbeiten durch die O._____ Bauunternehmung für insgesamt CHF 8'012.– (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 86). – Einlagerung

von Möbel von Mai bis September 2012, von Oktober bis Dezember 2012 und von Januar 2012 [recte: 2013] bis März 2013 bei der R._____ Transporte für insgesamt CHF 3'799.70.– (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 86). – Messung der Feuchtigkeit durch die S._____ Bauphysik AG für CHF 3'456.– (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 86).

- 46 - – Austrocknung mittels Luftentfeuchter durch die Q._____ AG für CHF 2'170.80 (act. 1 Rz. 42; 61 Rz. 84). Auch bezüglich dieser Positionen bestreitet die Beklagte die der Klägerin angeblich entstandenen Kosten nicht. Der beklagtische Einwand, die Kosten seien "un- gerechtfertigt" (vgl. act. 14 Rz. 140; act. 66 Rz. 201), genügt den Anforderungen an ein substantiiertes Bestreiten wiederum nicht. Es ist mithin sowohl von der Notwendigkeit der geltend gemachten Arbeiten als auch von der Angemessenheit und Richtigkeit der hierfür geleisteten Zahlungen auszugehen. (3) In Bezug auf die Tiefgarage (Besucherparkplatz) macht die Klägerin folgenden Betrag geltend: – Abdichtungsarbeiten durch die P._____ AG für CHF 970.40.– (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 91). Auch hier bestreitet die Beklagte lediglich in pauschaler und unsubstantiiertes Weise, die Höhe der Kosten sei "ungerechtfertigt" (act. 14 Rz. 131 ff.; act. 66 Rz. 201). Notwendigkeit und Entschädigungshöhe gelten somit als unbestritten und sind damit ausgewiesen.

E. 6.1.5

Fazit Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für bereits vorgenommene Ersatzvornahmen bzw. für Behebungen von Mangelfolgeschäden in der Höhe von CHF 34'613.15 sind im Ergebnis in Höhe und Bestand ausgewiesen. Sie verteilen sich wie folgt auf die beiden Werkmängel: – CHF 33'642.75 aufgrund der undichten Arbeitsfuge im Bereich der Keller- ecke C._____strasse 7a [Mangel 1], – CHF 970.40 aufgrund der undichten Dilatationsfuge im Bereich der Tiefgarage [Mangel 2].

E. 6.2

Bevorschussung weiterer Ersatzvornahmen

- 47 -

E. 6.2.1

Einleitung Sodann verlangt die Klägerin die Bevorschussung von Kosten im Umfang von CHF 60'186.85, welche die undichte Arbeitsfuge [Mangel 1] betreffen.

E. 6.2.2

Anspruch auf Bevorschussung Lehre und Rechtsprechung bejahen einen Anspruch des Bestellers auf Bevorschussung, wenn der Besteller den Vorschuss ausschliesslich für die Ersatzvornahme verwendet, er nach erfolgter Ersatzvornahme über die Kosten abrechnet und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückerstattet. Sämtliche Kosten der Nachbesserung sind zu ersetzen bzw. zu bevorschussen, solange sie nicht übermässig sind. Der Besteller hat zudem den ganzen Vorschuss zurückzuerstatten, wenn er die Ersatzvornahme nicht innert angemessener Frist realisiert (BGE 128 III 418, GAUCH, a.a.O., Rz. 871a).

E. 6.2.3

Bemerkungen zum Rechtsbegehren Da der Empfänger des Vorschusses verpflichtet ist, den zugesprochenen Vorschuss ausschliesslich für die angebehrten Nachbesserungsarbeiten zu verwenden, sind ihm allfällige Vorschussbeträge für jede notwendige Nachbesserungsarbeit einzeln zuzusprechen. Dies erst erlaubt im Nachgang eine korrekte Abrechnung.

Vorliegend nennt die Klägerin in ihren Rechtsbegehren jedoch keine einzelnen Nachbesserungsarbeiten, sondern nur die jeweilige Gesamtsumme für die drei Bereiche C.____strasse 7a, 7b sowie die Tiefgarage. Für die Auslegung eines Rechtsbegehrens ist auch auf die Klagebegründung abzustellen (vgl. CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N 38 zu Art. 221 ZPO). Im Rahmen ihrer Begründung führt die Klägerin vorliegend unter Bezugnahme auf entsprechende Offerten aus, welche Vorschusssummen sie für welche Nachbesserungsarbeiten verlangt (vgl. act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 80 ff.). Unter Beizug der Begründung erschliesst sich demnach die Zusammensetzung des Vorschussbegehrens, da genau bezifferte Vorschussbeträge den entsprechenden Nachbesserungsarbeiten einzeln zugeordnet werden können.

- 48 -

E. 6.2.4

Modalitäten der Bevorschussung und Nachschusspflicht Die Klägerin macht keine Frist geltend, innert der sie die Ersatzvornahme vorzunehmen gedenkt. Es ist daher eine angemessene Frist von 6 Monaten ab Eingang der Vorschusszahlung anzusetzen. Den Vorschuss hat die Klägerin für Kosten aufzuwenden, welche für weitere Nachbesserungsarbeiten im Zuge der Behebung der Undichtigkeit der Arbeitsfuge noch entstehen. Die Klägerin wird über diese Kosten der Nachbesserung abzurechnen haben. Die Klägerin fordert in ihren Rechtsbegehren, dass die Beklagte unter Nachschusspflicht zur Bevorschussung im beantragten Umfang verpflichtet werden soll (act. 1 S. 2; act. 61 S. 2). Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Solidarbürgschaft auf CHF 94'800.– beschränkt sei. Da die Klägerin genau diesen Betrag einfordere, könne sie die Beklagte nach erfolgter Abrechnung aufgrund dieser betragsmässigen Beschränkung nicht zu einer Nachschussverpflichtung anhalten (act. 14 Rz. 147). Nach dem Dafürhalten der Klägerin besteht jedoch sehr wohl eine Nachschusspflicht im Umfang einer etwaigen Rückzahlung des geleisteten Vorschusses nach erfolgter Abrechnung (act. 61 Rz. 97). Wird – wie vorliegend – über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden, so liegt diesbezüglich eine res iudicata vor. Eine allfällige Nachforderung ist daher bereits aus diesem Grund ausgeschlossen (vgl. BGE 128 III 416 E. 4.2.2). Dem diesbezüglichen Antrag in Ziffer 2 des klägerischen Rechtsbegehrens ist demnach nicht zu entsprechen.

E. 6.2.5

Quantitativ In Bezug auf die Kellerecke der C.____strasse 7a (Raum Nr. 1-01; Familie E.____) verlangt die Klägerin die Bevorschussung folgender Positionen in der Höhe von CHF 45'323.20 (inkl. MwSt.) (act. 1 Rz. 42; act. 61 Rz. 85): – Ergänzung des beschädigten Bodenbelags durch die O.____ Bauunternehmung für CHF 9'655.20.

- 49 - – Erneuerung des Bodenbelags im Raum Nr. 1-05 (Eingang in Halle Familie E.____) durch die T.____ AG für CHF 5'699.50. – Austrocknung des Bodens durch die Firma Q.____ AG für CHF 5'918.40. – Malerarbeiten im Keller sowie Eingangsbereich durch die Firma U.____ in der Höhe von CHF 6'878.25. – Kosten für die Reinigung des Eingangsbereichs durch die V.____ AG für CHF 2'171.85. – Bauleitungsarbeiten durch die Klägerin während der Mängelbehebungsarbeiten für CHF 15'000.–. In Bezug auf den Keller (Raum Nr. 2-01) und die Halle (Raum Nr. 2-08) der C.____strasse 7b (Familie D.____) verlangt die Klägerin die Bevorschussung folgender Positionen in Höhe von CHF

15'476.45 (inkl. MwSt.) (vgl. act. 1 Rz. 42): – Neue Plattenbeläge an Wand und Boden im Keller durch die T._____ AG für CHF 12'218.70. – Kosten für die Baureinigung durch die V._____ AG für CHF 3'257.75. Soweit die Beklagte hinsichtlich der aufgeführten Positionen den Einwand erhebt, diese seien ungerechtfertigt ("was hinsichtlich der Rechnungen ausgeführt wurde, gilt auch für die Kosten der zu erwartenden Ersatzvornahmen"; act. 14 Rz. 137; act. 66 Rz. 201), genügt wie bereits dargelegt, ein In-Zweifel-Ziehen der Notwendigkeit den Substantiierungsanforderungen nicht (vgl. Ziff. 6.1.4 hiervor). Endlich bleibt darauf hinzuweisen, dass entgegen dem klägerischen Rechtsbehaupten (vgl. act. 1 S. 2, Ziff. 2.c) die Klägerin in ihrer Begründung keinen Vorschuss für noch vorzunehmende Ersatzvornahmen bezüglich Tiefgarage verlangt (vgl. act. 1 Rz. 42 S. 29).

E. 6.2.6

Fazit

- 50 - Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für noch vorzunehmende Ersatzvornahmen in der Höhe von CHF 60'799.65 (CHF 45'323.20 zzgl. CHF 15'476.45) im Zusammenhang mit der Undichtigkeit der Arbeitsfuge [Mangel 1] sind im Ergebnis in Höhe und Bestand ausgewiesen. Da der Bürgschaftsbetrag auf CHF 94'800.– beschränkt ist (act. 3/2), verlangt die Klägerin zu Recht nur die Zuspicherung von CHF 60'186.85 (CHF 94'800.– abzüglich CHF 34'613.15 gemäss Rechtsbehaupten Ziff. 1). Dieser Betrag ist durch die Beklagte zu bevorschussen.

E. 7

Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Die vereinbarte Verjährungsfrist für versteckte Werkmängel betrug fünf Jahre. Sie begann am 1. April 2008 zu laufen und lief erst Ende März 2013 aus. Somit erfolgten sämtliche Mängelrügen innerhalb der Verjährungsfrist von fünf Jahren. Sämtliche Mängelrügen ergingen zudem innerhalb einer angemessenen kurzen Rückfrist ab klägerischer Kenntnis des Werkmangels. Die Klägerin setzte der F._____ AG vor der Ausführung der Ersatzvornahmen eine Nachfrist an, welche unbenutzt verstrich. Die F._____ AG verpflichtete sich im Rahmen des Werkvertrags ein wasserdichtes Untergeschoss zu erstellen. Geschuldet war zum einen wasserdichter Beton und zum anderen entsprechend abgedichtete Fugen. In den Verantwortungsbereich der F._____ AG fiel damit sowohl die Abdichtung der Dilatationsfugen als auch die Abdichtung der Arbeitsfugen. Die Undichtigkeit der Arbeitsfuge [Mangel 1] hat das Beweisverfahren ergeben, wobei es der Beklagten nicht gelingt, ein Selbstverschulden der Klägerin für den Mangel nachzuweisen. An der Dilatationsfuge bei der Tiefgarage im Bereich des Besucherparkplatzes [Mangel 2] nahm die F._____ AG keine Abdichtungsarbeiten vor, obwohl sie vertraglich dazu verpflichtet gewesen wäre. Die dortige Fuge war dementsprechend undicht und damit mangelhaft. Die Klägerin substantiiert die Kosten, die aus den bereits erfolgten und den beabsichtigten Arbeiten resultierten, hinreichend. Die generelle Notwendigkeit der Ar-

- 51 - beiten (Einlagerungen, Sondierungs-, Austrocknungs- und, Abdichtungsarbeiten) sowie die hierfür geleisteten bzw. vorgesehenen Beträge wurden von der Beklagten nicht bzw. nicht in substantiiert Weise bestritten und sind ausgewiesen. Sämtliche gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen für einen Rückgriff auf die Beklagte in ihrer Rolle als Solidarbürgin im Umfang von CHF 94'800.– liegen vor, weshalb die Klage, mit Ausnahme der beantragten Nachschusspflicht, wofür kein Anspruch besteht, gutzuheissen ist.

E. 8

Ergebnis Antragsgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 34'613.15 zu bezahlen sowie einen Vorschuss in der Höhe von CHF 60'186.85 zu leisten. Eine Nachschusspflicht ist nicht auszusprechen.

E. 9

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 94'800.–. Zürich, 24. August 2016 Handelsgericht des Kantons Zürich Vizepräsident: Gerichtsschreiber: Roland Schmid Adrian Joss

E. 9.1

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind der Beklagten als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dass die Klägerin in einem Nebenpunkt hinsichtlich der Bevorschussungspflicht nicht durchdringt (vgl. Ziff. 6.2.4 hiervor), rechtfertigt noch keine abweichende Kostenverteilung.

E. 9.2

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

E. 9.3

Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 94'800.–.

- 52 -

E. 9.4

Angesichts des Umfangs der Akten, der zahlreichen gerichtlichen Verfügungen, des Verfahrensaufwandes, einschliesslich der Durchführung einer Vergleichsverhandlung und eines Beweisverfahrens und schliesslich auch der Komplexität der Rechtsfragen rechtfertigt es sich, die nach § 4 GebV OG bemessene Gerichtsgebühr auf rund das Doppelte zu erhöhen und auf CHF 17'000.– festzusetzen sowie teilweise aus dem Kostenvorschuss der Klägerin zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf CHF 21'000.– festzusetzen ist. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies aufgrund der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Das Handelsgericht erkennt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 34'613.15 zu bezahlen. 2. Die Beklagte

wird weiter verpflichtet, der Klägerin einen Vorschuss von CHF 60'186.85 (inklusive 8 % MwSt.) an die mutmasslichen Kosten der Sanierung der Mängel am Doppel Einfamilienhaus der Klägerin (C._____strasse 7a und 7b, ...) zu leisten, wobei der Kostenvorschuss zur Finanzierung folgender Arbeiten dienen muss: In Bezug auf die Kellerecke (Raum Nr. 1-01) der C._____strasse 7a (Familie E._____): a) Ergänzung des beschädigten Bodenbelags (Kostenanteil CHF 9'655.20) b) Erneuerung des Bodenbelags im Raum Nr. 1-05 (Kostenanteil CHF 5'699.50) c) Arbeiten für die Austrocknung des Bodens (Kostenanteil CHF 5'918.40) d) Kosten für Malerarbeiten im Keller sowie im Eingangsbereich (Kostenanteil CHF 6'878.25)

- 53 - e) Kosten für die Reinigung des Eingangsbereiches und des Kellers (Kostenanteil CHF 2'171.85) f) Kosten für die Bauleitung während der Mängelbehebungsarbeiten (Kostenanteil CHF 15'000.-) In Bezug auf den Keller (Raum Nr. 2-01) und die Halle (Raum Nr. 2-08) der C._____strasse 7b (Familie D._____): g) Neue Plattenbeläge an Wand und Boden (Kostenanteil CHF 12'218.70) h) Kosten für die Baureinigung (Kostenanteil CHF 3'257.75) 3. Der Vorschuss ist ausschliesslich für die Finanzierung der in Ziffer 2 angeführten Nachbesserungen zu verwenden. Die Klägerin wird verpflichtet, diese innert 6 Monaten, gerechnet ab dem Eingang der Vorschusszahlung, vorzunehmen. Bei Säumnis ist der Vorschuss der Beklagten, verzinst zu 5 %, vollumfänglich zurückzuerstatten. Bei Nichtsanierung bestimmter Positionen ist der dafür eingesetzte Kostenanteil (verzinst) zurückzuerstatten. Der klägerische Antrag auf Aussprechung einer Nachschusspflicht durch die Beklagte wird abgewiesen. 4. Die Klägerin wird verpflichtet, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Frist gemäss Ziffer 3 gegenüber der Beklagten über die Kosten der Nachbesserung abzurechnen und ihr einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. 5. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 17'000.- festgesetzt. Die weiteren Kosten für das Gutachten betragen CHF 6'334.20. 6. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im Umfang von CHF 14'000.- steht der Klägerin ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte zu.

- 54 - Die Kosten für das Gutachten werden aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss für die Beweiserhebung gedeckt. 7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 21'000.- zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von act. 112 und an die Beklagte unter Beilage von act. 111.

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