

# ZH\_HANDELSGERICHT HG170120 vom 14. Februar 2022

Zh Handelsgericht, 2022-02-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG170120](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG170120)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG170120 du 14 février 2022

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG170120 del 14 febbraio 2022

## Erwägungen

### E. 1

[act. 3/4] und Planervertrag 2 [act. 3/5]; Klägerin: act. 1 N. 9 ff.; Beklagte 1: act. 20 N. 8, 293 f.; Beklagte 2: act. 18 N. 9). Der Antrag der Beklagten 2, auf die Klage zufolge Missachtung der Mediationsvereinbarung gemäss Planervertrag 2 nicht einzutreten (act. 18 N. 9 ff.; act. 24 N. 3 ff.), wurde bereits mit Beschluss vom 22. Dezember 2017 (act. 27) abgewiesen.

- 11 -

### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegenden Klage ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b und Art. 17 ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; vgl. Ziffer 23 GU-Vertrag [act. 3/3], Ziffern 9 Planervertrag

### E. 1.2

Klageänderung

#### E. 1.2.1

Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage vom 30. Mai 2017 verlangte die Klägerin eine Bevorschussung der Kosten für die geplante Sanierung des Dachs C in der Höhe von voraussichtlich CHF 578'722.80 (act. 1 S. 2, N. 16, 101 ff., 128 ff.; act. 38 N. 31). Nachdem die Sanierung des Dachs C nach Klageeinleitung vorgenommen worden war, änderte die Klägerin das Rechtsbegehren Ziffer 1 in der Replik vom 31. Januar 2019 dahingehend ab, dass nunmehr die effektiv angefallenen Sanierungskosten in der Höhe von CHF 433'784.40 geltend gemacht werden, wobei die Klägerin einen Nachklagevorbehalt anbringt (act. 38 S. 2, N. 9, 16 ff., 32). Mit Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage forderte die Klägerin den Ersatz von bereits angefallenen Mangelfolgeschäden in der Höhe von CHF 130'692.65 (act. 1 S. 2, N. 137 ff.). Mit in der Replik geändertem Rechtsbegehren Ziffer 2 verlangt sie zusätzlich den Ersatz der in der Zwischenzeit weiteren angefallenen Kosten in der Höhe von CHF 7'272.70 (act. 38 S. 2, N. 10, 346 ff.).

#### E. 1.2.2

Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder wenn die Gegenpartei zustimmt (lit. b).

#### E. 1.2.3

Sowohl hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 als auch hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 ändert die Klageänderung nichts an der Verfahrensart. Hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer

1 werden anstatt eines Vorschusses für die voraus- sichtlichen Sanierungskosten für das Dach C die nunmehr effektiv angefallenen Sanierungskosten für eben dieses Dach geltend gemacht. Der sachliche Zusam- menhang ist daher gegeben. Dasselbe gilt in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 2, in welcher Hinsicht in der Zwischenzeit zusätzlich angefallene Kosten als Mangel- folgeschaden geltend gemacht werden. Ohnehin stimmen die Beklagten 1 und 2 der Klageänderung zu (Beklagte 1: act. 48 N. 53 f.; Beklagte 2: act. 51 N. 79 f.).

#### **E. 1.2.4**

Die Klage ist im Umfang der Reduktion von Rechtsbegehren Ziffer 1, CHF 144'938.40 [CHF 578'722.80 - CHF 433'784.40], als durch Klagerückzug er-

- 12 - ledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Auf die Kosten- und Entschädigungs- folgen ist nachfolgend unter Erw. 7 einzugehen.

#### **E. 1.3**

Teilweise Gegenstandslosigkeit von Rechtsbegehren Ziffer 3 Es ist unbestritten, dass die Beklagte 1 im Juni 2017 und damit nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens sämtliche Dilatationen entlang der Ränder der Dä- cher A und B (im Folgenden: "Dachränder A und B") mit einer zusätzlichen PBD- Bahn überklebte und somit die Nachbesserungsarbeiten gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 2 der Klage ausführte. Obgleich die Beklagte 1 die drei undichten Dilatationselemente gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 1 der Klage nicht er- setzte, sind sich die Klägerin und die Beklagte 1 darin einig, dass mit den von der Beklagten 1 ausgeführten Nachbesserungsarbeiten die Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkte 1 und 2 gegenstandslos wurden (Klägerin: act. 38 N. 11, 28, 411 ff., 479, 501 ff., 891; Beklagte 1: act. 20 N. 10 ff., 43, 68, 94 ff. und act. 48 N. 44, 55, 857). Die Erfüllung der fraglichen Begehren durch die Beklagte 1 stellt keine Klagean- erkennung im Sinne von Art. 241 dar, sondern führt zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens aus anderen Gründen (Art. 242 ZPO) im diesbezüglichen Umfang, da das klägerische Rechtsschutzinteresse entfallen ist (JULIA GSCHWEND / DANIEL STECK, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 241 N. 28 und Art. 242 N. 12). Diese Begehren sind dementsprechend zufolge Gegenstandslosigkeit abzu- schreiben. Auf die diesbezüglichen Kosten- und Entschädigungsfolgen ist nach- folgend unter Erw. 7 einzugehen. Die Klägerin hat die einzelnen Rechtsbegehren gemäss Ziffer 3 nicht nummeriert. Soweit deshalb im Folgenden z.B. vom Rechtsbegehren Ziffer 3 "Punkt 1" die Rede ist, bezieht sich dies auf das geänderte Rechtsbegehren Ziffer 3 gemäss Replik.

#### **E. 2**

Überblick über die bauliche Situation

##### **E. 2.1**

In den Rechtsschriften der Parteien sowie in verschiedenen Beilagen wird das höherliegende Flachdach über dem Schwimmerbecken des Hallenbads als

- 13 - "Dach A", das ebenfalls höherliegende Flachdach über dem Nichtschwimmerb- ecken als "Dach B" und das tieferliegende Flachdach zwischen den Dächern A und B sowie über dem Eingangsbereich und der Cafeteria als "Dach C" bezeich- net (vgl. die nachstehenden Pläne, act. 20 N. 35 und act. 3/48 S. 7). Diese Termi- nologie wird im Folgenden verwendet. Draufsicht: Seitenansicht:

## **E. 2.2**

Die vorbestehende Konstruktion besteht aus einer offenen Glas- Metallfassade mit Cortenstahl-Stützen. Über diese Fassade sind die höher gelegenen Dächer A und B mit dem tieferliegenden Dach C verbunden. Die Corten-

- 14 - stahl-Stützen der Fassade münden jeweils direkt in eine über dem Niveau des Flachachs C gelegene Fensterbank, die ebenfalls aus Cortenstahl besteht (act. 3/48 S. 32): Vor der streitgegenständlichen Gesamtsanierung in den Jahren 2009 und 2010 konnte durch diese hohlen Cortenstahl-Stützen sich bildendes Kondens- so- wie auch eindringendes Schlagregenwasser aus Entwässerungsöffnungen am unteren Ende der Cortenstahl-Stützen auf das Dach C abfliessen und dort verdunsten (Klägerin: act. 1 N. 109, 157 und act. 38 N. 676; Beklagte 1: act. 20 N. 45, 171 ff.; Beklagte 2: act. 18 N. 215 und act. 51 N. 28).

Darüber hinaus wurde Wasser, welches über eine Dilatationsfuge beim Stoss der Fensterbank-Elemente unter die Fensterbank gelangen konnte, mittels einer im Fuss der Cortenstahl- Stützen unterkant eingebrachte Folie auf das Dach C abgeleitet, wo es verdunste-

- 15 - te (Klägerin: act. 38 N. 439, 578 f.; Beklagte 1: act. 20 N. 45, 174 f. und act. 48 N. 969; Beklagte 2: act. 51 N. 664 f.).

## **E. 3**

Bedeutung des Gutachtens von M. \_\_\_\_\_

### **E. 3.1**

Im Rahmen der sich über mehrere Jahre hinziehenden Ursachenforschung hinsichtlich der nach der streitgegenständlichen Sanierung wiederholt auftretenden Wassereintritte ins Hallenbad sowie der Diskussionen der Parteien hinsichtlich der Verantwortlichkeiten einigten sich die Parteien darauf, gemeinsam bei M. \_\_\_\_\_, Eidg. Dipl. Dachdeckermeister sowie Experte Gebäudehülle des N. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: "M. \_\_\_\_\_"), ein Gutachten einzuholen. Diesem Gutachten sollte nicht die Bedeutung eines Schiedsgutachtens im Sinne von Art. 189 ZPO zukommen. M. \_\_\_\_\_ sollte zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse vielmehr verschiedene Schadensbilder begutachten und diesbezügliche Fragen der Parteien beantworten (Klägerin: act. 1 N. 77 ff. und act. 38 N. 25, 970; Beklagte 1: act. 20 N. 345 ff. und act. 48 N. 64; Beklagte 2: act. 18 N. 90 und act. 51 N. 92; act. 3/46 ff.). Zum Vorabzug des Gutachtens vom 8. April 2016 (act. 3/48) stellten die Parteien Ergänzungsfragen (act. 3/49-51), zu welchen sich M. \_\_\_\_\_ mit Stellungnahmen vom 23. und vom 31. Mai 2016 äusserte (act. 3/52-53). Eine bereinigte Version des Gutachtens wurde nicht zu den Akten gereicht, vielmehr nennen die Parteien den Vorabzug verschiedentlich "Gutachten". Diese Terminologie wird im Folgenden übernommen. Die Stellungnahmen von M. \_\_\_\_\_ zum Gutachten werden explizit als solche bezeichnet.

### **E. 3.2**

Während sich die Klägerin in ihrer Argumentation zu grossen Teilen auf die Erkenntnisse von M. \_\_\_\_\_ abstützt, bringt die Beklagte 1 in Bezug auf dessen Schlussfolgerungen verschiedene Vorbehalte an (vgl. etwa act. 20 N. 349 ff.). Auch die Beklagte 2 hält das Gutachten für fehlerhaft, widersprüchlich und auf falschen Annahmen basierend (vgl. z.B. act. 51 N. 48, 92, 1080 ff., 1093). Die Beklagten 1 und 2 gehen übereinstimmend davon aus, dass es sich um ein blosses Privat- bzw. Parteigutachten ohne besonderen Beweiswert handelt (act. 18 N. 90, 184 und act. 51 N. 6, 91 f., 533, 919, 936, 1016, 1072, 1178 f.; act.

48 N. 1291, 1308). Die Klägerin hingegen vertritt den Standpunkt, dass das Gutachten aufgrund der Einigung der Parteien in Bezug auf den Gutachter, der sich zur

- 16 - Neutralität verpflichtet habe, und der Gelegenheit für Ergänzungsfragen nicht ein gewöhnliches Parteigutachten darstelle (act. 38 N. 25, 970, 1074). Sie offeriert zum Beweis verschiedener Tatsachenbehauptungen zudem die Einvernahme von M.\_\_\_\_\_ als sachverständigen Zeugen.

### **E. 3.3**

Auch die Klägerin bestreitet zu Recht nicht, dass dem Gutachten nicht die Bedeutung eines gerichtlichen Gutachtens zukommt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Parteigutachten nämlich nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen (vgl. BGE 141 III 433 ff. Erw. 2.3 und 2.6 mit zahlreichen Hinweisen). In diesem Sinne hat das Bundesgericht auch im genannten Entscheid festgehalten, dass die Aufzählung der zulässigen Beweismittel in Art. 168 Abs. 1 ZPO (Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragung und Beweis-aussage) abschliessend ist und unter "Gutachten" einzig vom Gericht eingeholte Gutachten zu verstehen sind. Es ist weiter – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 38 N. 25) – auch nicht zulässig, ein Privatgutachten unter dem Titel der Urkunde doch noch als Beweismittel für die inhaltliche Richtigkeit der im Gutachten enthaltenen Aussagen in das Verfahren einzubringen (BGE 141 III 433 ff. Erw. 2.5). Daran ändert nichts, dass das von M.\_\_\_\_\_ erstellte Gutachten vorliegend von allen Parteien gemeinsam in Auftrag gegeben worden war. Die Parteien wollten das Gutachten explizit nicht als verbindliches Schiedsgutachten verstanden wissen. Zu einer solchen Verbindlichkeit oder einem Beweiswert kann dem Privatgutachten vorliegend auch nicht mit einer Befragung des Privatgutachters als sachverständiger Zeuge verholfen werden, auch wenn sich M.\_\_\_\_\_ zu Neutralität verpflichtet und mit einer solchen Befragung einverstanden erklärt hat. Darlegungen eines sachverständigen Zeugen sollen und können ein Gutachten regelmässig nicht ersetzen. Aufgabe eines Gutachters ist es, gestützt auf eigenes Fachwissen Tatsachen festzustellen, dem Gericht wissenschaftliche Erfahrungssätze zu vermitteln oder Tatsachen auf Grund solcher Erfahrungssätze zu beurteilen (ANETTE DOLGE, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 183 N. 4). Demgegenüber kann Zeugnis ablegen, wer Aussagen über streitige Tatsachen machen kann, die er mit seinen eigenen Sinnen "unmittelbar wahrgenommen" hat

- 17 - (Art. 169 ZPO). Während beim Zeugen mithin der Umstand der eigenen unmittelbaren Wahrnehmung von Belang ist, ist es beim Gutachter der Sachverstand und seine Unabhängigkeit von den Parteien (Art. 183 Abs. 1 und 2). Zwar können einem sachverständigen Zeugen gemäss Art. 175 ZPO nebst Fragen zu seinen eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen auch solche zur Würdigung des Sachverhalts gestellt werden. Diese Möglichkeit muss allerdings auf einfache und wenig komplexe Fälle beschränkt bleiben (vgl. zum Ganzen bereits das Urteil HG120008 vom 23. Oktober 2013, Erw. 6.5.4.2 m. H.), was vorliegend offensichtlich nicht der Fall ist. Wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen sein wird, liessen sich die sich hier stellenden Beweisfragen grundsätzlich einzig durch das Beweismittel des Gutachtens beantworten. Wenn insbesondere der Kausalzusammenhang zwischen gewissen Schadensbildern und von der Klägerin behaupteten, den Beklagten 1 und 2 anzulastenden Schadensursachen streitig und daher im Rahmen des Beweisverfahrens zu erstellen ist, dann kommt es auf Umstände an,

die im obgenannten Sinne allgemeingültig und gerade nicht von den Wahrnehmungen bestimmter Personen bzw. Zeugen – vorliegend von M.\_\_\_\_\_ – abhängig sind. Der guten Ordnung halber ist zu ergänzen, dass dies selbstredend auch gelten würde, falls die Klägerin durch ihre erneute Sanierung im Sommer 2017 eine Beweisnot herbeigeführt hätte, indem sie den zu beurteilenden Zustand beseitigt und damit eine gutachterliche Beurteilung im Sinne von Art. 183 ZPO verunmöglicht hätte.

#### **E. 3.3.4**

unter Hinweis auf ROLAND HÜRLIMANN, in: Gauch / Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich / Basel / Genf 2017, Art. 25 N. 19). Auch die von der Klägerin angerufene SIA-102 enthält in Art. 1.3.51 eine entsprechende, allerdings weniger ausführliche Regelung. Nach dieser Bestimmung hat der Architekt den Auftraggeber auf Folgen seiner Weisungen, insbesondere hinsichtlich Terminen, Qualität und Kosten, aufmerksam zu machen und unzumutbare Anordnungen und Begehren abzumahnern. Beharrt der Auftraggeber trotz Abmahnung auf seiner Weisung, ist der Architekt für deren Folgen nicht verantwortlich. Diese Abmahnungspflicht entspricht inhaltlich der werkvertraglichen

- 29 - Regelung von Art. 369 OR. Sie fliesst aber auch aus der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht, weshalb es diesbezüglich auf die Qualifikation des Planervertrags nicht ankommt (HUBERT STÖCKLI / PATRICK MIDDENDORF / ROGER ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Erläuterungen zu Art. 1 der Leistungs- und Honorarordnungen (SIA-LHO), Zürich / Basel / Genf 2020, S. 74). Art. 1.3.51 SIA-102 deckt sich mit Art. 1.2.61 der im Jahre 2014 revidierten Fassung. Neu eingefügt wurde in der revidierten Fassung Art. 1.2.71. Dieser sieht vor, dass Arbeitsergebnisse sachverständiger Dritter grundsätzlich nicht zu überprüfen sind. Der Beauftragte darf diesfalls vielmehr darauf vertrauen, dass die ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsergebnisse korrekt sind (MARIO MARTI, in: Marti / Gebhardt / Siegenthaler [Hrsg.], SIA-Verträge für Architekten und Ingenieure, Kommentar zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen [Art. 1 LHO] und Erläuterungen zu den Vertragsformularen, Bern 2021, Art. 1.2 N. 62 f.). Dies entspricht im Ergebnis weitgehend der Regelung der SIA-118, insbesondere dessen Art. 25 Abs. 3 (MARTI, a.a.O., Art. 1.2 N. 64), und der aufgrund der genannten Rechtsprechung (BGE 116 II 305 ff. Erw. 2c)cc); BGE 116 II 454 ff. Erw. 2 c)aa)) geltenden Rechtslage gemäss Werkvertragsrecht.

#### **E. 3.4**

Die Klägerin beantragt eingangs ihrer Replik denn auch selbst ein gerichtliches Akten-Gutachten "zur Beurteilung der Schäden und Mängel an den Flachdächern A, B und C", weil die Beklagten 1 und 2 die Erkenntnisse von M.\_\_\_\_\_ teilweise in Zweifel zögen. Das gerichtliche Gutachten solle zu den "nämlichen Fragen" Stellung nehmen und beurteilen, "ob die Flachdächer A, B und C im Zeitpunkt der Klageeinleitung mangelhaft bzw. schadhaft waren und auf welche Ursachen diese Mängel zurückzuführen" seien. Zwar sei der zu beurteilende bauliche Zustand beseitigt, aber sämtliche M.\_\_\_\_\_ vorgelegten Unterlagen noch vorhanden, weshalb ein gerichtliches Gutachten gestützt auf die Akten ohne weiteres möglich sei (act. 38 N. 26). Ob die sich stellenden Beweisfragen mit einem reinen Akten-Gutachten noch geklärt werden könnten, erscheint zweifelhaft, kann aber

- 18 - offenbleiben. Denn das von der Klägerin offerierte Gutachten genügt den gesetzlichen Anforderungen an eine Beweisofferte ohnehin nicht. Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Prinzip der Beweisverbindung). Wenn zu einem konkreten Beweisthema keine Beweismittel angeboten werden, ist das Gericht auch nicht gehalten, diese abzunehmen, wenn sie in einem anderen Zusammenhang angeboten worden sind (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N. 51 unter Hinweis auf BGer-Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 Erw. 4.4; ERIC PAHUD, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N. 17). Genauso ist ein Gutachten, welches eingangs einer Rechtsschrift gewissermassen pauschal zu einem ganzen Sachverhaltskomplex beantragt wird, nicht abzunehmen: Ein Gutachten zur Frage, "ob die Flachdächer A, B und C im Zeitpunkt der Klageeinleitung mangelhaft bzw. schadhaft waren und auf welche Ursachen diese Mängel zurückzuführen sind", bezieht sich offensichtlich nicht auf konkrete Tatsachenbehauptungen, über welche Beweis abgenommen werden könnte, sondern deckt den gesamten Prozessgegenstand ab. Ein gerichtliches Gutachten wäre vielmehr zu konkreten Tatsachenbehauptungen zu offerieren gewesen. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat die Klägerin dies versäumt.

#### **E. 4**

Haftung der Beklagten 1

##### **E. 4.1**

Ausgangslage

###### **E. 4.1.1**

Gemäss Ziffer 2.2.1 GU-Vertrag (act. 3/3) kommt die SIA-Norm 118 Ausführung von Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991, (im Folgenden: "SIA-118") zur Anwendung, soweit sie auf Generalunternehmer-Verträge anwendbar ist und im Vertrag nichts anderes bestimmt wird. Zusätzlich wurden die SIA-Honorarordnungen und SIA-Normen der einzelnen Arbeitsgattungen zum Vertragsbestandteil erklärt (act. 3/3 S. 3; Klägerin: act. 1 N. 22 und act. 38 N. 462, Beklagte 1: act. 48 N. 882).

- 19 -

###### **E. 4.1.2**

Die Klägerin macht der Beklagten 1 verschiedene Vertragsverletzungen bzw. Werkmängel und Mangelfolgeschäden zum Vorwurf, welche nachfolgend im Einzelnen zu prüfen sein werden: Die Klägerin lastet der Beklagten 1 erstens (Rechtsbegehren Ziffer 1) eine vollständige Durchnässung des neu erstellten Flachdachs C und einen dadurch verursachten (Total-) Schaden an. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, an den Dachrändern A und B seien die von der Subunternehmerin der Beklagten 1 verbauten Dilatationen (vor Abklebung mit einer zusätzlichen Folie im Sommer 2017) undicht gewesen (act. 1 N. 105 ff.; act. 38 N. 449, 650, 653 ff., 673 f., 677, 682, 685 ff., 990). Die Klägerin bringt weiter vor, dass das über die undichten Dilatationen und auf andere Weise in die Cortenstahl-Stützen eintretende Wasser in das Dach C geflossen sei, weil die Entwässerungsöffnungen an den Cortenstahl-Stützen verschlossen worden seien. Es liege ein diesbezüglicher Planungsfehler der Beklagten 2 vor, den die Beklagte 1 als Bauleiterin

und ihre Subunternehmerin als ausführende Unternehmerin hätte erkennen und abmahnen müssen. Auch infolge Verletzung dieser Abmahnungspflicht haften die Beklagte 1 für den beim Dach C eingetretenen Schaden, weshalb die Beklagte 1 (zusammen mit der Beklagten 2) für die entsprechenden Sanierungskosten einstehen müsse (act. 1 N. 112; act. 38 N. 460 ff., 660, 673 f.). Die Klägerin verlangt weiter alleine von der Beklagten 1 verschiedene Nachbesserungsarbeiten (Rechtsbegehren Ziffer 3). So wirft sie ihr bzw. ihrer Subunternehmerin zweitens (Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 1) vor, im Rahmen der Gesamtsanierung die EPDM-Folie hinter der Wärmedämmschicht entlang der Dachränder A und B gelöst und anschliessend falsch wieder verklebt zu haben, sodass Wasser in den Innenbereich eindringen könne. Die Klägerin verlangt deshalb die Neuverklebung dieser EPDM-Folie (act. 1 N. 52, 107, 121; act. 38 N. 488 f., 528 ff.). Die Klägerin macht drittens (Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 2) geltend, die Subunternehmerin der Beklagten 1 habe entlang der Dächer A und B die Flachdachwärmedämmung nicht sauber angeschnitten, weshalb diese Hohlräume von bis zu 60mm aufweise. Die Klägerin fordert deshalb die Ausdämmung dieser Hohlräume (act. 1 N. 107; act. 38 N. 538). Weiter macht die Klägerin die Beklagte

- 20 - 1 – wiederum als Folge von undichten Dilatationen – viertens (Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 3) für feuchte Rinnbretter und Brettauflagen entlang der Dachränder A und B (act. 1 N. 46, 107; act. 38 N. 454 ff., 549) sowie fünftens (Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 4) für eine durchnässte Wärmedämmung entlang der Dachränder A und B (act. 1 N. 107; act. 38 N. 556 ff.) verantwortlich, weshalb sie deren Ersatz verlangt. Die Klägerin wirft der Beklagten 1 sechstens (Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 5) vor, dass durch undichte Dilatationen eintretendes Wasser Wasserspuren an den Hallenbad-Fenstern verursacht habe. Sie verlangt die Beseitigung dieser Spuren (act. 1 N. 107; act. 38 N. 407, 566 ff.). Als weitere Mangelfolgeschäden der von der Beklagten 1 zu vertretenden Werkmängel bezeichnet die Klägerin schliesslich die Kosten für Beweissicherungs-massnahmen, für Kontrollen und Sondagen, für Beurteilungen von drohenden Folgeschäden, für das von M.\_\_\_\_\_ erstellte Gutachten, für zahlreiche Ausbesserungsarbeiten im Gebäudeinnern und für Sofortmassnahmen zur Schadensabwehr. Der Ersatz dieser Kosten (unter solidarischer Haftung zusammen mit der Beklagten 2) ist Gegenstand des klägerischen Rechtsbegehrens Ziffer 2 (act. 1 N. 137 ff.; act. 38 N. 346 ff., 689 ff., 1038 ff.). Da sich eine Haftung für diese Mangelfolgeschäden an derjenigen für die verursachenden Werkmängel orientiert, ist auf diese Kosten zum Schluss einzugehen.

## **E. 4.2**

Rechtsbegehren Ziffer 1: Ersatz der Sanierungskosten Dach C

### **E. 4.2.1**

Haftung infolge Einbaus undichter Dilatationen

#### **E. 4.2.1.1**

Unbestrittener Sachverhalt Im Rahmen der streitgegenständlichen Gesamtsanierung verbaute die Subunternehmerin der Beklagten 1 entlang der Dachränder A und B 46 neue Dilatationen (Klägerin: act. 38 N. 435 f.; Beklagte 1: act. 20 N. 41 f. und act. 48 N. 856). Nach einem gemeinsamen Wässerungsversuch am 25. November 2014 wurden von der Beklagten 1 erstmals undichte Dilatationen als Auslöser von Wassereintritten erwähnt. Im Dezember 2014 liess die Beklagte 1 zwei Dilatationen ersetzen (Klägerin: act. 1 N. 57 ff.; Beklagte 1: act. 20 N. 89 f., 325 f. und act. 48 N. 856, 869).

- 21 - Im Jahr 2016 wurden insgesamt drei weitere undichte Dilatationen entdeckt (Klägerin: act. 38 N. 436, 503, 756; Beklagte 1: act. 20 N. 42, 91, 350 und act. 48 N. 68, 856, 869). Am 14. November 2016 rügte die Klägerin deshalb gegenüber der Beklagten 1, dass sämtliche Dilatationen an den Dachrändern A und B mangelhaft bzw. undicht seien (Klägerin: act. 1 N. 91; act. 3/60). Mit Schreiben vom 27. Januar 2017 bot die Beklagte 1 an, sämtliche Dilatationen mit einer zusätzlichen PBD-Bahn zu überkleben (Klägerin: act. 1 N. 94; Beklagte 1: act. 20 N. 362; act. 3/63;). Im Juni 2017 führte die I. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin der Beklagten 1 diese Überklebung aus, womit dieser von der Klägerin behauptete (Primär-) Mangel behoben wurde (Klägerin: act. 38 N. 11, 437, 501, 891; Beklagte 1: act. 20 N. 43, 95 f., 101, 104 und act. 48 N. 857). Vor dieser Überklebung floss durch undichte Dilatationen eindringendes Regenwasser in die offene Fassaden-Konstruktion bzw. in die Cortenstahl-Stützen (Klägerin: act. 38 N. 674 f., 677, 685; Beklagte 1: act. 20 N. 232). Im Zuge der streitgegenständlichen Gesamt-sanierung wurde die Abdichtungsebene von Dach C infolge einer dickeren Wärmedämmschicht angehoben, wodurch die Entwässerungsöffnungen an den Cortenstahl-Stützen verschlossen wurden. In der Folge konnte in den Cortenstahl-Stützen befindliches Wasser nicht mehr auf das Dach C abfließen, sondern floss nunmehr in das Dach C (Klägerin: act. 1 N. 38 ff., 83, 109 f., 157 und act. 38 N. 446 f., 676; Beklagte 1: act. 20 N. 48, 201, 217 und act. 48 N. 28, 885, 1015), wo es die Wärmedämmung durchnässte (Klägerin: act. 1 N. 108 ff.; act. 38 N. 449, 475, 653 f., 673 f., 682, 774; Beklagte 1: act. 20 N. 233, 267).

#### **E. 4.2.1.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin bringt unter Hinweis auf eine Schätzung von M. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/53) vor, dass bis zu 90% des in das Dach C bzw. dessen Wärmedämmung eingedrungenen Wassers auf die undichten Dilatationen zurückzuführen seien (act. 1 N. 88; act. 38 N. 449, 650, 774, 990). Das restliche, aufgrund von Kondensation und Schlagregen über die Cortenstahl-Stützen in das Dach C eindringende Wasser hätte nach Ansicht der Klägerin sodann allein erst nach rund zehn Jahren zum Totalschaden im Dach C geführt (act. 1 N. 88; act. 38 N. 684, 1120). Im Übrigen

- 22 - hält die Klägerin die von der Beklagten 1 genannten, weiteren Schadensursachen für irrelevant (act. 38 N. 653 f., 762). Die Beklagte 1 bestreitet, dass alle Dilatationen undicht waren (act. 20 N. 11, 43, 64, 104, 350, 359, 371; act. 48 N. 68, 834, 856, 869, 891, 950, 954, 1244, 1288) und die tatsächlich undichten Dilatationen direkte Ursache des Schadens im Dach C sind; vielmehr könnten die undichten Dilatationen weggedacht werden, ohne dass der Schaden im Dach C entfielen. Einerseits sei erst durch die Abdichtung der Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen überhaupt eine Kausalkette zwischen undichten Dilatationen und Wasserschaden im Dach C hergestellt worden (act. 20 N. 267). Andererseits bestünden zahlreiche andere Schadensursachen, namentlich die Stossfugen der Fensterbank unter den Stützen, die Abdichtung anlässlich einer früheren Sanierung, weitere Öffnungen/Aussparungen in der Fensterbank innerhalb der Cortenstahl-Stützen sowie unfachmännisch durchgeführte Sondagen und Kontrollstutzen. Es sei völlig offen, in welchem Umfang welche Schadensursache zur Durchnässung des Dachs C geführt hätten. Diese unklare Situation müsse nach Beseitigung des angeblich schadhafte Zustands durch die Klägerin zu Lasten der beweisbelasteten Klägerin gehen (act. 20 N. 51 f., 193, 229 ff., 253; act. 48 N. 891, 1017 ff.).

#### **E. 4.2.1.3**

Rechtliches Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm zugesicherte, vertraglich vereinbarte oder wegen Gebrauchstauglichkeit und Verkehrsanschauung nach Treu und Glauben auch ohne Vereinbarung vorausgesetzte Eigenschaften fehlen (BGE 114 II 239 ff. Erw. 5aa; BGer-Urteil 4A\_570/2020 vom 6. April 2021 Erw. 3.1; vgl. Art. 166 SIA- 118). Die Differenz zwischen "Sollbeschaffenheit" und der tatsächlichen Beschaffenheit bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (GAUDENZ G. ZINDEL / BE- TRAND G. SCHOTT in: Widmer Lüchinger / Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 368 N. 9). Das abgelieferte Werk muss mangels anderer Vereinbarung so beschaffen sein, dass es für den massgeblichen Gebrauchszweck in vollem Umfang taugt (vgl. Art. 166 Abs. 2 SIA-118). Dies bestimmt sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung gebräuchlich ist. Massgebend sind die Grundsätze, welche

- 23 - die Verkehrsanschauung als objektiv vernünftig und richtig anzusehen pflegt. Entsprechend schuldet der Unternehmer ein Werk, dass nach der Beschaffenheit mindestens den anerkannten Regeln der Baukunde oder einem gleichwertigen Standard zum Zeitpunkt der Ausführung entspricht (BGer Urteil 4A\_428/2007 vom 2. Dezember 2008 Erw. 3.1; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2019, N. 1406 ff.). Es wird zwischen Primär- und Sekundärmängeln unterschieden (BGer-Urteil 4A\_303/2017 vom 13. Dezember 2017 Erw. 3.4). Der Primärmangel besteht bereits bei Ablieferung des Werks. Er bildet die Ursache des Sekundärmangels, der nach der Ablieferung an demselben Werk entsteht. Beim Sekundärmangel handelt es sich nicht um eine Vergrösserung des Primärmangels, sondern um einen neuen Mangel, der durch den Primärmangel bedingt ist (BGer-Urteil 4A\_109/2014 vom 21. Mai 2014 Erw. 3.3.1). Wenn ein ("Primär-") Mangel nicht an demselben Werk, sondern am übrigen Eigentum des Bestellers zu einem Schaden führt, liegt kein Sekundärmangel, sondern ein Mangelfolgeschaden vor (GAUCH, a.a.O., N. 1865).

#### **E. 4.2.1.4**

Würdigung 4.2.1.4.1. Zumindest im Grundsatz unstrittig ist wie bereits erwähnt, dass nach der Ablieferung des Werks Wasser durch undichte Dilatationen eindrang und ins Dach C gelangte, wo es die Wärmedämmung durchnässte und einen Schaden verursachte. Das Dach C bzw. die darin verbaute Wärmedämmung gehört wie die undichten Dilatationen zum von der Beklagten 1 erstellten Werk. Beim genannten Schaden im Dach C würde es sich folglich um einen Sekundärmangel handeln. 4.2.1.4.2. Die Klägerin lässt indessen ausführen, dass sämtliches Wasser, welches über die undichten Dilatationen seinen Weg ins Dach C fand, durch die Cortenstahl-Stützen dorthin gelangte (act. 38 N. 674 f., 677, 685). Die undichten Dilatationen haben folglich selbst nach klägerischer Darstellung nur deshalb zu einem Schaden am Dach C geführt, weil die Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen verschlossen worden waren. Wären diese Entwässerungsöffnungen nicht verschlossen worden, hätte das durch die undichten Dilatationen in die Cor-

- 24 - tenstahl-Stützen eindringende Wasser auf das Dach C abfliessen können, ohne einen Schaden anzurichten. In diesem Sinne macht die Klägerin weiter geltend, das Abdichten der Entwässerungsöffnungen hätte im Dach C auch ohne das Wasser, welches durch die undichten Dilatationen eingedrungen ist, innert zehn Jahren zu einem Totalschaden geführt (act. 1 N. 88; act. 38 N. 684, 1120). Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auch auf die damit übereinstimmenden Ausführungen von M.\_\_\_\_\_, wonach die Mängel und Schäden beim Dach C hauptsächlich auf einen Planungsfehler zurückzuführen seien (act. 1

N. 157). Festzuhalten ist, dass sich der Begriff "hauptsächlich" allein auf die eintretende Wassermenge, nicht auf die eigentliche Schadenursache bezieht. Auch nach M.\_\_\_\_\_ ist der Schaden am Dach C einzig auf die Abdichtung der Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen zurückzuführen (vgl. die von der Klägerin zitierte Stelle, act. 3/48 S. 87). 4.2.1.4.3. In diesem Zusammenhang ist folgendes Missverständnis klarzustellen: Die Klägerin weist in der Replik wiederholt auf ein Zitat aus dem Gutachten M.\_\_\_\_\_ hinsichtlich eines nicht ausführbaren Details beim Abschluss der Flachdachabdichtung hin, was im Gutachten M.\_\_\_\_\_ (ebenfalls) als Planungsfehler bezeichnet wird (act. 3/48 S. 82, 91). Diesen Planungsfehler macht die Klägerin der Beklagten 2 zwar an verschiedenen Stellen der Replik in missverständlicher Weise zum Vorwurf (act. 38 N. 973 ff., 1041, 1116, 1138) bzw. macht sie in act. 38 N. 842 geltend, die Beklagte 2 habe in Verletzung ihrer Prüf- und Kontrollpflichten nicht bemerkt, dass „nicht nach Plänen gearbeitet“ worden sei. Dieser "Planungsfehler" bildet aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Wie sich aus dem Zitat aus dem Gutachten M.\_\_\_\_\_ (act. 3/48 S. 82, 91) und aus der übrigen Argumentation der Klägerin ergibt, bezieht sich die vorgebrachte Planabweichung nicht auf das Verschliessen der Entwässerungsöffnungen, sondern allein auf den Anschluss des Dachs C an die Fensterscheibe bzw. die Fensterbank. In diesem Sinne führt die Beklagte 1 in der Klageantwort unter dem Titel "Planungsfehler 1" klärend aus, ein erster Planungsfehler der Beklagten 2, nämlich der bautechnisch falsch geplante Anschluss der Dichtung direkt an die Fensterscheibe sei aufgrund der Intervention der Beklagten 1 korrigiert und die Abdichtfolie stattdessen ohne Wärmedämmschicht direkt auf der Fensterbank angebracht

- 25 - worden. Unter dem Titel "Planungsfehler 2" macht die Beklagte 1 sodann Ausführungen zur Entwässerung über die Cortenstahl-Stützen, welche von der Beklagten 2 bei ihrer Planung nicht beachtet worden sei, was – wie von der Beklagten 2 geplant – zum Verschliessen der Entwässerungsöffnungen mit einer Flüssigkunststoff-Abdichtung geführt habe (act. 20 N. 197 ff., 315; act. 48 N. 992). Die Klägerin bestätigt im Ergebnis die Ausführungen der Beklagten 1 zum "Planungsfehler 1" (act. 38 N. 617 ff., 938). Die Beklagte 2 führt zu den Ausführungen der Beklagten 1 zum "Planungsfehler 1" duplicando aus, die Beklagte 1 habe diese Abweichung von der Ausführungsplanung ohne Information und Rücksprache mit der Beklagten 2 eigenmächtig vorgenommen. Die Beklagte 2 habe davon erst nach Bauabschluss Kenntnis erhalten. Sie bestreitet die im Gutachten M.\_\_\_\_\_ statuierte technische Undurchführbarkeit der ursprünglichen Planung. Die Beklagte 2 vermischt diese Thematik – möglicherweise aufgrund der irreführenden klägerischen Ausführungen – indessen mit dem vorliegend einzig relevanten "Planungsfehler 2", und folgert daraus, dass die Beklagte 1 in Abweichung von der Ausführungsplanung die Entwässerungsöffnungen bei den Cortenstahl-Stützen abgedichtet habe (vgl. z.B. act. 51 N. 30 ff., 65, 936, 949, 1038, 1075, 1214). Dies ist unzutreffend. Der Abschluss der Flachdachabdichtung ("Planungsfehler 1") hat soweit ersichtlich keinen Zusammenhang mit dem Verschliessen der Entwässerungsöffnungen ("Planungsfehler 2"). Die vorliegend allein interessierende Abdichtung der Entwässerungsöffnungen war mithin bereits in der (Ausführungs-) Planung der Beklagten 2 vorgesehen und wurde von der Beklagten 1 plankonform umgesetzt (Klägerin: act. 38 N. 618; Beklagte 1: act. 20 N. 198). Dies entsprach im Übrigen in der Klageantwort auch noch der Haltung der Beklagten 2 (act. 18 N. 63 f., 226). So anerkannte sie explizit, den höheren Dachaufbau geplant zu haben, welcher die Entwässerungsöffnungen in der Folge verdeckte, weil ihr die Entwässerungsöffnungen mangels Einzeichnung in den ihr von der Klägerin zugestellten

Bestandesplänen nicht bekannt gewesen seien. Sofern die Beklagte 2 dies in ihrer Duplik neu bestreiten wollte (act. 51 N 5 ff.), wäre dies widersprüchlich. Die von der Beklagten 2 geplante und von der Beklagten 1 umgesetzte Konstruktion, welche die Entwässerungsöffnungen verschloss, wird im Folgenden als

- 26 - Planungsfehler bezeichnet. Ob die Beklagte 2 diesen Fehler zu vertreten hat bzw. eine diesbezügliche Haftung besteht, wird an anderer Stelle zu prüfen sein. 4.2.1.4.4. Nach einem allgemein geltenden Grundsatz wird ein grundsätzlich bestehender natürlicher Kausalzusammenhang unterbrochen und greift keine Haftung, wenn der präsumtiv Haftpflichtige beweisen kann, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten (BGE 131 III 115 ff. Erw. 3.1 m. H.; BGer-Urteil 4D\_67/2014 vom 26. Januar 2015 Erw. 2.4.1). Vorliegend wäre selbst nach klägerischer Darstellung derselbe (Total-) Schaden am Dach C auch ohne die undichten Dilatationen eingetreten, bloss später. Gemäss dem vorstehend erwähnten Grundsatz kann die Klägerin unter diesen Umständen von der Beklagten 1 nur insoweit Schadenersatz verlangen, als das frühere Auftreten des Sekundärmangels – vorliegend die Durchnässung des Dachs C – höhere Kosten verursacht hat (BGer-Urteil 4D\_67/2014 vom 26. Januar 2015 Erw. 2.4.2). Solches behauptet die Klägerin nicht. Sie macht im Gegenteil explizit geltend, die undichten Dilatationen hätten nichts am Schadensumfang und den erforderlichen Sanierungsmassnahmen geändert (act. 1 N. 160). Entsprechend muss davon ausgegangen werden, dass derselbe Schaden in derselben Höhe auch bei rechtmässigem (Alternativ-) Verhalten der Beklagten 1 eingetreten wäre. Damit würde der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den undichten Dilatationen und dem Schaden im Dach C entfallen, sofern er sich denn hätte erstellen lassen. Folglich besteht hinsichtlich des Schadens am Dach C von vornherein keine Haftung der Beklagten 1 aufgrund undichter Dilatationen. 4.2.1.4.5. Zu prüfen bleibt, ob eine Haftung der Beklagten 1 für den Schaden im Dach C besteht, weil sie hinsichtlich der Abdichtung der Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen eine Abmahnungspflicht verletzt hat.

#### **E. 4.2.2**

Haftung infolge Verletzung einer Abmahnungspflicht

##### **E. 4.2.2.1**

Parteistandpunkte

- 27 - Die Klägerin wirft der Beklagten 1 vor, sie habe die fehlerhafte bzw. die Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen verschliessende Planung der Beklagten 2 umgesetzt, ohne sie (die Klägerin) über die Folgen abzumahnern, obwohl die Beklagte 1 bzw. deren Subunternehmerin den Planungsfehler erkannt habe bzw. hätte erkennen sollen. Eine entsprechende Abmahnungspflicht der Beklagten 1 leitet die Klägerin aus Art. 25 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 101 Abs. 3 SIA-118 und aus Art. 1.3.51 SIA-Norm 102, Ausgabe 2003 (im Folgenden: "SIA-102") sowie aus vertraglichen Pflichten der Beklagten 1 ab (act. 38 N. 457 ff., 670 ff.). Die Beklagte 1 bestreitet das Bestehen und die Verletzung einer Abmahnungspflicht; sie bzw. ihre Subunternehmerin hätten die fehlerhafte Planung nicht erkannt. Die fehlerhafte Planung hätten sie weiter aus mehreren Gründen auch nicht erkennen müssen. Einerseits sei die Klägerin sachverständig sowie durch ihre Bauherrenvertretung und die Beklagte 2 sachverständig vertreten gewesen, weshalb eine Abmahnungspflicht gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-118 entfalle. Zudem sei eine Nachprüfung der Pläne nicht geschuldet und die Fehlerhaftigkeit der Planung auch nicht ohne weiteres

erkennbar (Art. 25 Abs. 3 SIA-118) gewesen (act. 20 N. 243 ff., 355, 376 f.; act. 48 N. 872 ff., 1033 ff.). Die Beklagte 1 sei insbesondere nicht verpflichtet gewesen, komplizierte technische Untersuchungen durchzuführen; solche wären für sie aber nötig gewesen, um die Fehlerhaftigkeit der Planung erkennen zu können (act. 48 N. 879 f.). Die Beklagte 1 bestreitet schliesslich die Anwendbarkeit von Art. 1.3.51 der SIA-102 (act. 48 N. 882).

#### **E. 4.2.2.2**

Rechtliches Die Mängelrechte der Bestellerin fallen dahin, wenn diese entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen der Unternehmerin an seinen Weisungen über die Ausführung festhält und dadurch den Werkmangel selbst verschuldet hat (Art. 369 OR). Für Werkmängel, die sich aus der Befolgung einer sachverständig erteilten Weisung ergeben, wird die Unternehmerin auch ohne Abmahnung von der Mängelhaftung befreit, sofern sie die Fehlerhaftigkeit der Weisung weder erkannte noch erkennen musste (BGE 116 II 305 ff. Erw. 2c)cc); BGE 116 II 454 ff. Erw. 2 c)aa); BGer-Urteil 4A\_37/2019 vom 30. April 2019 Erw. 3.4.2). Eine Unternehmerin muss die Fehlerhaftigkeit einer sachverständig erteilten Weisung erkennen,

- 28 - wenn die Fehlerhaftigkeit offensichtlich ist oder wenn sie erstens zur Nachprüfung der Weisung verpflichtet ist und zweitens der bei ihr vorhandene oder von ihr nach den Umständen zu erwartende Sachverstand ausreicht, um die Fehlerhaftigkeit der sorgfältig nachgeprüften Weisung zu erkennen (BGer-Urteil 4A\_213/2015 vom 31. August 2015 Erw. 4.4.2, mit Hinweis auf GAUCH, a.a.O., N. 1968 ff.). Als offensichtlich fehlerhaft gilt eine Weisung, wenn sie für die Unternehmerin aufgrund ihres tatsächlichen oder nach den Umständen zu erwartenden Sachverstands ohne Weiteres, d.h. ohne besondere Nachprüfung, erkennbar war. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Fehlerhaftigkeit der Weisung auf offenkundig falschen Massen beruht, die Weisung den allgemein anerkannten Regeln der Technik im Fachbereich der Unternehmerin widerspricht oder wenn die Fehlerhaftigkeit im Zusammenhang mit der konkreten Werkausführung evident zutage tritt (GAUCH, a.a.O., N. 1969). Im Geltungsbereich der SIA-118 enthält deren Art. 25, auf den Art. 166 Abs. 4 SIA-118 verweist, eine einschlägige Regelung. Art. 25 Abs. 3 SIA-118 sieht vor, dass der Unternehmer die ihm übergebenen Pläne und die Bausubstanz nur dann (nach-) zu prüfen hat, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist; der Unternehmer hat allerdings Unstimmigkeiten oder andere Mängel abzumahnern, die er bei der Ausführung seiner Arbeit tatsächlich erkennt. Unter Unstimmigkeiten sind dabei insbesondere Fehler, Widersprüche oder Lücken in (bzw. zwischen) Plänen zu verstehen (Urteil HG120094 vom 8. Mai 2014 Erw.

#### **E. 4.2.2.3**

Würdigung 4.2.2.3.1. Wie nachfolgend zu zeigen ist, bestand keine Abmahnungspflicht der Beklagten 1; dies unabhängig davon, ob sich die behauptete Abmahnungspflicht der Beklagten 1 nach der SIA-118 oder der SIA-102 (oder der gesetzlichen Regelung) beurteilt. Insbesondere ergibt sich eine Abmahnungspflicht der Beklagten 1 bzw. infolge Zurechnung ihrer Subunternehmerin auch nicht aus einer Offensichtlichkeit des Planungsfehlers. Festzuhalten ist, dass die klägerische Weisung in Form der Ausführungspläne sachverständig erteilt wurde. Die fraglichen Pläne wurden durch die Beklagte 2 erstellt, welche als spezialisierte Planerin von der Klägerin beigezogen worden war. 4.2.2.3.2. Soweit die Klägerin vorträgt, die Subunternehmerin und "wohl" auch die

Beklagte 1 selbst hätten die Fehlerhaftigkeit der Planung anlässlich der Bauausführung tatsächlich erkannt (act. 38 N. 460), ist sie nicht zu hören. Hinsichtlich der Beklagten 1 behauptet die Klägerin gerade nicht konkret, dass diese die Fehler-

- 30 - haftigkeit der Planung tatsächlich erkannt hat. Wie sich bereits aus der gewählten Formulierung sowie aus dem weiteren Vorbringen, alles "spreche" für ein tatsächliches Erkennen, als auch aus dem übrigen klägerischen Vortrag ergibt, erachtet die Klägerin die Entwässerung über die Öffnungen in den Cortenstahl-Stützen und die Fehlerhaftigkeit der Planung als erkennbar bzw. offensichtlich. Der klägerische Vorwurf geht damit letztlich dahin, dass die Beklagte 1 den Planungsfehler hätte erkennen müssen. Was die Subunternehmerin der Beklagten 1 anbelangt, substantiiert die Klägerin nicht, wer wann die Fehlerhaftigkeit tatsächlich erkannt haben soll. Im Übrigen würden auch entsprechende Beweisofferten fehlen. Damit ist vorliegend auch hinsichtlich der Subunternehmerin nicht erstellt, dass sie den Planungsfehler tatsächlich erkannt hat. 4.2.2.3.3. Im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, wonach die Beklagte 1 bzw. deren Subunternehmerin die Entwässerungsöffnungen, die ganze Entwässerungslösung in der Fassade sowie den Planungsfehler und dessen (schädliche) Folgen hätte erkennen müssen (act. 38 N. 466), verweist die Klägerin auf die Stellungnahme von M. \_\_\_\_\_ zu seinem Gutachten (act. 3/52; act. 1 N. 87, 112 f.) und auf das von der Beklagten 1 eingereichte Foto Nr. 1530 (act. 21/30) sowie auf die Fotos Nr. 78 und 79 im Gutachten M. \_\_\_\_\_ (act. 3/48 S. 54; act. 38 N. 599 f.). Die Klägerin und die Beklagte 1 gehen darin einig, dass die auf den letztgenannten Fotos ersichtliche und auf dem Foto Nr. 79 umkreiste, kleine Öffnung nicht die fragliche Entwässerungsöffnung darstellt (Klägerin: act. 38 N. 600; Beklagte 1: act. 48 N. 981). Nach Darstellung sowohl der Klägerin als auch der Beklagten 1 handelt es sich bei der interessierenden Entwässerungsöffnung um die darüber liegende Nut (Klägerin: act. 38 N. 599 f.; Beklagte 1: act. 20 N. 171), welche wie folgt aussieht (act. 20 N. 171; act. 21/29):

- 31 - 4.2.2.3.4. Die Klägerin scheint letztlich aus der Beschaffenheit und Lage dieser Öffnungen abzuleiten, dass ihre Funktion und darüber hinaus die gesamte Entwässerungslösung in dieser Fassade und der drohende Schaden im Falle eines Verschliessens der Entwässerungsöffnungen für die Beklagte 1 als Bauleitung sowie für die ausführende Subunternehmerin mit ihrem Sachverstand erkennbar waren (vgl. act. 38 N. 604, 624). Als Beweis offeriert sie in diesem Zusammenhang eine Passage in der Stellungnahme von M. \_\_\_\_\_ zu seinem Gutachten. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde, kommt dem Gutachten M. \_\_\_\_\_ bzw. der Stellungnahme von M. \_\_\_\_\_ bloss der Stellenwert einer Parteibehauptung zu, weshalb sie als solche zu würdigen ist. M. \_\_\_\_\_ hat die klägerische Frage, ob die Beklagte 1 die Öffnungen hätte erkennen müssen, schlicht mit „Ja.“ beantwortet (act. 3/52 S. 37). Das ist offensichtlich und letztlich nicht entscheidend. Massgebend ist, ob anhand der Lage und Existenz dieser Öffnungen die Entwässerungsfunktion dieser Öffnung und damit die ganze Entwässerungslösung in der Fassade sowie v.a. der drohende Schaden im Falle des geplanten Verschliessens für die Beklagte 1 und deren Subunternehmerin erkennbar war. Dies war Gegenstand einer weiteren klägerischen Ergänzungsfrage an M. \_\_\_\_\_, welche dieser bejahte (act. 3/52 S. 38), ohne dies allerdings näher zu begründen. Demnach ergibt sich aus den zitierten Ausführungen von M. \_\_\_\_\_ keine ausreichende Kon-

- 32 - kretisierung des klägerischen Standpunkts. Die Klägerin leitet eine Abmahnungspflicht der Beklagten 1 somit einerseits daraus ab, dass der Planungsfehler bzw. der drohende Schaden aufgrund der Entwässerungsöffnungen am Ende der Cor-

tenstahl-Stützen offensichtlich gewesen sei, andererseits aber auch aus einer angeblichen Pflicht der Beklagten 1, die von der Beklagten 2 erstellte Planung nachzuprüfen. 4.2.2.3.5. Hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten Offensichtlichkeit der fehlerhaften Planung nicht relevant und entsprechend nicht eingehender zu prüfen ist, ob die Beklagte 1 die zweite ursprüngliche Entwässerungsmöglichkeit über die im Fuss der Cortenstahl-Stützen unterkant eingebrachte Folie hätte erkennen müssen oder nicht (Klägerin: act. 38 N. 439 f., 578 ff.; Beklagte 1: act. 20 N. 45 f., 174 ff. und act. 48 N. 970). Der Umstand, dass diese Entwässerungslösung auch nach klägerischer Darstellung von M.\_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Gutachtenserstellung nicht erkannt wurde und auch nicht erkannt werden konnte (act. 38 N. 580), dazu vielmehr noch eingehendere Abklärungen einschliesslich des Öffnens dieses Fassadenbereichs notwendig waren, lässt zumindest darauf schliessen, dass die ursprüngliche Entwässerungslösung komplex war und in ihrer Gesamtheit selbst für sachverständige Personen nicht ohne eingehendere Abklärungen zu erfassen war. Dies zeigt sich im Übrigen auch daran, dass die genannte zweite Entwässerungsmöglichkeit bei einer früheren, nicht streitgegenständlichen und ohne Beteiligung der Beklagten 1 durchgeführten Sanierung nicht erkannt und in der Folge unterbunden worden war (Beklagte 1: act. 20 N. 47.1, 180 ff.; von der Klägerin unsubstantiiert bestritten in act. 38 N. 588 ff.). Weiter führt die Klägerin in anderem Zusammenhang aus, dass selbst noch bei der Sanierung im Jahr 2017 trotz sorgfältiger vorgängiger Sondage von der Beklagten 2 eine Sanierungsmassnahme geplant worden sei, welche – wie sich während der Ausführung herausstellte – keine genügende Abdichtung bewirkt hätte (act. 38 N. 284). Die Klägerin führt dies nicht auf fehlenden Sachverstand der Beklagten 2 zurück, sondern auf die hohe Komplexität der Konstruktion. Diese Ausführungen sprechen nicht dafür, dass der Planungsfehler bzw. der drohende Schaden für die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin offensichtlich waren. Weshalb unter diesen Umständen trotzdem von einer – sich nach dem aufseiten der Beklagten 1 bzw. ihrer

- 33 - Subunternehmerin vorhandenen bzw. vorauszusetzenden Sachverstands richten den – Offensichtlichkeit ausgegangen werden muss, wäre von der Klägerin näher zu begründen gewesen. Dies hat sie unterlassen. 4.2.2.3.6. Die Klägerin offeriert zu ihrer pauschalen Behauptung im Übrigen lediglich M.\_\_\_\_\_ und ihren zuständigen Mitarbeiter N.\_\_\_\_\_ als (im Falle von M.\_\_\_\_\_ sachverständigen) Zeugen (act. 38 N. 466, 473 f., 604). Was eine Befragung von N.\_\_\_\_\_ anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass die sich stellende technische Fragestellung nicht durch Vermittlung von unmittelbaren eigenen Wahrnehmungen, sondern von wissenschaftlichen Erfahrungssätzen zu beantworten wäre. Dies schliesst eine Zeugen- bzw. Parteibefragung aus. Die Klägerin bestreitet im Übrigen hinsichtlich der fraglichen Problematik jedweden Sachverstand ihrer Mitarbeiter und der übrigen auf ihrer Seite involvierten Personen (vgl. act. 38 N. 457 ff.). Inwiefern eine Befragung von N.\_\_\_\_\_ vor diesem Hintergrund etwas zur Klärung der sich stellenden Fragestellung hätte beitragen können, erschliesst sich nicht. Dieser Beweis wäre folglich selbst im Falle eines ausreichend substantiierten Vortrags nicht abzunehmen gewesen. Gleiches gilt für das (sachverständige) Zeugnis von M.\_\_\_\_\_, weil es grundsätzlich eine reine Frage der Sachverhaltswürdigung ist, ob anhand der Entwässerungsöffnungen von der Beklagten 1 als Bauleitung bzw. von deren Subunternehmerin als ausführende Unternehmerin mit ihrem jeweiligen Sachverstand die ganze Entwässerungslösung in der Fassade sowie v.a. der drohende Schaden im Falle eines Verschliessens erkennbar war. Zwar ermöglicht Art. 175 ZPO, einem sachverständigen Zeugen auch Fragen zur Sachverhaltswürdigung zu stellen (vgl. zum Ganzen Erw. 3 vorstehend). Vorliegend muss

dies aber nur schon deshalb ausser Betracht fallen, weil M.\_\_\_\_\_ nach dem Gesagten nur Fragen zur Sachverhaltswürdigung gestellt werden sollen; dies mit dem Ziel, die genannte beweisbedürftige Behauptung zu beweisen. Das ist wie ausgeführt nicht Sinn und Zweck von Art. 175 ZPO, sondern eines gerichtlichen Gutachtens i.S.v. Art. 183 ff. ZPO. Ein solches ist von der Klägerin zu dieser Frage nicht offeriert. Andere Beweise, mittels welcher sich der klägerische Standpunkt erstellen liesse, offeriert die Klägerin ebenfalls nicht. Die behauptete Offensichtlichkeit des Planungsfehlers bzw. des dadurch drohenden

- 34 - Schadens bliebe folglich unbewiesen, selbst wenn von einem ausreichend substantiierten Behauptungsfundament ausgegangen würde. 4.2.2.3.7. Zu prüfen bleibt der klägerische Vorwurf, wonach die Beklagte 1 insbesondere in ihrer Funktion als Bauleiterin bei vertragsgemässer Überprüfung der von der Beklagten 2 erstellten Ausführungspläne den Planungsfehler hätte erkennen müssen (act. 38 N. 457 ff.). Die Klägerin trägt diesbezüglich insbesondere vor, die Beklagte 1 hätte sich vergewissern müssen, dass die Entwässerung mit dem neuen (höher gelegten) Dachanschluss weiterhin funktioniere. Da sie dies unterlassen habe, habe sie ihre Bauleitungsaufgaben vertragswidrig vernachlässigt (act. 38 N. 466), zumal im GU-Vertrag die Dichtigkeit im Rahmen des projektbezogenen Qualitätsmanagements als Schwerpunkt definiert worden sei (act. 38 N. 469 ff.). 4.2.2.3.8. Die Beklagte 1 hat unbestrittenermassen eine handwerklich einwandfreie Umsetzung der von der Klägerin vorgegebenen Pläne (Weisungen) abgeliefert. Nach den ersten Wassereintritten zog sich die konkrete Ursachenforschung über Monate bzw. Jahre hin und machte den Beizug von Gutachtern notwendig, welche die gesamte Entwässerungslösung anscheinend zuerst gar nicht zu erfassen vermochten. Bereits dieser Umstand legt nahe, dass die Entwässerungslösung komplex und nur mittels einschlägigem Spezialwissen nachvollziehbar war. Inwiefern der Beklagten 1 solches Spezialwissen zu eigen wäre oder sie sich solches anrechnen lassen müsste, legt die Klägerin nicht dar. Darüber hinaus war eine eingehende Prüfung des baulichen Vorbestands vor Ort – was die Klägerin gerade der Beklagten 2 als Unterlassung anlastet – und teilweise ein Rückbau der Fassade erforderlich. Dies überschreitet das Mass an Nachprüfung von Plänen, welches von einer Bauleitung und Unternehmerin ohne explizite Vereinbarung verlangt werden kann, und die von einer Bauleitung geschuldete Sorgfalt bei Weitem: Sowohl die ausführende (Sub-) Unternehmerin als auch die Bauleitung haben sich mit den Plänen vor Ort ein Bild der baulichen Situation und des baulichen Vorbestands zu machen, soweit dies zur korrekten und plankonformen Erstellung des Werks erforderlich ist. Aus diesem Zweck ergibt sich aber auch der Umfang der vorzunehmenden Prüfung. Ohne explizite vertragliche Abrede kann

- 35 - weder von der Unternehmerin noch von der Bauleitung verlangt werden, die Planung einer spezialisierten Planerin von Grund auf und im Detail zu hinterfragen und nachzuprüfen. Sowohl die Beklagte 1 als auch die ausführende Subunternehmerin dürfen sich unter Vorbehalt einer anderen Abrede grundsätzlich darauf verlassen, dass die spezifisch zu diesem Zweck beigezogene, spezialisierte Beklagte 2 die Details korrekt geplant und somit auch – selbst im Falle des Verschliessens der Entwässerungsöffnungen – eine ausreichende Entwässerung sichergestellt hat. Die Pflicht der Bauleitung zu laufenden Kontrollen zielt in diesem Sinne auf eine korrekte und handwerklich einwandfreie Erstellung des bestellten Werks, nicht auf eine detaillierte bzw. vollständige Nachprüfung der gesamten Planung ab. Insofern orientieren sich die der Unternehmerin bzw. der Bauleitung obliegenden Kontroll- und Prüfpflichten auch an der von der Bauherrin

gewählten Arbeitsteilung. 4.2.2.3.9. Die Klägerin hätte vor diesem Hintergrund konkret darlegen müssen, wie die Beklagte 1 (oder allenfalls ihre Subunternehmerin) ihre angeblich aus dem "projektbezogenen Qualitätsmanagement (PQM)" (im Folgenden: "PQM") oder anderen Abreden ergebenden Kontrollpflichten hätte erfüllen und die schädlichen Folgen der geplanten Abdichtung erkennen sollen. Dies unterlässt die Klägerin, sodass auch unklar bleibt, was die Parteien bzw. die Klägerin unter dem diesbezüglich verwendeten Begriff der "kontrollierten Eigenüberwachung" (act. 38 N. 472, 668; act. 3/3 Ziffer 6.1.4) verstehen. Eine explizite Pflicht der Beklagten 1, die Planung der Klägerin bzw. ihrer Hilfsperson, der Beklagten 2, im Detail zu überprüfen bzw. gar durch den Beizug von Dritten überprüfen zu lassen, ergibt sich aus dem von der Klägerin angeführten Stellen des GU-Vertrags, insbesondere dessen Ziffer 6.1, nicht. Der GU-Vertrag und das PQM scheinen vielmehr darauf ausgerichtet gewesen zu sein, eine einwandfreie Umsetzung der von der spezialisierten Planerin (Beklagte 2) erstellten Pläne sicherzustellen. Eine solche einwandfreie Umsetzung wurde von der Beklagten 1 unbestrittenermassen abgeliefert. Nach dem Gesagten hat die Beklagte 1 die fehlerhafte Planung weder erkennen noch erkennen müssen, weshalb auch keine dahingehende Abmahnungspflicht bestand bzw. verletzt wurde. Eine Haftung der Beklagten 1 für die Schäden

- 36 - im Dach C besteht demnach nicht, weshalb das Rechtsbegehren Ziffer 1 hinsichtlich der Beklagten 1 abzuweisen ist.

### **E. 4.3**

und 4C.139/2005 vom 29. März 2006 Erw. 2.3) gilt diese Anzeigepflicht des Unternehmers, der einen bestimmten problematischen Sachverhalt erkannt hat, unabhängig davon, ob dieser Sachverhalt in seinen Aufgaben- und Verantwortungsbereich fällt oder ob er davon beiläufig oder zufällig Kenntnis erhalten hat (HÜRLIMANN, a.a.O., Art. 25 N. 22.2). Verletzt der Unternehmer seine Anzeigepflicht, 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-118). Das bedeutet unter anderem, dass der Unternehmer ganz oder teilweise gewährleistungs- oder schadenersatzpflichtig wird und sich davon nicht mit dem Einwand befreien kann, dass der Mangel aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stamme (HÜRLIMANN, a.a.O., Art. 25 N. 7). Analoges gilt im Geltungsbereich der SIA-102.

#### **E. 4.3.1**

EPDM-Folie

##### **E. 4.3.1.1**

Unbestrittener Sachverhalt Die fragliche (vertikal verlegte) EPDM-Folie, deren Neu-Verklebung die Klägerin mit Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 1 verlangt, befindet sich hinter der Wärmedämmschicht entlang der Dachränder A und B (so bereits das klägerische Rechtsbegehren, ferner act. 1 N. 52, 95, 107 und act. 38 N. 488; Beklagte 1: act. 20 N. 116 und act. 48 N. 939, 955; Foto 46 mit Kommentar aus dem Gutachten M.\_\_\_\_\_, act. 3/48 S. 36): Infolge einer Beststellungsänderung im Juni 2009 sind gemäss GU-Vertrag ursprünglich vereinbarte Arbeiten im fraglichen Dachrandbereich entfallen. Nebst der Anhebung der Rinne, dem Ersatz der Rinnbretter und Brettauflagen, der Wärmedämmung im Storenkasten, der Wärmedämmung beim Fensteranschluss

- 37 - (innen) entfiel insbesondere auch der Ersatz der fraglichen EPDM-Folie und des Dichtungsbands (Klägerin: act. 38 N. 486 ff.; Beklagte 1: act. 20 N. 73 ff. und act. 48 N. 902).

#### **E. 4.3.1.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin hätten im Dachrandbereich trotz der Beststellungsänderung Arbeiten ausgeführt und den Vorbestand verändert. So würden im Juni 2009 aufgenommene Fotos (act. 20/26 und act. 39/210) zeigen, dass die EPDM-Folie von der Beklagten 1 gelöst worden sei und lose herunterhänge. Damit sei erstellt, dass die Beklagte oder ihre Subunternehmerin die EPDM-Folie anschliessend unfachmännisch, nämlich unterlappend, wieder verklebt haben müsse. Herunterfliessendes Wasser sammle sich im Spalt der Unterlappung und könne eindringen (act. 38 N. 488 f., 497, 532). M.\_\_\_\_\_ habe auf die Frage, ob die EPDM-Folie fachmännisch verklebt worden sei, geantwortet, dass dies keine Rolle spiele, weil in diesem Bereich keine Feuchtigkeit entstehen dürfe (act. 3/52 S. 36). Dabei habe er nicht berücksichtigt, dass Feuchtigkeit unter Umständen doch bis zur Folie gelangen könne, wie es vorliegend aufgrund von undichten Dilatationen der Fall gewesen sei (act. 38 N. 531). Die Beklagte 1 wendet dagegen ein, dass die heutige Ausführung mit EPDM-Folie und Wasserfolie bzw. Dichtungsband vor dem Hohlraum des Stahlprofils dem ursprünglichen Zustand entspreche (act. 20 N. 84); sie bzw. ihre Subunternehmerin habe im fraglichen Bereich aufgrund der Beststellungsänderung keinerlei Arbeiten vorgenommen (act. 20 N. 86, 117, 121; act. 48 N. 46, 797, 937, 939). Die Beklagte 1 bestreitet weiter, dass die EPDM-Folie überhaupt falsch verklebt ist und eine unterlappende Verklebung einen Mangel darstellen würde (act. 20 N. 122; act. 48 N. 46, 939). Im Gutachten M.\_\_\_\_\_ sei diesbezüglich keine unfachmännische Ausführung festgestellt worden. Auf Ergänzungsfrage der Klägerin habe M.\_\_\_\_\_ festgehalten (act. 3/52 S. 36, act. 21/25), dass die angeblich falsch verklebte Folie für die Undichtigkeit der Dachränder keine Rolle spiele (act. 20 N. 118 f.). Selbst wenn ein Mangel bestünde, wäre dieser im Übrigen für M.\_\_\_\_\_ und folglich auch für die Beklagte 1 nicht erkennbar gewesen, weshalb auch keine Abmahnungs-

- 38 - pflicht bestanden hätte (act. 20 N. 123; act. 48 N. 46). Schliesslich wäre dieser angebliche Mangel mangels rechtzeitiger Rüge verwirkt sowie verjährt (act. 20 N. 124; act. 48 N. 14, 46, 825).

- 39 -

#### **E. 4.3.1.3**

Rechtliches Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. Erw. 2b; BGer-Urteile 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 Erw. 2 und 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014 Erw. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. Erw. 3.4.2; BGer-Urteile 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 Erw. 3.2 m.H., 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 Erw. 2.1 und 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 Erw. 2.1). Eine über die Be-

haftungslast hinausgehende Substantiierungslast greift, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer-Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 Erw. 2.1; vgl. auch BGE 136 III 322 ff. Erw. 3.4.2 und BGE 127 III 365 ff. Erw. 2b m.H.). Ein Beweis gilt in der Regel als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (sog. Regelbeweismass; statt vieler: BGE 130 III 321 ff. Erw. 3.2). Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Hinsichtlich des Kausalverlaufs genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, wenn sich ein direkter Nachweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt (sog. Beweisnot; BGE 144 III 264 ff. Erw. 5.3, BGE 140 III 610 ff. Erw. 4.1). Erforderlich ist nicht ein strikter und absoluter Be-

- 40 - weis. Vielmehr muss sich das Gericht mit derjenigen Gewissheit zufriedengeben, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann (BGE 132 III 715 ff. Erw. 3.2.1). Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können indes nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 144 III 264 ff. Erw. 5.3).

#### **E. 4.3.1.4**

Würdigung 4.3.1.4.1. Die EPDM-Folie gehörte infolge einer Beststellungsänderung unbestritten massen nicht (mehr) zum von der Beklagten 1 geschuldeten Werk. Weshalb die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin die Folie trotzdem bearbeitet haben soll, insbesondere ob ein Versehen vorliegen oder der Subunternehmerin die anscheinend in zeitlicher Nähe zur Bearbeitung erfolgte Beststellungsänderung nicht mitgeteilt worden sein soll, ist unklar. Diese Frage kann allerdings offenbleiben, da keine Partei konkret behauptet, die fragliche Folie sei vor der genannten Beststellungsänderung bearbeitet worden. Wurde die Folie von der Beklagten 1 oder ihrer Subunternehmerin wie von der Klägerin behauptet gelöst und wieder verklebt, obwohl eine Bearbeitung der Folie zur Erstellung des geschuldeten Werks nicht notwendig war, kann sich die Haftung für allfällige Fehler oder Schäden nicht nach den Art. 367 ff. OR richten. Es kann mit anderen Worten insofern weder ein Werkmangel noch – die angebliche Bearbeitung der EPDM-Folie hat keinen Konnex zu einem Werkmangel – ein Mangelfolgeschaden vorliegen. 4.3.1.4.2.

Unabhängig davon, nach welcher Norm die Haftung der Beklagten 1 im Weiteren beurteilt würde, wäre jedenfalls ein schädigendes Verhalten der Beklagten 1 bzw. ihrer Subunternehmerin erforderlich. Der diesbezügliche Nachweis misslingt der Klägerin: Sie hat nämlich auf jeden Fall zu beweisen, dass die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin die Folie (nach klägerischer Ansicht auf der ganzen Länge der Dachränder A und B) gelöst und anschliessend unterlappend wieder verklebt hat. Dies lässt sich anhand des klägerischen Vortrags nicht erstellen. 4.3.1.4.3. Was die unterlappende Verklebung an sich anbelangt, bringt die Klägerin vor, diese an drei Stellen, bei welchen zuvor Wassereintritte aufgetreten wa-

- 41 - ren, festgestellt zu haben (act. 1 N. 52). Wo sich diese drei Stellen befinden, lässt die Klägerin offen. Damit fehlt es diesbezüglich an ausreichend substantiierten Behauptungen.

Eine Befragung der Zeugen N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ "zur EPDM- Folie [...], die sie damals vorgefunden haben" (act. 38 N. 528) bzw. zur Erläuterung der mit der Replik nachgereichten Fotodokumentation (act. 39/223; act. 38 N. 945) dient nicht der Vervollständigung eines unsubstantiierten Vortrags, weshalb das offerierte Zeugnis zu dieser Frage nicht abgenommen werden kann. Die Fotodokumentation (act. 39/223) belegt aber, dass die fragliche Folie zumindest an einer Stelle unterlappend verklebt ist. Zu einer der untersuchten Stellen reicht die Klägerin zum Beweis ein weiteres Foto ein (act. 39/211, vgl. act. 38 N. 528), wobei wiederum unklar bleibt, wo sich diese Stelle befindet und ob es sich um dieselbe Stelle wie in der Fotodokumentation handelt. Ohnehin kann aufgrund des gewählten Ausschnitts nicht beurteilt werden, wo oben bzw. unten ist, weshalb auch die behauptete unterlappende Verklebung nicht überprüfbar ist. Lediglich hinsichtlich der Stichprobe von M.\_\_\_\_\_ ergibt sich aus dessen Gutachten, wo das entsprechende Foto Nr. 46 (act. 3/48 S. 36) aufgenommen wurde. Nicht bekannt ist dagegen, ob es sich dabei um dieselbe Stelle wie in der klägerischen Fotodokumentation handelt. Selbst von zwei Stellen mit einer unterlappenden Verklebung könnte aber nicht ohne weiteres auf eine unterlappende Verklebung auf der gesamten Fassadenlänge geschlossen werden, zumal die fraglichen Arbeiten möglicherweise versehentlich erfolgt wären, was eine bloss punktuelle Veränderung plausibel erscheinen liesse. Beweisofferten (insbesondere Gutachten oder Augenschein), welche eine Überprüfung auf der gesamten Länge der Dachränder A und B erlaubt hätten, fehlen. Die Klägerin behauptet nicht, dass eine Überprüfung auf der gesamten Länge aus sachlichen Gründen nicht möglich gewesen wäre. Auch andere Gründe, welche eine Abweichung vom Regelbeweismass hätten rechtfertigen können, sind von der Klägerin nicht dargetan.

4.3.1.4.4. Selbst wenn aber mit der Klägerin von einer durchgängig unterlappenden Verklebung ausgegangen würde, liesse sich anhand des klägerischen Vortrags nicht erstellen, dass diese von der Beklagten 1 bzw. ihrer Subunternehmerin verursacht worden wäre. Die von der Klägerin angerufenen Fotos (act. 39/210) zeigen eine auf einem Fassadenabschnitt herunterhängende schwarze Folie, wo-

- 42 - bei nicht mit Sicherheit bestimmt werden kann, ob es sich um die EPDM-Folie handelt. Lediglich auf dem von der Klägerin weiter angeführten, zweiten Foto von act. 21/26 ist klar ersichtlich, dass an der gezeigten Stelle der Fassade die EPDM-Folie gelöst wurde und herunterhängt. Ob dieses Foto tatsächlich wie von der Beklagten 1 behauptet anlässlich einer Sondage aufgenommen wurde (act. 48 N. 903), kann offenbleiben. So oder anders vermag es nicht zu beweisen, dass die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin die EPDM-Folie auf der gesamten Länge gelöst und unterlappend wieder verklebt hat. Die Klägerin stellt auch keinen Bezug zur von M.\_\_\_\_\_ dokumentierten Stelle her, hinsichtlich welcher eine unterlappende Verklebung belegt ist. Die Klägerin bleibt hinsichtlich dieser Stelle und dem Rest der Fassade insbesondere den Nachweis schuldig, dass die EPDM-Folie ursprünglich überhaupt überlappend verklebt war. Es fehlen dazu nicht nur Beweisofferten, sondern überhaupt substantiierte Behauptungen. Dies ist entscheidend, denn selbst wenn die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin die Folie auf der ganzen Länge gelöst und unterlappend wieder verklebt hätte, könnte ihr dies nur dann zum Vorwurf gereichen, wenn die Folie davor tatsächlich überlappend verklebt war. Wäre die Folie seit jeher unterlappend verklebt gewesen, hätte die Beklagte 1 bzw. ihre Subunternehmerin lediglich den ursprünglichen Zustand wiederhergestellt.

4.3.1.4.5. Zwar scheint die Klägerin diesbezüglich zumindest sinngemäss eine von der Beklagten 1 bestrittene (act. 20 N. 123; act. 48 N. 46) Abmahnungs- bzw. Anzeigepflicht der Beklagten 1 geltend zu machen (act. 38 N. 535 und 663). Allerdings erweisen sich auch diese

Ausführungen als unsubstantiiert, weil die Klägerin die Erkennbarkeit der Problematik bloss aus der Funktion der Beklagten 1 als Bauleiterin im Sinne der SIA-102 ableitet. Dies greift zu kurz. Die Erkennbarkeit eines drohenden Schadens folgt nicht aus den Bauleitungsfunktionen der Beklagten 1, sondern würde voraussetzen, dass die Beklagte 1 (in dieser Funktion) mit ihrem Sachverstand aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse eine Problematik hätte erkennen müssen. Die Klägerin insinuiert diesbezüglich, dass bei der EPDM-Folie entgegen der Ansicht der Beklagten 1 und von M.\_\_\_\_\_ mit bis dort hin vordringendem Wasser gerechnet werden müsse (act. 38 N. 531; bestritten durch die Beklagte 1 in act. 48 N. 939). Dies hätte die Frage aufgeworfen, ob eine

- 43 - unterlappende Verklebung der genannten Folie an dieser Stelle den anerkannten Regeln der Baukunde entspricht oder nicht. Soweit die Klägerin aus der Verneinung dieser Frage eine Abmahnungs- bzw. Anzeigepflicht der Beklagten 1 ableiten wollte, wäre dies von ihr konkret zu behaupten und zu beweisen gewesen. Mangels substantiiertes Behauptungen und entsprechender Beweisofferten, insbesondere einem Gutachten, können die diesbezüglich behaupteten, anerkannten Regeln der Baukunde nicht erstellt werden. Daraus folgt auch, dass sich eine Abmahnungs- bzw. Anzeigepflicht auch nicht aus der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten 1 zur Ablieferung dichter Dächer hätte herleiten lassen. Es wäre mit anderen Worten der Klägerin oblegen, konkret zu behaupten und nachzuweisen, dass nach den anerkannten Regeln der Baukunde zur vereinbarten Werkerstellung ("dichte Dächer") zwingend auch eine überlappende Verklebung der fraglichen EPDM-Folie gehört hätte, weil an jener Stelle mit bis dahin vordringendem Wasser gerechnet werden muss. 4.3.1.4.6. Das klägerische Begehren Ziffer 3 Punkt 1 ist abzuweisen.

#### **E. 4.3.2**

Ersatz der Rinnbretter und Brettauflagen entlang der Dachränder A und B

##### **E. 4.3.2.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin trägt vor, anlässlich einer Untersuchung durch die I.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2013 seien entlang der Dachränder A und B komplett durchnässte Rinnbretter und zersetzte Brettauflagen entdeckt worden (act. 1 N. 46). Die Klägerin räumt ein, dass eine gewisse Feuchtigkeit der Rinnbretter und Brettauflagen durch Kondenswasser vorbestehend war. Die Undichtigkeit der Dilatationen habe indessen eine viel grössere Nässe mit sich gebracht, weshalb die Rinnbretter und Brettauflagen nun einer viel höheren Gesamtfeuchtigkeit ausgesetzt seien als vor der Sanierung 2009/2010, was Fäulnis zur Folge habe (act. 38 N. 547 ff.). Die Beklagte 1 bestreitet, dass es durchnässte und teilweise verfaulte Rinnbretter gibt (act. 20 N. 136), aber nicht, dass die I.\_\_\_\_\_ AG die Bretter untersucht und dabei festgestellt hat, dass die Bretter Kondenswasser aufweisen und durchnässt sind. Sie versteht diese Durchnässung allerdings im Sinne einer durch das Kondenswasser verursachten Feuchte (act. 20 N. 140), welche konstruktionsbedingt und angesichts der Exposition während 45 Jahren bereits vor der Sanierung bestanden habe (act. 20 N. 138; act. 48 N. 48). Schliesslich erhebt die Beklagte 1 auch die Verjährungseinrede (act. 20 N. 145; act. 48 N. 14).

##### **E. 4.3.2.2**

Rechtliches Zur Unterscheidung zwischen Mangelfolgeschaden und Sekundärmangel vgl. Erw. 4.2.1.3. Während die SIA-118 für während der Rügefrist (Art. 173 Abs. 1 SIA-118)

gerügte Mängel eine teilweise Beweislastumkehr vorsieht (Art. 174 Abs. 3 SIA-118), obliegt der Nachweis eines Mangelfolgeschadens auch unter Geltung der SIA-118 sowohl vor als auch nach Ablauf der Rügefrist immer der Bauherrin (Art. 8 ZGB).

### **E. 4.3.2.3**

Würdigung 4.3.2.3.1. Die Klägerin führt den behaupteten Schaden an den Rinnbrettern und Brettauflagen auf von der Beklagten 1 bzw. deren Subunternehmerin verbaute, undichte Dilatationen zurück. Bei den Rinnbrettern und Brettauflagen handelt es sich um vorbestehende Bausubstanz (Klägerin: act. 38 N. 486, 546 f.; Beklagte 1: act. 20 N. 40, 73, 86, 136 ff. und act. 48 N. 48, 902, 950). Folglich würde es sich beim von der Klägerin geltend gemachten Schaden um einen Mangelfolgeschaden handeln. 4.3.2.3.2. Zu ihren Behauptungen, insbesondere, dass alle Rinnbretter und Brettauflagen durchnässt seien, offeriert die Klägerin lediglich eine Rechnung der I.\_\_\_\_\_ AG vom 8. April 2014 (act. 3/82; vgl. act. 1 N. 46, act. 38 N. 546 f.), das Gutachten M.\_\_\_\_\_ (act. 3/48; vgl. act. 1 N. 107) sowie ihre Mängelrüge an die Beklagte 1 (act. 3/24; act. 38 N. 546) als Beweis. Im Übrigen bestreitet sie die Bestreitung der Beklagten 1 (act. 38 N. 546). Damit übersieht die Klägerin, dass sie für das von ihr behauptete Schadensbild bei den Rinnbrettern und Brettauflagen, sowie auch den Kausalzusammenhang zu den undichten Dilatationen als angeblich verursachender Mangel behauptungs- und beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB). Denn der Rechnung der I.\_\_\_\_\_ AG vom 8. April 2014 (act. 3/82) lassen sich kei-

- 45 - ne Informationen zum Schadensbild entnehmen. Die Mängelrüge (act. 3/24) erwähnt zwar "Fotos der Mängelüberprüfung", solche wurden aber nicht ins Recht gereicht und als Beweis offeriert. Auch anhand der im Gutachten M.\_\_\_\_\_ (act. 3/48 S. 19 f.) enthaltenen Fotos (Nr. 14-17) lässt sich der Zustand der Rinnbretter und Brettauflagen nicht beurteilen. Schliesslich lassen sich auch den Ausführungen von M.\_\_\_\_\_ auf S. 95 (Ziffer 2) seines Gutachtens (act. 3/48), welche wie dargelegt als Parteibehauptungen zu qualifizieren sind, nicht entnehmen, dass alle Rinnbretter und Brettauflagen nass sind und dies auf undichte Dilatationen zurückzuführen wäre. M.\_\_\_\_\_ empfahl einzig den Ersatz aller Dilatationen im Bereich der Flachdach-Einlaufbleche bzw. falls nötig der Dilatation in den Kastenrinnen und hält fest, dass nasse (nicht: "die nassen") Wärmedämmschichten und Bretter entlang des Dachrandes ersetzt werden müssten. Die von M.\_\_\_\_\_ gewählte Formulierung insinuiert, dass die Bretter zu überprüfen und erst bei Feststellung einer Durchnässung zu ersetzen gewesen wären. Weitere Beweisofferten fehlen. Insbesondere ein Gutachten offeriert die Klägerin bloss zur im Zusammenhang mit der Verjährung aufgeworfenen Frage, ob die Rinnbretter und Brettauflagen zum Dachrand bzw. Dach gehören (act. 38 N. 404). Damit bleibt bereits der angebliche Schaden an den Rinnbrettern und Brettauflagen unbewiesen, darüber hinaus aber auch der Kausalzusammenhang zu undichten Dilatationen. Hinsichtlich letzterem ist darauf hinzuweisen, dass es die Beklagte 1 zwar grundsätzlich nicht ausschliesst, dass zumindest unterhalb der fünf unbestrittenermassen undichten Dilatationen die Bretter hätten nass sein können (act. 48 N. 950). Dies ändert aber nichts daran, dass die Klägerin den (bestrittenen) Kausalzusammenhang konkret hätte behaupten und v.a. beweisen müssen, zumal sie selbst davon ausgeht, dass die Rinnbretter und Brettauflagen seit langer Zeit Kondenswasser ausgesetzt und deshalb bereits vor dem Einbau der undichten Dilatationen feucht gewesen waren. Das Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 3 ist abzuweisen.

### **E. 4.3.3**

## Hohlräume in der Wärmedämmung

### **E. 4.3.3.1**

Unbestrittener Sachverhalt M.\_\_\_\_\_ entdeckte im Rahmen seiner Gutachtenserstellung im April 2016 Hohl- räume bzw. offene Fugen von bis zu 60mm in der von der Beklagten 1 bzw. deren

- 46 - Subunternehmerin neu erstellten Wärmedämmung entlang der Dachränder A und B (Klägerin: act. 1 N. 107 und act. 38 N. 538; Beklagte 1: act. 20 N. 126, 128, 131). Die Klägerin und die Beklagte 1 haben in Ziffer 15.3 GU-Vertrag folgende Verein- barung getroffen (Klägerin: act. 1 N. 22; Beklagte 1: act. 20 N. 40, 124, 129, 145, 154, 164): Unter dem Titel "Erweiterung der Rügefristen" sieht Ziffer 15.6 GU-Vertrag so- dann das Folgende vor (Klägerin: act. 1 N. 22; Beklagte 1: act. 20 N. 16):

### **E. 4.3.3.2**

Parteistandpunkte Nach Ansicht der Klägerin sind die Hohlräume in der Wärmedämmung nicht zu- lässig und stellen einen Mangel dar (act. 1 N. 107; act. 38 N. 538). Mit Zustellung des Gutachtens M.\_\_\_\_\_ sei dieser Mangel rechtsgenügend gerügt worden; der Hauptzweck des von den Parteien gemeinsam eingeholten Gutachtens habe da- rin bestanden, die Ursache der Wassereinbrüche zu eruieren. M.\_\_\_\_\_ sei beauf- tragt gewesen, allfällige Mängel zu identifizieren und deren Ursache zu ermitteln.

- 47 - Daran ändere nichts, dass die Hohlräume in der Flachdachwärmedämmung als "Nebenprodukt" der Untersuchung der Wassereinbrüche entdeckt worden seien. Angesichts des Gutachtenszwecks und der "Kette von Mängelrügen" der Klägerin sei das Rügeerfordernis mit Zustellung des Gutachtens an die Beklagte 1 konklu- dent erfüllt worden. Die Beklagte habe in guten Treuen nicht davon ausgehen können, dass die Klägerin von ihrer immer klar erkennbaren Haltung, wonach die Beklagte 1 die ihr anzulastenden Mängel zu beseitigen habe, plötzlich abweichen wollte. Wenn die Beklagte 1 nun treuwidrig moniere, dass sie keine "formelle" Mängelrüge erhalten habe, zeige sie, dass sie verstanden habe, was das Aufzei- gen eines Mangels durch den Gutachter für sie bedeute (act. 38 N. 539). Die Klä- gerin bestreitet den Verjährungseintritt bzw. macht einen Verjährungseinredever- zicht der Beklagten 1 geltend (act. 38 N. 377 ff., 404, 541). Die Beklagte 1 bestreitet, dass die Klägerin ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen ist. Die Hohlräume seien spätestens seit Vorliegen des Gutach- tens M.\_\_\_\_\_ bekannt und anschliessend nicht rechtzeitig bzw. korrekt gerügt worden, die blosser Zustellung des Gutachtens stelle keine ausreichende Mängel- rüge dar (act. 20 N. 127, 379, 387; act. 48 N. 47, 944, 1148). Die Hohlräume stel- len nach Ansicht der Beklagten 1 ferner auch keinen Werkmangel dar (act. 48 N. 47, 943). Schliesslich erhebt sie auch die Verjährungseinrede (act. 20 N. 129; act. 48 N. 47, 799, 943).

### **E. 4.3.3.3**

Rechtliches Haben die Parteien die SIA-118 als anwendbar erklärt, kann der Bauherr nach Art. 173 Abs. 1 SIA-118 während der – mangels abweichender Abrede – zweijäh- rigen (Art. 172 Abs. 1 SIA-118) Rügefrist in Abweichung von der gesetzlichen Re- gelung Mängel jederzeit rügen. Diese Rügefrist beginnt mit der Abnahme zu lau- fen (Art. 172 Abs. 2 SIA-118). Mit Ablauf der Rügefrist erlischt das Recht des Bauherrn, vorher entdeckte Mängel zu rügen (Art. 178 Abs. 1 SIA-118). Verdeckte Mängel, welche also nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entdeckt wurden (Art. 179 Abs. 1 SIA-118), sind vom

Bauherrn sofort zu rügen (Art. 179 Abs. 2 SIA- 118). Er kann sich eine kurze Bedenkzeit nehmen, muss aber schnell entscheiden, in der Regel innert weniger Tage (vgl. BGer-Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai

- 48 - 2007 Erw. 4.2.2 m. H.). Für die Beurteilung, ob er rechtzeitig gehandelt hat, sind die Umstände des konkreten Falles, insbesondere die Art des Mangels, massgebend. Ein Mangel gilt als entdeckt, wenn der Besteller sicher ist, dass er vorhanden ist, so dass er eine ausreichend begründete Rüge erheben kann. Dies setzt voraus, dass er in der Lage ist, Bedeutung und Ausmass des Mangels zu beurteilen (BGer-Urteil 4A\_570/2020 vom 6. April 2021 Erw. 4.1). Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn erste Anzeichen eines sich entwickelnden Mangels auftreten, die sich allmählich ausbreiten oder verstärken, da dies den Eigentümer dazu verleiten würde, jede Kleinigkeit zu melden, um nicht seiner Rechte verlustig zu gehen (BGE 131 III 145 ff. Erw. 7.2; BGer-Urteile 4A\_293/2017 vom 13. Februar 2018 Erw. 2.2.3, 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 Erw. 7.2.1). Über die genaue Angabe der Mängel hinaus hat der Bauherr zum Ausdruck zu bringen, dass er das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172 ff. Erw. 1a). Es ist eine möglichst präzise Beschreibung des Mangels erforderlich, eine allgemeine Unzufriedenheitserklärung genügt nicht (BGer-Urteile 4A\_251/2018 vom 11. September 2018 Erw. 3 m.w.H. und 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 Erw. 6.1). Dem Ziel der Mängelrüge entsprechend muss der Unternehmer erkennen können, in welchen Punkten sein Werk beanstandet wird (BGer-Urteile 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 Erw. 7.2.1, 4A\_251/2018 vom 11. September 2018 Erw. 3.2, 4A\_293/2017 vom 13. Februar 2018 Erw. 2.2.2 und 4A\_643/2014 vom 25. November 2015 Erw. 3.2). Der Bauherr muss seinen Standpunkt jedoch nicht näher begründen; insbesondere muss er nicht angeben, woher die beanstandeten Mängel stammen und welche Rechte er geltend machen will (BGer-Urteil 4A\_293/2017 vom 13. Februar 2018, Erw. 2.2.2). Kommt der Bauherr seiner Rügeobliegenheit nicht rechtzeitig oder im obigen Sinne inhaltlich nur unzureichend nach, so wird die Genehmigung des Werks unwirksam vermutet und entfällt eine Haftung des Unternehmers (Art. 370 Abs. 2 OR; vgl. Art. 174 Abs. 1 SIA-118) Wird streitig, ob ein behaupteter verdeckter Mangel, welcher also nach Ablauf der Rügefrist entdeckt wurde (Art. 179 Abs. 1 SIA-118), eine Vertragsabweichung - 49 - darstellt, liegt die Beweislast in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung bei der Bauherrin (Art. 179 Abs. 5 SIA-118).

#### **E. 4.3.3.4**

Würdigung 4.3.3.4.1. Die Hohlräume würden einen eigenständigen (Primär-) Mangel des von der Beklagten 1 erstellten Werks und keinen Mangelfolgeschaden darstellen. Ein diesbezüglicher Gewährleistungsanspruch setzt deshalb eine rechtzeitige Mängelrüge voraus. Unbestritten ist, dass bis zur Klageeinleitung nie eine explizite Mängelrüge erfolgte. Die Klägerin erblickt vielmehr in der Zustellung des Gutachtens M.\_\_\_\_\_ an die Beklagte 1 durch M.\_\_\_\_\_ im April 2016 eine ausreichende, konkludente Mängelrüge. 4.3.3.4.2. Bevor darauf näher einzugehen ist, stellt sich aufgrund der entsprechenden Einrede der Beklagten 1 zuerst die Frage der Verjährung allfälliger Gewährleistungsansprüche. Art. 180 Abs. 1 SIA-118 sieht eine fünfjährige Verjährungsfrist vor. Ziffer 15.3 GU-Vertrag enthält diesbezüglich keine andere Regelung. Die Parteien haben aber in Ziffer 15.6 GU-Vertrag die Verjährungsfrist "für die Dichtigkeit der neu erstellten Flachdächer inkl. Belichtungsbauteile (Oblichter)" auf zehn Jahre verlängert. Die Klägerin scheint wie die Beklagte 1 (act. 20 N. 129) davon auszugehen, dass diese Vertragsziffer Werkmängel,

welche die Dichtigkeit des Dachs betreffen, regelt (act. 38 N. 377) und bestreitet das Vorbringen der Beklagten 1 nicht, dass die Hohlräume keinen Zusammenhang mit der Dichtigkeit der Dächer haben (Klägerin: act. 38 N. 538; Beklagte 1: act. 20 N. 126). Weshalb die Klägerin unter diesen Umständen im Ergebnis trotzdem die Ansicht vertritt, dass Art. 15.6 GU-Vertrag zur Anwendung kommt, erhellt aus ihren Ausführungen nicht. Die klägerische Bestreitung des Standpunkts der Beklagten 1 in act. 38 N. 541, wonach die fünfjährige Verjährungsfrist von Ziffer 15.3.2 GU-Vertrag anwendbar sei, verweist auf vorstehende Ausführungen. Diese beschäftigen sich in allgemeiner Form mit der Rüge- und Verjährungsregelung von Ziffer 15.6 GU-Vertrag, welche auch nach Ansicht der Klägerin "Mängelansprüche betreffend die Dichtigkeit" regelt (act. 38 N. 377 ff.). Weiter verweist die Klägerin auf act. 38 N. 404, wo sie vorbringt, dass die Ausdämmung der Dachränder Bestandteil des Dachs sei, weshalb eine zehnjährige Verjährungsfrist gelte. Sofern sie geltend

- 50 - machen wollte, dass Ziffer 15.6 GU-Vertrag nach dem Willen der Parteien und über den Wortlaut hinaus generell für alle Mängel am Dach und nicht nur für solche betreffend die Dichtigkeit anwendbar sein sollte, hätte die Klägerin einen diesbezüglichen, subjektiv übereinstimmenden Parteiwillen behaupten und beweisen müssen. Dies hat sie unterlassen. Ein solches Vertragsverständnis fände im Übrigen weder im GU-Vertrag noch in den Parteivorbringen bzw. in den übrigen Akten eine Stütze. 4.3.3.4.3. Allfällige Gewährleistungsansprüche der Klägerin in Bezug auf die Hohlräume wären deshalb am 20. August 2015 verjährt und folglich nicht mehr klagbar, sofern sie nicht von der seitens der Beklagten 1 abgegebenen Verjährungseinredeverzichtserklärungen erfasst sind. Die Klägerin trägt vor, die Beklagte 1 habe am 24. Juli 2015 auf die Einrede der Verjährung verzichtet (act. 38 N. 397). Aus dem entsprechenden, als Beweis offerierten Schreiben (act. 39/203) ergibt sich, dass die Beklagte bis zum 31. Dezember 2015 auf die Einrede der Verjährung verzichtete hinsichtlich der "im Schreiben von RA Dr. X.\_\_\_\_\_ vom 15. Juli 2015 erwähnten Werkmängel". Die Beklagte 1 bestreitet vor diesem Hintergrund, dass die Hohlräume von der Verjährungseinredeverzichtserklärung umfasst sind (act. 48 N. 47, 799, 943). Für das Bestehen eines Verjährungseinredeverzichts trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB). Die Klägerin hat es in ihrer Replik versäumt darzulegen, welche Mängel Gegenstand des Schreibens ihres Rechtsvertreters vom 15. Juli 2015 waren, zumal sie das entsprechende Schreiben in diesem Zusammenhang auch nicht zum Beweis offeriert. Ohne hin wäre aber unklar, wie die genannte Verjährungseinredeverzichtserklärung der Beklagten 1 auch die Hohlräume umfassen könnte: Auch nach klägerischer Darstellung wurden die Hohlräume erstmals von M.\_\_\_\_\_ im Frühling 2016 entdeckt, sie waren folglich im Zeitpunkt der fraglichen Verzichtserklärung noch gar nicht bekannt und konnten nicht Gegenstand eines vorangegangenen klägerischen Schreibens und damit der Verjährungseinredeverzichtserklärung gewesen sein. Nach klägerischer Darstellung verlängerte die Beklagte 1 den Verjährungseinredeverzicht anschliessend im Rahmen des Gutachtensauftrags an M.\_\_\_\_\_ (act. 3/47) hinsichtlich Forderungen, welche ihre Grundlage in den zu begutachtenden Schadensbildern haben, und unter der Bedingung, dass die Verjährung nicht be-

- 51 - reits eingetreten war. Selbst wenn die Verjährung im massgebenden Zeitpunkt noch nicht eingetreten gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Hohlräume Gegenstand der zu begutachtenden Schadensbilder (Dächer A und B: Undichte Dachränder,

Wassereintritt in das Gebäudeinnere und Wasserlaufspuren an den Fenstern; Dach C: Weitgehende Durchnässung; vgl. act. 1 N. 79) sein könnten, wurden sie doch auch nach klägerischer Darstellung ("Nebenprodukt") bloss anlässlich der Gutachtenserstellung entdeckt. Entsprechend ist von der Klägerin nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass die Hohlräume Gegenstand eines Verjährungseinredevorzichts wären, weshalb dieser der Verjährungseinrede der Beklagten nicht entgegengehalten werden kann. Das Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 2 ist folglich abzuweisen. 4.3.3.4.4. Die Klägerin hätte allfällige Gewährleistungsansprüche aber auch verwirkt: Die Parteien haben die Rügefrist im Sinne von Art. 172 SIA-118 sowohl in Ziffer 15.3.2 als auch in Ziffer 15.6 GU-Vertrag von zwei auf fünf Jahre verlängert, weshalb diesbezüglich kein Unterschied zwischen den beiden Klauseln besteht. Diese fünfjährige Frist begann mit Abnahme des Werks am 20. August 2010 zu laufen (vgl. Ziffer 15.5.1 GU-Vertrag). Die fraglichen Hohlräume wurden im April 2016 und damit nach Ablauf der fünfjährigen Rügefrist entdeckt, weshalb es sich um verdeckte Mängel im Sinne von Art. 179 Abs. 1 SIA-118 handelt. Dass die Beklagte 1 die Hohlräume absichtlich verschwiegen habe (vgl. Art. 179 Abs. 3 SIA-118), behauptet die Klägerin nicht. Mangels abweichender Vereinbarung waren die Hohlräume demnach sofort zu rügen (Art. 179 Abs. 2 SIA-118), wovon sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 1 ausgehen (Klägerin: act. 38 N. 377 f., 542, 564; Beklagte 1: act. 20 N. 130 und act. 48 N. 792 ff., 803, 944). 4.3.3.4.5. Grundsätzlich vermag bei einer Prüfung durch einen privaten Sachverständigen die Zustellung des Gutachtens durch den Prüfenden an den Unternehmer eine Mängelrüge des Bestellers nicht zu ersetzen. Anders kann es sich verhalten, wenn der Prüfende vom Besteller zur Erhebung einer Mängelrüge ermächtigt ist und eine solche mit der Zustellung des Gutachtens erhebt (GAUCH, a.a.O., N. 2138). Solches wird von der Klägerin nicht behauptet. Damit wäre erforderlich, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten 1 mit oder nach Zustellung des Gut-

- 52 - achtens durch den Gutachter deutlich zu verstehen gibt, dass sie das Werk für nicht vertragsgemäss hält und die Unternehmerin haftbar machen will (BGer-Urteil 4A\_667/2016 vom 3. April 2017 Erw. 4.3.2 f.). Nach GAUCH (GAUCH, a.a.O., N. 2139) kann allerdings auch die vorgängige Mitteilung der Bestellerin genügen, wonach sie die Unternehmerin für alle Mängel haftbar mache, welche das Privatgutachten feststellen werde. Die Mängelrüge wird alsdann durch die Zustellung des Gutachtens vervollständigt. Die Klägerin macht in diesem Sinne zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass das Gutachten M. \_\_\_\_\_ im Rahmen von laufenden Diskussionen um Existenz und Tragweite von Werkmängeln von den Parteien gemeinsam eingeholt wurde. Allerdings räumt sie ein, dass die fraglichen Hohlräume in der Wärmedämmung keinerlei Zusammenhang mit der Undichtigkeit des Daches haben, zu deren Ursachenermittlung die Parteien das Gutachten in Auftrag gegeben haben (act. 38 N. 539). Weiter erachtete M. \_\_\_\_\_ die Hohlräume zwar als "technischen" Mangel, weil die Wärmedämmung im Bereich der Abschottung nicht sauber angeschnitten worden sei (vgl. act. 3/48 S. 85). Es lassen sich den klägerischen Ausführungen und auch dem Gutachten M. \_\_\_\_\_ aber keine Hinweise dafür entnehmen, dass die Hohlräume die Dämmwirkung oder Dichtigkeit massgeblich negativ beeinflussen. Vor diesem Hintergrund wusste die Beklagte 1 umso weniger, ob die Klägerin diese zumindest handwerklich unsaubere Werkserstellung tatsächlich beanstanden will. Die blosser Zustellung des Gutachtens durch M. \_\_\_\_\_ vermag deshalb vorliegend eine explizite Mängelrüge nicht zu ersetzen, zumal es sich erst um einen Vorabzug handelte. Nachdem die Klägerin spätestens nach Zustellung dieses Vorabzugs von den Hohlräumen Kenntnis hatte und eine explizite Mängelrüge anschliessend und bis zur Klageeinleitung unbestrittenermassen nicht

erfolgte, gilt das Werk insofern als genehmigt und wären allfällige Gewährleistungsansprüche der Klägerin in Bezug auf die genannten Hohlräume auch verwirkt. Das Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 2 wäre auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen. 4.3.3.4.6. Selbst wenn mit der Klägerin aber von einem Verjährungseinredeverzicht und einer rechtsgenügenden Mängelrüge auszugehen gewesen wäre, hätte ihr der Nachweis eines Mangels obliegen (Art. 179 Abs. 5 SIA-118). Diesen Beweis hätte die Klägerin nicht erbracht. So offeriert die Klägerin als Beweis wieder-

- 53 - rum bloss M.\_\_\_\_\_ als sachverständigen Zeugen (act. 38 N. 538). Die Frage, ob die genannten Hohlräume einen Werkmangel darstellen, also nicht den Regeln der Baukunde entsprechen, ist alleine eine solche der Sachverhaltswürdigung, weshalb sie mit einem Gutachten zu beantworten gewesen wäre. Ein solches wurde von der Klägerin nicht offeriert. Somit wäre das Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt 2 auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

#### **E. 4.3.4**

Ersatz der Wärmedämmung entlang der Dachränder A und B

##### **E. 4.3.4.1**

Unbestrittener Sachverhalt Entlang der Dachränder A und B befindet sich hinter den Storenabdeckblechen über der genannten EPDM-Folie und dem Dichtungsband eine Wärmedämmmatte aus Steinwolle in einer Dicke von 30mm (Klägerin: act. 1 N. 52, 95, 107 und act. 38 N. 488, 561; Beklagte 1: act. 20 N. 84, 148 und act 48 N. 48, 902, 939, 953 ff.).

##### **E. 4.3.4.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin trägt vor, dass durch von der Beklagten 1 bzw. deren Subunternehmerin verbaute, undichte Dilatationen Wasser eingetreten sei, welches in der Folge auch die vorbestehende Wärmedämmung entlang der Dachränder A und B durchnässt habe (act. 38 N. 406). Eine durchnässte Wärmedämmung stelle einen Mangel bzw. Mangelfolgeschaden dar, weil nasses Dämmmaterial seine Funktion nicht mehr wahrnehmen könne (act. 1 N. 107; act. 38 N. 556). Nach Ansicht der Klägerin ist die durchnässte Wärmedämmung mit Zustellung des Gutachtens M.\_\_\_\_\_ rechtzeitig und rechtsgenügend gerügt worden. Der Hauptzweck des von den Parteien gemeinsam eingeholten Gutachtens habe darin bestanden, die Ursache der Wassereintrüche zu eruieren. M.\_\_\_\_\_ sei beauftragt gewesen, allfällige Mängel zu identifizieren und deren Ursache zu ermitteln. Angesichts des Gutachtenszwecks und der "Kette von Mängelrügen" der Klägerin sei das Rügeerfordernis mit Zustellung des Gutachtens an die Beklagte 1 konkludent erfüllt worden. Die Beklagte 1 habe in guten Treuen nicht davon ausgehen können, dass die Klägerin von ihrer immer klar erkennbaren Haltung, wonach die Beklagte - 54 - 1 die ihr anzulastenden Mängel zu beseitigen habe, plötzlich abweichen wollte. Wenn die Beklagte 1 nun treuwidrig moniere, dass sie keine "formelle" Mängelrüge erhalten habe, zeige sie, dass sie verstanden habe, was das Aufzeigen eines Mangels durch den Gutachter für sie bedeute (act. 38 N. 559). Die Klägerin bestreitet den Verjährungseintritt bzw. macht einen Verjährungseinredeverzicht der Beklagten 1 geltend (act. 38 N. 377 ff., 406, 563). Die Beklagte 1 wendet ein, dass die fragliche Wärmedämmung stellenweise eine oberflächliche, leichte Feuchte aufweise, welche allerdings auf natürlichen Feuchtigkeit anfall an und hinter der offen konstruierten Aussenfassade zurückzuführen sei; diese

Feuchtigkeit sei an der 45 Jahre alten Wärmedämmung vorbestehend gewesen und beeinträchtige die Funktion nicht (act. 20 N. 149; act. 48 N. 48, 954). Die Beklagte 1 bestreitet, dass die gesamte Wärmedämmung entlang der Dachränder A und B feucht ist (act. 48 N. 954). Die Beklagte 1 bestreitet weiter, dass die Klägerin ihrer Rügeobliegenheit rechtsgenügend nachgekommen ist. Die nasse Wärmedämmschicht sei spätestens seit Vorliegen des Gutachtens M.\_\_\_\_\_ bekannt und anschliessend nicht (rechtzeitig) gerügt worden. Die blossе Zustellung des Gutachtens stelle keine ausreichende Mängelrüge dar, weshalb allfällige klägerische Ansprüche verwirkt seien (act. 20 N. 150, 155, 379, 387; act. 48 N. 48, 801, 957 f., 1148). Schliesslich erhebt die Beklagte 1 auch die Verjährungseinrede (act. 20 N. 154; act. 48 N. 14, 48, 801).

#### **E. 4.3.4.3**

Rechtliches Zur Unterscheidung zwischen Mangelfolgeschaden und Sekundärmangel vgl. Erw. 4.2.1.3. Zur Beweislast vgl. Erw. 4.3.2.2. Zur Rügeobliegenheit vgl. Erw. 4.3.3.3. Gemäss Art. 25 Abs. 1 SIA-118 (unter Hinweis auf Art. 365 Abs. 3 OR) hat der Unternehmer Verhältnisse anzuzeigen, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden. Der Unternehmer hat die bestehende Bausubstanz nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertre-

- 55 - ten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Unabhängig davon hat der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Ausführung seiner Arbeiten erkennt, aber unverzüglich im Sinne von Abs. 1 anzuzeigen (Art. 25 Abs. 3 SIA-118). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGer-Urteile 4C.369/2005 vom 8. Februar 2006 Erw.

#### **E. 4.3.4.4**

verwiesen werden.

#### **E. 4.3.5**

Beseitigung von Wasserspuren an den Hallenbad-Fenstern

##### **E. 4.3.5.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin lässt ausführen, dass durch die undichten Dilatationen Wasser innen und aussen an den Fenstern herunter gelaufen sei und Spuren hinterlassen habe, welche sich nicht mit den üblichen Reinigungsmitteln entfernen liessen (act. 1 N. 107; act. 38 N. 566 ff.). Dies sei gegenüber der Beklagten 1 mit der Zustellung des Gutachtens durch M.\_\_\_\_\_ rechtsgenügend gerügt worden (act. 38 N. 753). Die Klägerin bestreitet schliesslich den Verjährungseintritt (act. 38 N. 407). Die Beklagte 1 bestreitet, dass die Wasserspuren an den Fenstern auf undichte Dilatationen zurückzuführen sind. Es handle sich um gewöhnliche Schmutz- und Kalkablagerungen im Hallenbad, die bei Unterhalt im üblichen Umfang ohne weiteres fortlaufend beseitigt worden wären. Für diesen Reinigungsunterhalt sei die Klägerin verantwortlich, sie habe diesen aber stark vernachlässigt (act. 20 N. 157 ff.). Weiter bestreitet die Beklagte 1, dass die Klägerin ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen ist. Die Wasserspuren seien von der Klägerin erstmals im Zusammenhang mit dem Gutachterauftrag thematisiert, aber nie gerügt worden (act. 20 N. 159, 347, 379, 387; act. 48 N. 48, 962, 1110, 1148). Schliesslich seien allfällige Gewährleistungsansprüche auch verjährt (act. 20 N. 164; act. 48 N. 48, 802).

##### **E. 4.3.5.2**

Rechtliches Zu den Substantiierungsanforderungen und dem Beweismass vgl. Erw. 4.3.1.3 vorstehend.

### **E. 4.3.5.3**

Würdigung

- 66 - 4.3.5.3.1. Die Beklagte 1 erhebt die Verjährungseinrede und macht eine Verwirkung der Gewährleistungsrechte mangels rechtzeitiger Rüge geltend. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann offenbleiben, da das klägerische Rechtsbegehren bereits aus einem anderen Grund abzuweisen ist. 4.3.5.3.2. So offeriert die Klägerin zum Beweis für die Existenz der Spuren an den Fenstern und den Kausalzusammenhang zur behaupteten Schadensursache, nämlich undichte Dilatationen entlang der Dachränder A und B, einen Augenschein sowie das Zeugnis von N.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ (act. 1 N. 107; act. 38 N. 567, 571). Die in act. 1 N. 66 erwähnten Wasserspuren samt dem dazu als Beweis offerierten amtlichen Befund vom 1. Juli 2015 (act. 3/37, einschliesslich Fotos act. 3/39, 3/40) betreffen nicht die fraglichen Fenster, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Zutreffend ist, dass mittels des beantragten Augenscheins die Existenz von Spuren an den Fenstern bestätigt werden könnte. Diese ist allerdings im Grundsatz gar nicht strittig. Die Beklagte 1 erachtet die Spuren an den Fenstern vielmehr nicht als "Wasserlaufspuren", sondern als gewöhnliche Schmutz- und Kalkablagerungen, welche auf vernachlässigten Unterhalt seitens der Klägerin und nicht auf undichte Dilatationen zurückzuführen seien (act. 20 N. 157 ff.). Nicht ersichtlich ist vor diesem Hintergrund, wie der beantragte Augenschein den Kausalzusammenhang zu undichten Dilatationen beweisen könnte. Die Klägerin erachtet diesen aufgrund der nicht näher ausgeführten "Lokalisierung", welche anscheinend erst der beantragte Augenschein in den Prozess einführen soll, als offensichtlich. Damit übersieht sie einerseits, dass Beweisabnahmen – auch der beantragte Augenschein und die beantragten Zeugeneinvernahmen – substantiierte Tatsachenbehauptungen nicht zu ersetzen vermögen, sondern solche gerade voraussetzen. Andererseits und vor allem liesse sich weder mit einem Augenschein noch mit Zeugeneinvernahmen erstellen, dass die Wasserspuren tatsächlich auf von der Beklagten 1 bzw. ihrer Subunternehmerin verbaute undichte Dilatationen zurückzuführen sind. Diese Frage könnte nur mittels einer eingehenden Untersuchung durch einen Experten, welcher über das notwendige Fachwissen verfügt, und damit nur mittels eines Gutachtens beantwortet werden. Ein solches ist von der Klägerin nicht offeriert, weshalb der Kausalzu-

- 67 - sammenhang unbewiesen bleibt. Das klägerische Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkt

### **E. 4.4**

Rechtsbegehren Ziffer 2

#### **E. 4.4.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 2 den Ersatz von Mangel- folgeschäden in der Höhe von insgesamt CHF 138'694.35. Es handelt sich dabei um Kosten für Beweissicherungsmassnahmen (amtlicher Befund), für Kontrollen und Sondagen (Endo- und Videoskopkontrollen; Kontroll- und Sucharbeiten beim Dach C; Kosten für eine Raupenbühne, welche für Abklärungen und Wässerungsversuche auf den Dächern benötigt wurde; bauphysikalische Beurteilung / Sondagen der Q.\_\_\_\_\_ AG vom August 2015), für Beurteilungen von drohenden Folgeschäden durch die R.\_\_\_\_\_ AG, für das von M.\_\_\_\_\_ erstellte Gutachten, für zahlreiche Ausbesserungsarbeiten im

Gebäudeinnern und für Sofortmassnahmen zur Schadensabwehr durch die S.\_\_\_\_\_ AG (vgl. act. 1 N. 137 ff.; act. 38 N. 346 ff.). Die Beklagte 1 bestreitet ihre diesbezügliche Schadenersatzpflicht aus mehreren Gründen. So wendet sie in grundsätzlicher Hinsicht ein, dass es bei den behaupteten Kosten im Zusammenhang mit dem Dach C bereits an einem von ihr zu vertretenden Mangel und bei den Kosten mit einem Konnex zu undichten Dilatationen am Verschulden fehlt, welches Voraussetzung für einen klägerischen Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens darstelle (act. 20 N. 106 ff., 274 ff.; act. 48 N. 42). Weiter erhebt sie bezüglich aller von Rechtsbegehren Ziffer 2 erfassten Ansprüche die Verjährungseinrede (act. 20 N. 278 ff.), eventualiter verlangt sie eine Herabsetzung wegen einem Selbstverschulden der Klägerin. Schliesslich bestreitet sie im Einzelnen jede von der Klägerin geltend gemachte Kostenposition sowohl hinsichtlich Bestand (inkl. tatsächlichem Kostenfall bzw. Zahlung), Höhe, Notwendigkeit bzw. Angemessenheit und Kausalität zu einem von der Beklagten 1 zu vertretenden Mangel (act. 20 N. 257 ff., 281 ff., 400 ff.; act. 48 N. 43, 777 ff.).

#### **E. 4.4.2**

Rechtliches Zu den Substantiierungsanforderungen und dem Beweismass vgl. Erw. 4.3.1.3.

- 69 -

- 70 -

#### **E. 4.4.3**

Würdigung

##### **E. 4.4.3.1**

Allfällige Ansprüche der Klägerin auf Ersatz von Mangelfolgeschäden wären nicht verjährt oder verwirkt. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf Erw.

##### **E. 4.4.3.2**

Die Haftung der Beklagten 1 für einen Mangelfolgeschaden in Form der von Rechtsbegehren Ziffer 2 erfassten Kosten setzt einen von ihr zu vertretenden Mangel voraus, welcher diese Kosten tatsächlich verursacht hat. Die Beklagte 1 bestreitet ihre Schadenersatzpflicht hinsichtlich aller mit Rechtsbegehren Ziffer 2 eingeklagten Kosten durchgehend bereits im Grundsatz, darüber hinaus aber auch alle Positionen sowohl im Bestand als auch in der Höhe (inkl. tatsächliche Zahlung durch die Klägerin; vgl. act. 20 N. 400 ff.). Die Klägerin bestreitet diese Bestreitungen durchwegs als unsubstantiiert und verweist im Übrigen auf ihre Rechtsbegehren und N. 30 ff. ihrer Replik (act. 38 N. 804 ff.). Es erschliesst sich nicht, was die Klägerin mit dieser Verweisung ausführen will, beschäftigten sich diese Passagen doch mit der Sanierung des Dachs C im Jahr 2017 bzw. dem geänderten Rechtsbegehren Ziffer 1. Die Klägerin scheint zu übersehen, dass sie für den Mangelfolgeschaden behauptungs- und beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB). Es mangelt somit grösstenteils bereits an substantiierten Behauptungen, wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen ist.

##### **E. 4.4.3.3**

Wie vorstehend ausgeführt besteht keine Haftung der Beklagten 1 für den Schaden am Dach C (Rechtsbegehren Ziffer 1). Somit entfällt auch eine Haftung der Beklagten 1 für sämtliche Kosten gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2, welche dem Schaden im Dach C zuzuordnen wären. Es sind dies die Kontroll- und Sucharbeiten im Dach C durch die

I.\_\_\_\_\_ AG (CHF 5'468.45; act. 1 N. 139 Punkt 2), sämtliche Sofortmassnahmen der S.\_\_\_\_\_ AG im Dach C (total CHF 36'131.80; act. 1 N. 147 f.), das von T.\_\_\_\_\_ erstellte Leistungsverzeichnis für das Dach C (CHF 13'000.-; act. 1 N. 151), die Kosten des Malers U.\_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 1'548.- (act. 1 N. 145 Punkt 1; act. 38 N. 695) und die Kosten des Malergeschäfts V.\_\_\_\_\_ (CHF 544.-; act. 1 N. 145 Punkt 2; act. 38 N. 696).

- 71 -

#### **E. 4.4.3.4**

Ebenfalls keine Haftung der Beklagten 1 würde zudem für alle Kosten gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2, welche mit den im Ergebnis nicht der Beklagten 1 anzulastenden Schadensbildern gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 in Verbindung stehen, wobei die Klägerin soweit ersichtlich auch keine solchen Kosten geltend macht bzw. nachvollziehbar ausscheidet.

#### **E. 4.4.3.5**

Nicht bereits von vornherein ausgeschlossen wäre im Falle eines Verschuldens eine Haftung der Beklagten 1 hingegen hinsichtlich solcher Kosten, welche direkt durch von ihr verbaute, unbestrittenermassen undichte Dilatationen verursacht sind, wie beispielsweise Aufwendungen von Malern zur Beseitigung von Wasserspuren oder Kosten im Zusammenhang mit der Entdeckung und vorübergehenden Abdichtung. Hinsichtlich zahlreicher Aufwendungen der Klägerin erschliesst sich allerdings mangels ausreichend substantiiertes Angaben nicht, wofür diese konkret angefallen sind oder inwieweit diese einen Kausalzusammenhang zu tatsächlich undichten Dilatationen aufweisen. Ein Kostenersatz fällt folglich ausser Betracht. Es sind dies die Kosten des amtlichen Befunds (CHF 377.60; act. 1 N. 138), die Kosten für die Beurteilung bauphysikalischer Fragen und drohender Folgeschäden durch die Q.\_\_\_\_\_ AG, die W.\_\_\_\_\_ GmbH sowie die R.\_\_\_\_\_ AG (total CHF 7'841.15; act. 1 N. 139 Punkt 4 und N. 140 f.), die übrigen Kosten des Malers U.\_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 206.40 (act. 1 N. 145 Punkt 1; act. 38 N. 695) und des Gipsergeschäfts AA.\_\_\_\_\_ GmbH (total CHF 2'407.05; act. 1 N. 145 Punkt 4 und N. 149). Auch die Schilderung der vor- bzw. ausserprozessualen Parteikosten (CHF 36'131.40 inkl. MWST; act. 1 N. 152 ff.) erlaubt keine Zuordnung zu tatsächlich undichten Dilatationen bzw. eine entsprechende Kostenausscheidung, weshalb mangels Kausalzusammenhang auch diesbezüglich kein Schadenersatz zugesprochen werden kann.

#### **E. 4.4.3.6**

Was die Kosten für die Kosten für Endo- und Videoskopkontrollen durch die AB.\_\_\_\_\_ AG (CHF 610.20; act. 1 N. 139 Punkt 1) anbelangt, handelte es sich um diejenige Untersuchung, welche zum Bericht der selbigen Unternehmung vom 5. Dezember 2012 geführt hat. Nach übereinstimmender Darstellung beider Parteien (Klägerin: act. 1 N. 38; Beklagte 1: act. 20 N. 309) ergab diese Untersuchung, dass in die Cortenstahl-Stützen eindringendes Wasser nach der erfolgten

- 72 - Sanierung nicht mehr abfliessen konnte, weil die Entwässerungsöffnungen verschlossen worden waren. Daraus ist zu schliessen, dass die Untersuchung diese Problematik zum Gegenstand hatte bzw. dem Schaden im Dach C zuzuordnen ist. Ein direkter Zusammenhang zu einer undichten Dilatation ist von der Klägerin angesichts der Bestreitung durch die Beklagte (act. 20 N. 403) nicht dargetan. Mangels Kausalzusammenhang entfällt folglich auch ein diesbezüglicher Kostenersatz.

#### **E. 4.4.3.7**

Die Klägerin verlangt weiter den Ersatz der Kosten für die Miete einer Hebebühne (CHF 924.-; act. 1 N. 139 Punkt 3), welche für die Abklärungen und Wässerungsversuche am 15. April 2014 benötigt wurde. Es handelt sich dabei um die Untersuchung durch die Klägerin und Dr. O.\_\_\_\_\_ der R.\_\_\_\_\_ AG, anlässlich welcher – nebst der nach Ansicht der Klägerin falsch verklebten EPDM-Folie – festgestellt worden sei, dass an drei Stellen zwischen Einlaufblech und Abdichtung Wasser eindringe (act. 1 N. 52). Daraus erhellt bereits nicht, ob es sich bei einer oder bei mehreren dieser Stellen um eine der unbestrittenermassen undichten Dilatationen handelte. Die Klägerin führt lediglich aus, dass in der Folge die EPDM-Folie und "die undichten Dachrandabschlüsse" gerügt worden seien, woraus sich keine weiteren Schlüsse ziehen lassen. Bei der EPDM-Folie lässt sich wie bereits dargelegt mangels Nachweises eines von der Beklagten 1 zu vertretenden Mangels oder Schadens keine Haftung der Beklagten 1 für die Kosten der Hebebühne herleiten. Nach zahlreichen weiteren Untersuchungen fand sodann am 25. November 2014 ein gemeinsamer Wässerungsversuch der Klägerin und der Beklagten 1 statt, für welchen wiederum eine Hebebühne angemietet wurde. Diese Kosten macht die Klägerin ebenfalls als Mangelfolgeschaden geltend (CHF 1'158.30; act. 1 N. 139 Punkt 3). Die Parteien waren sich diesbezüglich uneinig, wer diese Kosten zu übernehmen hat (Klägerin: act. 1 N. 58; Beklagte 1: act. 20 N. 325). Die Klägerin führt aus, dass in der Folge von der Beklagten 1 erstmals undichte Dilatationen als Auslöser von Wassereintritten erwähnt und zwei Dilatationen ersetzt worden seien (act. 1 N. 57 ff.). Unklar bleibt allerdings, was Gegenstand der Wässerungsversuche war und inwiefern die Kosten für die Hebebühne eine direkte Folge einer konkreten, undichten Dilatation sind. Ent-

- 73 - sprechend mangelt es bereits aus diesem Grund an einer Ersatzpflicht der Beklagten 1.

#### **E. 4.4.3.8**

Die Klägerin verlangt weiter den Ersatz der Kosten, welche sie für eine provisorische Abdichtung einer undichten Dilatation durch die Suter Bautenschutz AG im November 2016 aufgewendet hat (CHF 3'224.60; act. 1 N. 150). Die fragliche Massnahme erfolgte nach einem Wassereintritt, dessen Ursache die Klägerin in einer weiteren undichten Dilatation vermutete (act. 1 N. 91). Die Beklagte bestreitet nicht nur, dass die fragliche Dilatation undicht war (act. 20 N. 359), sondern auch Bestand und Höhe dieser Position sowie die Notwendigkeit der Massnahme und ihre Schadenersatzpflicht (act. 20 N. 416). Die Klägerin äusserte sich dazu in ihrer Replik nicht mehr (vgl. act. 38 N. 765, 820), weshalb sich bereits die Undichtigkeit der fraglichen Dilatation nicht erstellen lässt. Es besteht folglich keine Schadenersatzpflicht der Beklagten 1.

#### **E. 4.4.3.9**

Hinsichtlich des Gutachtens M.\_\_\_\_\_ ist festzuhalten, dass die Parteien im Gutachterauftrag vom 27. November 2015 übereingekommen sind, dass die Kosten von der Klägerin bevorschusst und anschliessend "zum Schaden dazugeschlagen" werden (act. 1 N. 143). Die Beklagte 1 bestreitet auch hinsichtlich dieser Position die Höhe der geltend gemachten Kosten sowie das Bestehen einer diesbezüglichen Haftung ihrerseits (act. 20 N. 408). Die Klägerin qualifiziert die Gutachterskosten selbst als Mangelfolgeschaden im Rechtssinne (act. 1 N. 142). Daraus folgt, dass sich auch die Verantwortlichkeit für diesen Schaden nach derjenigen für den verursachenden Mangel richtet, was mit dem genannten

Wortlaut übereinstimmt. Nachdem die Parteien dem Gutachten M.\_\_\_\_\_ nicht die Bedeutung eines Schiedsgutachtens beimessen wollen, kann sich eine Kostentragungspflicht der Beklagten 1 entgegen der Ansicht der Klägerin nicht danach bestimmen, ob M.\_\_\_\_\_ die Mangelhaftigkeit des Werks festgestellt hat oder nicht (act. 1 N. 143). Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, besteht keine Haftung der Beklagten 1 für die von der Klägerin behaupteten Werkmängel bzw. Schäden. Folglich können der Beklagten 1 auch die Kosten für das Gutachten M.\_\_\_\_\_ nicht überbunden werden. Das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist mit Bezug auf die Beklagte 1 abzuweisen.

- 74 -

- 75 -

## E. 5

Dezember 2012 (act. 3/77) über den Planungsfehler in Kenntnis gesetzt worden war (act. 38 N. 637, 900 ff.). Die Klägerin stellt sich allerdings auf den Standpunkt, im Jahr 2012 sei noch nicht ausreichend klar gewesen, welche Ursache für welchen Mangel inwiefern ausschlaggebend gewesen sei. Klar sei einzig gewesen, dass die Klägerin den Mangel behoben haben wollte, auch wenn ihr die genauen Ursachen noch unbekannt gewesen seien; sie sei nicht gehalten gewesen, immer an beide Beklagte eine Mängelrüge zu versenden (act. 38 N. 905). 5.2.2.4.4. Diese Argumentation überzeugt nicht. Einerseits entfaltet eine Mängelrüge an die Beklagte 1 selbstredend keine Wirkungen gegenüber der Beklagten 2, weshalb die Klägerin gehalten gewesen wäre, von der Beklagten 2 zu vertretende Mängel gegenüber dieser zu rügen. Andererseits scheint die Klägerin zu übersehen, dass eine Mängelrüge die Angabe der genauen Ursache des Mangels nicht voraussetzt. So muss auch weder das Schadensausmass noch bereits die Frage abschliessend geklärt sein, wer in welchem Umfang für einen Sekundärmangel oder Mangelfolgeschaden verantwortlich zeichnet, wenn ein solcher durch das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter bzw. mehrerer Schadensursachen entstanden ist. Handkehrum kann mit der Mängelrüge aber auch nicht zugewartet werden, bis über alle Details Klarheit herrscht. Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des Mangels zu laufen.

- 85 - 5.2.2.4.5. Aus den klägerischen Ausführungen erhellt nicht, weshalb die Klägerin noch bis im Februar 2013 einen Fehler der Beklagten 2 im Gegensatz zur Beklagten 1 und der beigezogenen AB.\_\_\_\_\_ AG ausschloss. Nach eigener Darstellung hatte die Klägerin spätestens im Frühjahr 2012 Kenntnis von Wassereintritten im Hallenbad. Diese Problematik war im weiteren Verlauf des Jahres 2012 Gegenstand von Gesprächen vornehmlich der Klägerin und der Beklagten 1 sowie von entsprechenden Abklärungen. Nach klägerischer Darstellung war ihr bereits am 22. August 2012 bekannt, dass die Entwässerungsöffnungen verschlossen worden waren. Der klägerische Bauherrenberater hielt am 22. August 2012 entsprechend fest (act. 3/18), dass die Entwässerung der Dächer A und B teilweise über die Cortenstahl-Stützen erfolgte und das Dach C "dadurch möglicherweise unterlaufen werde" (act. 38 N. 902). Weiter bringt die Klägerin selbst vor, dies gegenüber der Beklagten 1 am 22. August 2012 mündlich gerügt zu haben (act. 1 N. 38 f., 117). Das Wissen ihres Beraters bzw. Vertreters muss sich die Klägerin anrechnen lassen. War der Klägerin in diesem Zeitpunkt vor dem Hintergrund wiederholter Wassereintritte bekannt, dass Entwässerungsöffnungen verschlossen worden waren, hätte sie sich angesichts der angeblich jegliche Verantwortung ablehnenden Haltung der Beklagten 1 zwangsläufig mit der Frage beschäftigen müssen, ob die Beklagte 1 die

Entwässerungsöffnungen planwidrig verschlossen hat oder dies in der Planung der Beklagten 2 so vorgesehen war. Mangels gegen- teiliger Ausführungen der Klägerin muss davon ausgegangen werden, dass sich diese Frage durch eine Konsultation der fraglichen Pläne ohne Weiteres hätte be- antworten lassen. Selbst wenn der Klägerin und ihren Beratern tatsächlich der Sachverstand gefehlt hätte, um Baupläne ausreichend zu verstehen (vgl. act. 38 N. 457 ff.), hätte sie der Frage auf andere Weise nachgehen können und müssen, angefangen bei einer entsprechen Anfrage bei der Beklagten 2. Aus den klägerischen Ausführungen erschliesst sich nicht, inwiefern die Klägerin diesbezüglich aktiv geworden ist. So bleibt mangels substantiierter Behauptungen auch unklar, was zwischen der Untersuchung der AB.\_\_\_\_\_ AG im Mai 2012 und deren Schreiben vom 5. Dezember 2012 geschah. 5.2.2.4.6. Spätestens nach dieser Mitteilung hatte die Klägerin aber ausreichend Anhaltspunkte dafür, dass die Wassereintritte zumindest teilweise auf einen Pla-

- 86 - nungsfehler der Beklagten 2 zurückzuführen sein könnten, weil sie die fraglichen Entwässerungsöffnungen nicht berücksichtigt hatte. Die fragliche Planung wurde auch nach klägerischer Darstellung allein von der Beklagten 2 erstellt, weshalb über die diesbezügliche Verantwortlichkeit keinerlei Zweifel bestehen konnten. Die Klägerin behauptet ferner nicht, dass sie aufgrund eigener Abklärungen oder aus anderen sachlichen Gründen konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der AB.\_\_\_\_\_ AG gehabt hätte. Folglich hätte in diesem Zeitpunkt umgehend eine entsprechende Mängelrüge an die Beklagte 2 erfolgen müssen. Selbst wenn aber in jenem Zeitpunkt noch konkrete und begründete Zweifel an den Angaben der Beklagten 1 und der AB.\_\_\_\_\_ AG bestanden hätten, wäre von der Klägerin zu erwarten gewesen, dass sie die Planung der Beklagten 2 bzw. den konkreten Vorwurf der Beklagten 1 bzw. der AB.\_\_\_\_\_ AG nach Eingang der entsprechen- den Mitteilungen umgehend überprüft oder – sofern ihr dazu tatsächlich der Sachverstand gefehlt hätte – überprüfen lässt. Die Klägerin kann sich ihrer Rüge- obliegenheit nicht einfach mit dem Vorbringen ent schlagen, die Beklagte 1 habe mit ihrer Mitteilung vom 22. November 2012 bloss "einen anderen Schuldigen" gesucht (act. 38 N. 898). Ebenso wenig ist ersichtlich, wie sich die Klägerin durch eine Mängelrüge in diesem Zeitpunkt einem Haftungsrisiko ausgesetzt hätte (act. 38 N. 1008). 5.2.2.4.7. Die Klägerin erläutert denn auch nicht, welche neuen Erkenntnisse sie in den auf ihr Schreiben vom 28. Februar 2013 (act. 3/20) folgenden rund zwei Monaten gewann, welche eine Mängelrüge gegenüber der Beklagten 2 am 13. April 2013 plötzlich doch rechtfertigten (act. 38 N. 1008). Damit unterlässt es die Klägerin, ihr Zuwarten mit einer Mängelrüge während mindestens fünf Monaten zu erklären. Somit bleibt es dabei, dass die Klägerin spätestens nach der genann- ten Mitteilung der AB.\_\_\_\_\_ AG über die für eine Mängelrüge erforderlichen In- formationen verfügt hatte. Die erst Monate später erhobene Mängelrüge erweist sich deshalb als verspätet. Offenbleiben kann unter diesen Umständen, ob die Klägerin die Mängelrüge gar noch früher hätte erheben müssen. Das Werk gilt als stillschweigend genehmigt (Art. 370 Abs. 2 OR) und die Klägerin hat allfällige Mängelrechte gegenüber der Beklagten 2 verwirkt. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 ist deshalb auch hinsichtlich der Beklagten 2 abzuweisen.

- 87 -

- 88 -

**E. 5.1**

Ausgangslage Die Klägerin wirft der Beklagten 2 drei Vertrags- bzw. Pflichtverletzungen vor. Erstens macht die Klägerin geltend, die Beklagte 2 habe es pflichtwidrig unterlassen, vor Erstellung der Pläne den baulichen Vorbestand selbst ausreichend abzuklären, weshalb sie die vorbestehende Entwässerungslösung über die Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen nicht erkannt habe (act. 1 N. 161; act. 38 N. 925 ff., 936 f., 942, 1073, 1102, 1106, 1111 ff., 1121, 1132). Zweitens wirft die Klägerin der Beklagten 2 vor, in pflichtwidriger Unkenntnis dieser Entwässerungslösung über die Cortenstahl-Stützen eine Konstruktion geplant zu haben, welche die Entwässerungsöffnungen in den Cortenstahl-Stützen verschliesst; dies habe dazu geführt, dass Wasser nicht mehr durch die Entwässerungsöffnungen auf das Dach C abfliessen konnte, sondern in das Dach C eingedrungen sei und dort einen (Total-) Schaden bei der Wärmedämmung verursacht habe (act. 1 N. 157 f.; act. 38 N. 473, 847, 949, 1103, 1112). Die Klägerin bringt drittens vor, die Beklagte 2 habe gestützt auf den Planervertrag 2 und das PQM eine periodische Kontroll- und Prüfpflicht für das gesamte Bauprojekt gehabt, welche sie pflichtwidrig verletzt habe; so hätte die Beklagte 2 ihren Planungsfehler bemerkt, wenn sie die Ausführung durch die Beklagte 1 bzw. deren Subunternehmerin vertragsgemäss kontrolliert hätte (act. 38 N. 842 ff., 852, 860 ff., 1135, 1139). Die Klägerin und die Beklagte 2 sind sich bezüglich aller drei Vorwürfe bereits darüber uneinig, ob sich die Haftung der Beklagten 2 nach Auftrags- oder nach Werkvertragsrecht richtet. Dies ist insbesondere deshalb entscheidend, weil die Beklagte 2 den Standpunkt vertritt, dass die Klägerin ihre Ansprüche mangels rechtzeitiger Mängelrüge verwirkt habe. Diese Frage ist im Folgenden vorab zu klären, weil sich im Falle einer Verwirkung der klägerischen Ansprüche eine weitergehende Prüfung von vornherein erübrigt.

- 76 -

## **E. 5.2**

Rechtsbegehren Ziffer 1: Ersatz der Sanierungskosten Dach C

### **E. 5.2.1**

Haftungsgrundlage

#### **E. 5.2.1.1**

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin und die Beklagte 2 haben am 2. November 2006 einen Vertrag (act. 3/4; im Folgenden: "Planervertrag 1") abgeschlossen, mit welchem sich die Beklagte 2 als Generalplanerin zu Planungsleistungen betreffend die streitgegenständliche Hallenbadsanierung verpflichtete (Klägerin: act. 1 N. 10,18; Beklagte 2: act. 18 N. 16). Mit Vertrag vom 29. Dezember 2008 (act. 3/5; im Folgenden "Planervertrag 2") ersetzten die Klägerin und die Beklagte 2 den Planervertrag 1 hinsichtlich der Ausführungsphase (Klägerin: act. 1 N. 20 und act. 38 N. 838; Beklagte 2: act. 18 N. 17 und act. 51 N. 1206). Die Klägerin und die Beklagte 2 haben mit Ausnahme des Leistungsbeschreibs nicht die Anwendbarkeit der SIA-102 vereinbart (Beklagte 2: act. 18 N. 225; von der Klägerin nicht bestritten in act. 38 N. 1133; Ziffer 5.8 Planervertrag 2). Die Beklagte 2 war für die Erstellung der Ausschreibungs- und Ausführungspläne sowie für die gestalterische Leitung zuständig, während die Bauleitung inklusive Fachbauleitung der Beklagten 1 übertragen wurde (Klägerin: act. 1 N. 23 und act. 38 N. 838; Beklagte 2: act. 18 N. 26).

#### **E. 5.2.1.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin beruft sich hinsichtlich der Haftung der Beklagten 2 in der Klageschrift auf Auftragsrecht und Ziffer 14.1 Planervertrag 2, wonach die Beklagte 2 der Klägerin "bei verschuldeter, fehlerhafter Auftragserfüllung (Planungsfehler)" den entstandenen Schaden zu ersetzen habe (act. 1 N. 156). Nach Bestreitung durch die Beklagte 2 führte die Klägerin in der Replik ergänzend aus, dass Werkvertragsrecht, wenn überhaupt, höchstens für die eigentliche Erstellung der Ausführungspläne gemäss Planervertrag 1 anwendbar sei. Der Planervertrag 2 beziehe sich hingegen auf die Ausführung, Planungsarbeiten seien nicht mehr zu erbringen gewesen. Die Beklagte hafte für ihre Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen bei der Ausführung, d.h. die unterlassene Kontrolle der Bauausführung

- 77 - bzw. das Nichtentdecken ihres Planungsfehlers, gemäss Ziffer 6.9 Planervertrag 2 nach Auftragsrecht (act. 38 N. 839 ff., 1102), was auch in Ziffer 14.1 Planervertrag 2 zum Ausdruck komme (act. 38 N. 846). Gleiches gelte für die Vorbereitungs- und Abklärungsarbeiten vor Erstellung der Pläne (act. 38 N. 942, 1102). Die Beklagte 2 stellt sich auf den Standpunkt, dass sie gemäss Planervertrag 2 im Wesentlichen die Pläne herzustellen, aber keine Bauleitungsaufgaben gehabt habe, weshalb der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Selbst bei einem gemischten Vertrag wäre die Haftung für einen Planungsfehler, bei welchem es um den Ersatz des Mangelfolgeschadens gehe, gemäss Rechtsprechung nach Werkvertragsrecht zu beurteilen (act. 18 N. 20, 124, 213, 228 und act. 51 N. 8, 26, 929, 934 ff., 1109, 1121, 1123, 1206, 1233, 1242).

### **E. 5.2.1.3**

Rechtliches Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Architektenvertrag aufgrund der darin dem Architekten übertragenen Pflichten zu qualifizieren. Sind gemäss Architektenvertrag allein Planungsarbeiten, die in einem zu realisierenden Projekt ihren Niederschlag finden, geschuldet, untersteht dieser Vertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag. Gehören dagegen ausschliesslich die Bauleitung bzw. -aufsicht, die Vergabe von Arbeiten oder die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages zum Pflichtenheft des Architekten, untersteht der Architektenvertrag dem Auftragsrecht. Einen Gesamtvertrag, bei welchem der Architekt sämtliche Architekturleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Projektierung und die Bauausführung übernimmt, qualifiziert das Bundesgericht als gemischten Vertrag, welcher erlaubt, je nach der konkreten Leistung eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden. Insofern kommt es zu einer Spaltung der Rechtsfolgen (BGE 134 III 361 ff. Erw. 5.1 = Pra 98 [2009] Nr. 8; BGer-Urteil 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013 Erw. 3 m.H.)

- 78 -

### **E. 5.2.1.4**

Würdigung 5.2.1.4.1. Die Klägerin wirft der Beklagten 2 einen Planungsfehler vor. So habe diese die Entwässerungslösung über die Cortenstahl-Stützen nicht berücksichtigende Konstruktion geplant, welche zu einem Verschliessen der Entwässerungsöffnungen und in der Folge zu einem Wasserschaden im Dach C geführt hätten. Diese Planung, welche ein Verschliessen der Entwässerungsöffnungen vorsah, wurde von der Beklagten 1 bzw. ihrer Subunternehmerin in der Folge umgesetzt (vgl. Erw. 4.2.1.4). 5.2.1.4.2. Nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt sich die diesbezügliche Verantwortlichkeit der Beklagten 2 unabhängig davon, ob der Vertrag gesamthaft als Werkvertrag qualifiziert

werden kann oder infolge einer Spaltung der Rechtsfolgen allein die Pflicht zur Planerstellung beurteilt wird, nach werkvertraglichen Regeln – vorbehaltlich allfälliger vom dispositiven Gesetzesrecht abweichender Parteivereinbarungen. 5.2.1.4.3. Die Klägerin wirft der Beklagten 2 wie ausgeführt weiter eine unzureichende bzw. unterlassene Abklärung des baulichen Vorbestandes (Entwässerung über Cortenstahl-Stützen) vor, welche zum Planungsfehler führte. Es ist nicht ersichtlich und von der Klägerin nicht dargetan, inwiefern die entsprechenden Abklärungen einem anderen Zweck als der Planerstellung gedient hätten. Sie stellen somit einen Teil des Planungsprozesses dar, indem sie die konkrete Planerstellung ermöglichen und sich in dieser manifestieren. Einzige Folge allfälliger Versäumnisse bzw. Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Abklärung des baulichen Vorbestandes wäre entsprechend ein Planungsfehler. Dieser bildet somit die allein interessierende und nach Werkvertragsrecht bzw. einer allfälligen davon abweichenden Parteivereinbarung zu beurteilende Vertragsverletzung; die Haftung für die Fehlplanung absorbiert mit anderen Worten eine vorgängige Sorgfaltspflichtverletzung (BEAT DENZLER / MICHAEL HOCHSTRASSER, in: Stöckli / Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2019, S. 400, unter Hinweis auf BGE 111 II 170 ff. Erw. 2).

- 79 - 5.2.1.4.4. Nicht anders verhält es sich im Ergebnis mit der Haftung der Beklagten 2 für allfällige Versäumnisse bei der Kontrolle und Überwachung der Bauausführung. Der klägerische Vorwurf geht dahin, dass die Beklagte 2 ihren eigenen Planungsfehler während der Bauausführung in Verletzung der ihr obliegenden Prüf- und Kontrollpflichten nicht bemerkt habe (so explizit in act. 38 N. 842, 845). Nach Ansicht der Klägerin ist diese Prüf- und Kontrollpflicht unabhängig von der Planungsleistung und bezieht sich auch nicht auf die Erstellung eines Werks, weshalb die auftragsrechtlichen Regeln gelten würden. Diese Argumentation verfängt nicht. Die in diesem Zusammenhang von der Klägerin angeführte (act. 38 N. 839 ff.) Prüfpflicht im Sinne von Ziffer 6.5 Abs. 1 Planervertrag 2 hat nach klägerischer Darstellung eine periodische Kontrolle der Bauausführung, "d.h. eine Kontrolle der Qualität der Arbeiten und Lieferungen sowie der vollständigen Leistungserbringung gemäss Ausschreibungsunterlagen und Plänen", zum Gegenstand. Sinn und Zweck dieser Prüfpflicht war demnach die Sicherstellung einer korrekten Umsetzung der Pläne durch die ausführenden Unternehmer. Die Pläne wurden von der Beklagten 1 bzw. ihrer Subunternehmerin in Bezug auf das fragliche Detail vollständig und handwerklich einwandfrei umgesetzt, weshalb der Planungsfehler bei vertragskonformer Prüfung durch die Beklagte 2 nicht entdeckt worden wäre bzw. ist. Gleiches gilt für das von der Klägerin angeführte PQM. Die Klägerin trägt diesbezüglich vor, die zentralen Leistungspflichten der Beklagten 2 hätten gemäss Ziffer 6.9 Planervertrag 2 "insbesondere die Tätigkeiten und Kontrollen, die sich aus der projektbezogenen Qualitätssicherung der Auftraggeberin (PQM) gemäss GU-Werkvertrag ergeben" eingeschlossen (act. 38 N. 848 f.). Weder aus diesen Vorbringen noch den weiteren Ausführungen der Klägerin zu Sinn und Zweck des PQM (act. 38 N. 848 ff.) wird klar, welche konkrete zusätzlichen Pflichten der Beklagten 2 nach Ansicht der Klägerin vertraglich hätten auferlegt worden sein sollen. Periodische Baukontrollen hinsichtlich Qualität und Vollständigkeit der Ausführung waren von der Beklagten 2 bereits nach Ziffer 6.5 Planervertrag 2 geschuldet. Die pauschale Feststellung, wonach die Beklagte 2 gemäss PQM "absolut dichte" Flachdächer hätte sicherstellen müssen, genügt nicht, um eine Verletzung konkreter, über die periodischen Baukontrollen im obgenannten Sinne hinausgehender (Nach-) Prüfungspflichten nachzuweisen. Dass die Beklagte 2 ein

- 80 - dichtes Dach planen sollte, ist auch ohne PQM selbstverständlich. Wenn der Beklagten 2 ein Planungsfehler unterläuft, weil sie nach Ansicht der Klägerin den baulichen Vorbestand ungenügend abgeklärt hat, und auch während der Bauausführung das ursprüngliche Entwässerungskonzept und ihren Fehler nicht erkennt, bleibt der eigentliche Planungsfehler Inhalt des behaupteten haftungsauslösenden Verhaltens der Beklagten 2.

5.2.1.4.5. Die diesbezügliche Haftung der Beklagten 2 beurteilt sich wie ausgeführt nach werkvertragsrechtlichen Regeln bzw. allfälligen Parteivereinbarungen. Hinsichtlich letzterer ist die Klägerin der Ansicht, dass die Beklagte 2 die Ausführungspläne gestützt auf den Planervertrag 1 zu erstellen hatte (act. 38 N. 844), weil in der vom Planervertrag 2 erfassten Ausführungsphase keine Planarbeiten mehr zu erbringen gewesen seien (act. 38 N. 1102). Diese Behauptung ist mangels weiterer Ausführungen nicht nachvollziehbar. Soweit die Klägerin der Ansicht sein sollte, dass die Erstellung der Ausführungspläne nicht von der Phase 52 gemäss SIA-102 ("Ausführung") erfasst ist und die Pläne in diesem Zeitpunkt bereits vorliegen, ist dies richtig und wird von der Beklagten 2 soweit ersichtlich auch nicht bestritten (vgl. act. 51 N. 1206). Der Schluss der Klägerin, wonach sich die Planerstellung nach dem Planervertrag 1 richtet, ist hingegen unzutreffend und widerspricht ihren eigenen Ausführungen. Die Erstellung der Ausführungspläne ist Gegenstand der Phase 51 gemäss SIA-102 ("Ausführungsprojekt"). Die Klägerin selbst weist auf Ziffer 1.1 Planervertrag 2 (act. 3/5) hin (act. 38 N. 838), gemäss welcher letzterer den Planervertrag 1 in Bezug auf die Phasen 41 bis 53 ersetzt (so auch die Beklagte 2 in act. 18 N. 17 und act. 51 N. 1206). Damit bildet der Planervertrag 2 und nicht mehr der Planervertrag 1 die Grundlage für die Ausführungsplanung der Beklagten 2.

5.2.1.4.6. Diesbezüglich bleibt zu prüfen, ob die Parteien eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung getroffen haben. Eine solche wäre von der Klägerin zu behaupten und zu beweisen, insofern sie eine Wegbedingung der gesetzlichen Rügeobliegenheit behauptet. Die klägerischen Ausführungen zur fraglichen Vertragsklausel, in welcher die Klägerin eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung ausmacht, erweisen sich als widersprüchlich: Während die

- 81 - Vorbringen in act. 38 N. 847 nahelegen, dass die Klägerin die Ziffer 14.1 Planervertrag 2 auch hinsichtlich des fraglichen Planungsfehlers als massgebend ansieht, erachtet sie in act. 38 N. 1102 den Planervertrag 2 für Planungsarbeiten gerade nicht als einschlägig. So oder anders behauptet die Klägerin aber ohnehin nicht konkret, dass bzw. inwiefern die Parteien in genannter Klausel eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung getroffen hätten, welche hinsichtlich des Planungsfehlers massgeblich wäre. Dies entspricht auch dem Standpunkt der Beklagten 2, wonach die Parteien mit Ziffer 14.1 Planervertrag 2 keine von der gesetzlichen Ordnung (Art. 363 ff. OR) abweichende Vereinbarung getroffen und insbesondere die Rügeobliegenheit nicht wegbedungen hätten (act. 51 N. 934). Lediglich die Beklagte 1 behauptet (act. 48 N. 1252, 1342 ff.), dass mit Ziffer 14.1 Planervertrag 2 die werkvertragliche Rügeobliegenheit gänzlich wegbedungen worden sei. Nachdem die Beklagte 1 nicht Vertragspartei des Planervertrag 2 und die fragliche Klausel mangels Uneinigkeit der Klägerin und der Beklagten 2 nicht auslegungsbedürftig ist, erweisen sich die Ausführungen der Beklagten 1 von vornherein als unbeachtlich. Lediglich der guten Ordnung halber ist deshalb darauf hinzuweisen, dass das von der Beklagten 1 vertretene Vertragsverständnis im schwer verständlichen Wortlaut der fraglichen Klausel auch nicht offensichtlich eine Stütze gefunden hätte.

5.2.1.4.7. Nach dem Gesagten beurteilt sich die weiter zu prüfende Haftung der Beklagten 2 für den Planungsfehler nach den gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertrag (Art. 363 ff. OR). Zu prüfen ist deshalb im Folgenden, ob die Klägerin eine im

Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR rechtzeitige Mängelrüge erhoben hat.

## **E. 5.2.2**

Rechtzeitige Mängelrüge

### **E. 5.2.2.1**

Unbestrittener Sachverhalt Mit Schreiben vom 28. Februar 2013 (act. 3/20) an die Beklagte 1 bestand die Klägerin auf der Mängelbehebung durch die Beklagte 1. Auch bestritt sie vorsorglich einen Fehler des Generalplaners, d.h. der Beklagten 2 (Klägerin: act. 1 N. 41 und act. 38 N. 914 f.; Beklagte 2: act. 18 N. 53 und act. 51 N. 1016). Gegenüber der Beklagten 2 machte die Klägerin erstmals mit Schreiben vom 12. April 2013

- 82 - einen Planungsfehler geltend (act. 3/22; Klägerin: act. 1 N. 44, 118; Beklagte 2: act. 18 N. 127).

### **E. 5.2.2.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass ihre Mängelrügen sowohl form- als auch fristgerecht erfolgt seien, sofern dies überhaupt von Bedeutung sei (act. 38 N. 919, 940, 1018). Sie bestreitet (act. 38 N. 889), dass die ersten Wassereintritte bereits im Jahr 2011 dokumentiert worden seien, und bringt unter Hinweis auf eine Besprechungsnotiz ihres Bauherrenvertreters vom 2. Februar 2012 (act. 3/16) vor, dass erstmals im Februar 2012 Wassereintritte "via die Dächer" dokumentiert worden seien (act. 38 N. 889). Die Klägerin bestreitet sodann, dass ihr die Beklagte 1, wie diese in ihrem Schreiben vom 22. November 2012 behauptet hatte, bereits um den 16. Februar 2012 mitgeteilt habe, dass die Beklagte 2 die Entwässerung durch die Cortenstahl-Stützen nicht berücksichtigt habe; sie habe dies nicht verifizieren können (act. 38 N. 636). Eine Mängelrüge gegenüber der Beklagten 2 sei auch im August 2012, als die 2-Jahres-Abnahme stattfand, noch nicht erforderlich gewesen (act. 38 N. 908). Erst im April 2013 sei hinreichend klar gewesen, dass sich eine Mängelrüge gegenüber der Beklagten 2 rechtfertige, was sie in ihrer Mängelrüge vom 12. April 2013 (act. 3/22) auch entsprechend zum Ausdruck gebracht habe (act. 38 N. 1008). Die Beklagte 2 wendet ein, dass die Klägerin bereits im Jahre 2011 Wassereintritte in die Flachdächer festgestellt habe (act. 18 N. 41 ff., 195; act. 51 N. 9, 971, 983, 999, 1198). Gegenüber ihr (der Beklagten 2) habe die Klägerin erstmals am 12. April 2013 eine Mängelrüge erhoben, obwohl der Klägerin gemäss Schreiben der Beklagten 1 vom 22. November 2012 (act. 3/19) seit dem 16. Februar 2012 (act. 18 N. 46 f., 128; act. 51 N. 10), spätestens aber seit der Untersuchung der AB.\_\_\_\_\_ AG vom 3. Mai 2012 (act. 18 N. 46 ff., 104) bzw. seit ihrer Besprechung mit der Beklagten 1 am 22. August 2012 (act. 51 N. 11) hinreichend bekannt gewesen sei, dass ein Planungsfehler vorliegen könnte. Selbst wenn der Klägerin der behauptete Planungsfehler damals noch nicht bekannt gewesen wäre, sei ihr dieser aber am 19. Oktober 2012 zur Kenntnis gebracht worden, als ihr die Beklagte 1 gemäss deren Schreiben vom 22. November 2012 (act. 3/19) die

- 83 - Offerte der AC.\_\_\_\_\_ AG vom 5. Oktober 2012 weitergeleitet habe. Denn Inhalt dieser Offerte sei gewesen, die Problematik der verschlossenen Entwässerungsöffnungen zu beheben (act. 51 N. 12). Mit erwähntem Schreiben vom 22. November 2012 (act. 3/19) habe die Beklagte 1 der Klägerin schliesslich den behaupteten Planungsfehler explizit mitgeteilt (act. 18 N. 46; act. 51 N. 13). Die erstmalige Mängelrüge vom 12. April 2013 sei damit auf jeden Fall verspätet, weshalb die klägerischen Mängelrechte bzw. Ansprüche auf

Ersatz des Mangelfolgeschadens gegenüber der Beklagten 2 verwirkt wären (act. 18 N. 56, 127 f., 138 und act. 51 N. 9 ff., 488, 1010).

### **E. 5.2.2.3**

Rechtliches Zur Rügeobliegenheit vgl. bereits Erw. 4.3.3.3. Art. 367 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Besteller bei Ablieferung des Werkes, so bald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen hat. Offene Mängel, welche bei dieser ordnungsgemässen Prüfung erkennbar sind, muss der Besteller je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls sofort nach der Entdeckung des Mangels, spätestens aber sofort nach Abschluss der Prüfung anzeigen, andernfalls das (mangelhafte) Werk als genehmigt gilt und die Mängelrechte verwirkt sind (Art. 370 Abs. 1 OR). Geheime Mängel, welche bei der ordnungsgemässen Prüfung des Werkes nicht erkennbar waren, gilt es vom Besteller sofort nach deren Entdeckung anzuzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR). Zu den geheimen Mängeln sind regelmässig die vorliegend relevanten Planmängel zu zählen.

### **E. 5.2.2.4**

Würdigung 5.2.2.4.1. Wie sich bereits aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, würde es sich beim fraglichen Planungsfehler um einen geheimen Mangel handeln. 5.2.2.4.2. Die Klägerin bringt in der Replik zwar neu vor, die Mängel bezüglich Undichtigkeit der Dächer seien bereits anlässlich der 2-Jahres-Abnahme vom 22. August 2012 im Beisein beider Beklagten mündlich thematisiert worden, kann den konkreten Inhalt der lediglich durch eine undatierte Aktennotiz dokumentierten

- 84 - Besprechung (act. 3/18) aber nicht substantiiert darlegen. Abgesehen davon räumt sie sinngemäss ein, dass gegenüber der Beklagten 2 bei dieser Gelegenheit keine (mündliche) Mängelrüge erhoben worden sei (act. 1 N. 39; act. 38 N. 895, 908 ff.). Das Gegenteil hätte denn auch im Widerspruch gestanden zu ihrem Schreiben vom 28. Februar 2013, in welchem sie gegenüber der Beklagten 1 eine Haftung der Beklagten 2 bestritt (act. 3/20). Somit kann offen bleiben, ob die Beklagte 2 an jener Besprechung überhaupt anwesend war (von dieser bestritten in act. 18 N. 44 und act. 51 727, 989). 5.2.2.4.3. Bereits mit Schreiben vom 22. November 2012 (act. 3/19) war die Klägerin unbestrittenermassen (act. 38 N. 636, 901, 903) von der Beklagten 1 über den Planungsfehler informiert worden. Weiter räumt die Klägerin ein, dass sie von der seitens der Beklagten 1 beigezogenen AB.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom

### **E. 5.3**

Rechtsbegehren Ziffer 2 Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 2 den Ersatz von Mangelfolgeschäden in der Höhe von insgesamt CHF 138'694.35, wobei sie diesbezüglich eine solidarische Haftung beider Beklagten geltend macht (vgl. Erw. 4.4). Zu den infolge Genehmigung verwirkten Mängelrechten gehört auch das Recht auf Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens (BGer-Urteil 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012; GAUCH, a.a.O., N. 2160; ZINDEL / SCHOTT, a.a.O., Art. 370 N. 22). Eine Haftung der Beklagten 2 für die fraglichen Kosten fällt deshalb ausser Betracht. Im Übrigen kann vollumfänglich auf die vorstehende Erw. 4.4 verwiesen werden. Das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist auch hinsichtlich der Beklagten 2 abzuweisen.

### **E. 6**

Zusammenfassung

## **E. 6.1**

Die Klage ist im Umfang von CHF 144'938.40 als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben. Die ursprünglichen Rechtsbegehren Ziffer 3, Punkt 1 (Ersatz der drei im Jahr 2016 provisorisch abgedichteten Dilatationen) und 2 (Nachbesserung sämtlicher Dilatationen mittels Überkleben) sind zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

## **E. 6.2**

Die Beklagte 1 haftet nicht für die Kosten der Sanierung des Dachs C (Rechtsbegehren Ziffer 1). Eine diesbezügliche Haftung ergibt sich nicht aufgrund von ihr bzw. ihrer Subunternehmerin verbauter undichter Dilatationen. Die Beklagte 1 hat weiter auch keine Abmahnungspflicht verletzt, indem sie die Klägerin nicht auf die schädigenden Folgen der fehlerhaften Planung der Beklagten 2 hingewiesen hat. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 ist mit Bezug auf die Beklagte 1 abzuweisen. Es besteht weiter keine Nachbesserungs- oder Schadenersatzpflicht der Beklagten 1 hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten weiteren Mängel bzw. Mängelfolgeschäden (Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3), da sich diese entweder nicht erstellen lassen, sich nicht auf ein Verhalten der Beklagten 1 zurückführen lassen

- 89 - oder für den verursachenden Mangel aus anderen Gründen keine Haftung der Beklagten 1 gegeben ist.

## **E. 6.3**

Gegenüber der Beklagten 2 hat die Klägerin allfällige Mängelrechte mangels rechtzeitiger Mängelrüge verwirkt. Folglich haftet die Beklagte 2 weder für den Schaden im Dach C (Rechtsbegehren Ziffer 1) noch für die geltend gemachten Mangelfolgeschäden gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2.

## **E. 6.4**

Die geänderte Klage ist deshalb sowohl hinsichtlich der Beklagten 1 als auch der Beklagten 2 vollumfänglich abzuweisen.

## **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 7.1**

Streitwertberechnung

#### **E. 7.1.1**

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet dieses nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zur Ermittlung des Streitwerts zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 7.1.2**

Die Klägerin bezeichnet den Streitwert der geänderten Klage mit CHF 621'749.60, wobei sie dem geänderten, nicht durch einen Geldbetrag quantifizierten Rechtsbegehren Ziffer 3 einen Streitwert von CHF 50'000.– beimisst (act. 38 N. 15). Das Rechtsbegehren Ziffer 3 betrifft allein die Beklagte 1. Diese scheint die klägerische Streitwertberechnung pauschal

zu bestreiten, ohne dies näher zu begründen (act. 48 N. 57). Aus ihren Ausführungen ergibt sich, dass sie die Reduktion des Streitwerts von ursprünglich CHF 809'415.45 auf CHF 621'749.60 durch die Klageänderung als Unterliegen der Klägerin auffasst, worauf an anderer Stelle einzugehen ist. Hinsichtlich des Streitwerts der gegenstandslos gewordenen Rechtsbegehren Ziffer 3 Punkte 1 und 2 gemäss ursprünglicher Klage waren sich die Parteien anfänglich uneinig. So machte die Beklagte 1 in ihrer Klageantwort einen diesbezüglichen Streitwert von CHF 16'000.– geltend (act. 20 N. 13).

- 90 - Die Klägerin bestritt diese Angabe als unbegründet und ging im Ergebnis von einem Streitwert von CHF 50'000.– aus: So bezifferte die Klägerin den Streitwert des ursprünglichen Rechtsbegehrens Ziffer 3 mit CHF 100'000.– (act. 1 N. 4) und machte in ihrer Replik hinsichtlich des geänderten Rechtsbegehrens Ziffer 3 einen verbleibenden Streitwert von CHF 50'000.– geltend. Entsprechend entfielen auf die weggefallenen Rechtsbegehren ebenfalls CHF 50'000.–, was von der Beklagten 1 anerkannt wurde (act. 48 N. 838). Nachdem die Beklagte 1 den von der Klägerin geltend gemachten Streitwert des ursprünglichen Rechtsbegehrens Ziffer 3 von CHF 100'000.– (act. 1 N. 4) nicht konkret bestritt (act. 20 N. 291), kommt dem verbleibenden bzw. neuen Rechtsbegehren Ziffer 3 nach übereinstimmender Ansicht der Klägerin und der Beklagten 1 ein Streitwert von CHF 50'000.– zu. Da dies nicht als offensichtlich unrichtig erscheint (Art. 91 Abs. 2 ZPO), ist darauf abzustellen.

### **E. 7.1.3**

Der Streitwert der geänderten Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 beträgt CHF 571'749.60 (CHF 433'784.40 + CHF 130'692.50 + CHF 7'272.70). Hinsichtlich dieser Rechtsbegehren behauptet die Klägerin eine solidarische Haftung der Beklagten 1 und 2. Es liegt zwar eine einfache (passive) Streitgenossenschaft vor, allerdings fordert die Klägerin die Leistung des genannten Betrags wirtschaftlich nur einmal. Folglich ist keine Zusammenrechnung bzw. Verdoppelung vorzunehmen (BGE 139 III 24 ff. Erw. 4.2 m. H.). Daraus ergibt sich schliesslich, dass von einem Gesamt-Streitwert der geänderten Klage von CHF 621'749.60 auszugehen ist (CHF 571'749.60 + CHF 50'000.–).

## **E. 7.2**

Gerichtskosten

### **E. 7.2.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend besteht eine passive Streitgenossenschaft. Die Entscheide für die einzelnen Parteien können dabei nicht nur auf materieller Ebene, sondern auch in Bezug auf die Prozesskosten unterschiedlich ausfallen. Das Gericht bestimmt gemäss Art. 106 Abs. 3 ZPO den Anteil an den Prozesskosten für die einzelnen Streitgenossen. Da betreffend die verschiedenen Streitgenossen

- 91 - unterschiedliche Urteile ergehen (dazu sogleich), ist in Bezug auf die Prozesskosten nicht auf solidarische Haftung zu erkennen (VIKTOR RÜEGG / MICHAEL RÜEGG, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 106 N. 10).

### **E. 7.2.2**

Zu beachten ist, dass die Abschreibung der genannten ursprünglichen Rechtsbegehren infolge Klagerückzugs und Gegenstandslosigkeit ebenfalls Kosten- und Entschädigungsfolgen nach sich zieht. Dabei ist der Streitwert der fraglichen Begehren zu demjenigen der geänderten Klage hinzuzurechnen. Ausgehend von einem so zusammengerechneten Streitwert von CHF 816'688.– (CHF 621'749.60 + CHF 50'000.– + CHF 144'938.40 [CHF 578'722.80 - CHF 433'784.40]) beträgt die Grundgebühr CHF 27'084.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Im Umfang von CHF 194'938.40 (CHF 50'000.– + CHF 144'938.40) wird das Verfahren durch Klagerückzug bzw. Gegenstandslosigkeit und damit ohne Entscheid in der Sache erledigt (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Was den Entscheid in der Sache anbelangt, erwies sich das Verfahren allerdings sowohl aufgrund des Umfangs des Prozessstoffs als auch aufgrund der Komplexität der sich in tatsächlicher Hinsicht stellenden Fragen sowie des erforderlichen Zwischenentscheids als äusserst zeitaufwendig (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Im Ergebnis erweist sich deshalb eine Erhöhung der Grundgebühr um rund einen Drittel auf CHF 35'000.– als angemessen.

### **E. 7.2.3**

Art. 106 ZPO regelt die Verteilungsgrundsätze: Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Abs. 1). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Nach Art. 107 ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, so insbesondere, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird (lit. e).

### **E. 7.2.4**

Die Klägerin unterliegt mit ihrer geänderten Klage vollständig, weshalb sie die darauf entfallenden Gerichtskosten zu tragen hat. Gleich verhält es sich hinsichtlich der Reduktion ihres Rechtsbegehrens Ziffer 1 im Umfang von CHF 144'938.40: Eine solche Reduktion stellt einen Klagerückzug dar, bei wel-

- 92 - chem die klagende Partei als unterliegend gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr die auf den genannten Betrag entfallenden Gerichtskosten aufzuerlegen sind. Gründe, weshalb vorliegend von diesem Grundsatz abgewichen werden könnte, sind weder dargetan noch ersichtlich. Insbesondere ändert daran der Umstand nichts, dass die Klägerin die Kosten der Sanierung des Daches angeblich dank "rigoroser Kostenüberwachung" hat tiefer halten können, als sie dies in der Klage gestützt auf die eingeholten Offerten vernünftigerweise habe voraussehen können (act. 38 N. 9). Was die gegenstandslos gewordenen, ursprünglichen Punkte 1 und 2 des Rechtsbegehrens Ziffer 3 anbelangt, hat die Beklagte 1 die Gegenstandslosigkeit durch Erfüllung der Forderung herbeigeführt, weshalb sie die diesbezüglichen Kosten grundsätzlich zu tragen hat (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Nicht relevant ist in diesem Zusammenhang, weshalb die Beklagte 1 der klägerischen Nachbesserungsforderung nachkam, insbesondere, ob die klägerische Forderung begründet war oder die Beklagte 1 die fraglichen Arbeiten "auf Kulanz" erbracht hat. Die Beklagte 1 macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass ihr die Klägerin eine Nachbesserungsfrist bis Ende Juli 2017 eingeräumt hatte und die Klägerin den Ablauf dieser Frist mit ihrer Klageeinleitung im Mai 2017 nicht abgewartet hat (act. 20 N. 13). Die Beklagte 1 hatte indessen das mit Ansetzung der fraglichen Frist erfolgte klägerische Ersuchen um nochmalige Verlängerung des Verjährungseinredevorbehalts bis Ende Juli 2017 abgelehnt und nur einer Verlängerung bis Ende Mai 2017 zugestimmt (Klägerin: act. 38 N. 397, 415;

Beklagte 1: act. 48 N. 819; act. 39/205). Bis Ende Mai 2017 war die Beklagte 1 den fraglichen Nachbesserungsforderungen nicht nachgekommen. Weshalb die Klägerin unter diesen Umständen in guten Treuen noch mit einer Erfüllung ihrer Nachbesserungsforderung hätte rechnen müssen (so die Beklagte 1 in act. 48 N. 55), legt die Beklagte 1 nicht konkret dar und ist nicht ersichtlich. Im Übrigen hätte aber auch das Vorbringen der Beklagten 1 nicht verfangen, wonach die Klägerin die fraglichen Ansprüche nach Ablauf der angesetzten Nachbesserungsfrist problemlos noch mittels Klageänderung hätte in den Prozess einbringen können. So war und ist zwischen den Parteien die Verjährung bzw. die anwendbare Verjährungsfrist ja gerade strittig und Grund für die abgegebenen Verjährungseinredeverzichtserklärungen. Die Klägerin hatte demnach keine Gewissheit, dass ihre Ansprüche im

- 93 - Falle eines weiteren Zuwartens nicht verjähren. Die Klägerin hätte die fragliche Klageänderung denn auch nicht mit einer beliebigen Eingabe, sondern erst mit der Replik vornehmen können (Urteil HG160015 vom 24. Mai 2017 Erw. 3, publiziert in ZR 116/2017 S. 169 ff., Nr. 52). Folglich bleibt es dabei, dass die Beklagte 1 im genannten Umfang kostenpflichtig ist. Der Beklagten 2 sind keine Kosten aufzuerlegen, da sie vollständig obsiegt.

#### **E. 7.2.5**

Dies führt zu folgender Kostenverteilung: in Prozent des zusammen- Streitwert Gebühr Unterliegen / gerechneten Streitwerts, in CHF in CHF Kostentragung gerundet Klagerückzug Zif- 144'938.40 18 % 6'300.– Klägerin fer 1 Gegenstandslose 50'000.– 6 % 2'100.– Beklagte 1 Begehren Ziffer 3 Geänderte Klage 621'749.60 76 % 26'600.– Klägerin Total 816'688.– 100 % 35'000.– Der Klägerin sind die Gerichtskosten folglich im Umfang von CHF 32'900.– (94%) aufzuerlegen. Im Betrag von CHF 27'000.– sind die Kosten aus dem klägerischen Kostenvorschuss zu beziehen, der Restbetrag ist nachzufordern. Die Beklagte 1 hat die Kosten im Umfang von 2'100.– (6%) zu tragen.

#### **E. 7.3**

Parteientschädigungen

##### **E. 7.3.1**

Ausgangsgemäss sind Parteientschädigungen zuzusprechen. Auch die Parteientschädigungen werden grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse,

- 94 - der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Diese Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

##### **E. 7.3.2**

Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend rund CHF 28'650.–, ausgehend vom zusammengerechneten Streitwert von CHF 816'688.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sowohl aufgrund des Umfangs des Prozessstoffs als auch angesichts der Komplexität der sich in tatsächlicher Hinsicht stellenden Fragen ist auch der notwendige Zeitaufwand der Rechtsvertretung erhöht, weshalb diese Gebühr um einen Fünftel auf CHF 34'380.– zu

erhöhen ist. Für die durchgeführte Vergleichs- verhandlung sowie für die zweite Rechtsschrift ist – unter Berücksichtigung des Umstands, dass im zweiten Schriftenwechsel eine Klageänderung vorgenommen wurde sowie einige Begehren infolge Gegenstandslosigkeit entfielen – ein Zu- schlag von rund 40% vorzunehmen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV), was eine Parteient- schädigung von CHF 48'000.– ergibt.

### **E. 7.3.3**

Die Klägerin unterliegt im Verhältnis zur Beklagten 1 im Umfang von 94% und obsiegt im Umfang von 6%. Folglich hat sie der Beklagten 1 eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von 88% bzw. CHF 42'240.– zu bezahlen. Bezüglich des Antrags der Beklagten 1 auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen (vgl. auch Ur- teil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5.). Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der Beklagten 1 die Parteientschädi- gung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

### **E. 7.3.4**

Die Klägerin ist im Verhältnis zur Beklagten 2 als vollständig unterliegend zu betrachten und entsprechend zu verpflichten, dieser eine volle Parteientschä- digung zu bezahlen. Hinsichtlich der Höhe der Parteientschädigung kann grund- sätzlich auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Der notwendige Zeitaufwand der Rechtsvertretung der Beklagten 2 fiel im Vergleich zur Beklagten 1 aber insofern geringer aus, als sie das Rechtsbegehren Nr. 3 nicht betraf und

- 95 - sich ihre Rechtsschriften dazu entsprechend nicht zu äussern hatten. Es rechtfertigt sich deshalb, von der Grundgebühr von CHF 28'650.– auszugehen. Unter Be- rücksichtigung der durchgeführten Vergleichsverhandlung und des zweiten Schrif- tenwechsels erweist sich wiederum ein Zuschlag von insgesamt rund 40% und damit eine Anwaltsgebühr von insgesamt CHF 40'100.– als angemessen (§ 11 AnwGebV). Bezüglich des Antrags der Beklagten 2 auf Zusprechung der Partei- entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist wiederum auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Angesichts der fehlenden Be- gründung und mangels Belegen ist der Beklagten 2 die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht beschliesst:

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