

ZH_HANDELSGERICHT HG170199 vom 24. März 2021

Zh Handelsgericht, 2021-03-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG170199

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG170199 du 24 mars 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG170199 del 24 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gegeben (örtlich: Art. 17 ZPO und Art. 10 Werkvertrag [act. 3/10] [Beklagte 1]; Art. 31 ZPO [Beklagte 2]; sachlich: Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH). Die örtliche Zuständigkeit ist unbestritten geblieben (vgl. act. 12; act. 17; Art. 18 ZPO).

E. 1.2

Klageänderung Gemäss Art. 227 ZPO ist eine Klageänderung dann zulässig, wenn (1) der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (2) a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder b) die Gegenpartei zustimmt, wobei es ausreicht, dass sie die Klageänderung nicht moniert (vgl. LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 227 N. 22; PAHUD, in: BRUN-

- 19 - NER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO-Kommentar, 2. A., 2016, Art. 227 N. 8). Vorliegend hat die Klägerin ihre Rechtsbegehren mit ihrer Replik geändert. In Rechtsbegehren A.1 erhöhte sie den Forderungsbetrag von ursprünglich CHF 645'526.95 (inkl. MWST) auf CHF 872'425.65 (exkl. MWST). Zudem werden neu die Daten und Beträge für die Zinsberechnung darin aufgeführt, teilweise ergänzt mit weiteren Zinsforderungen. Begründet werden diese Änderungen damit, dass der Klägerin weitere Kosten im Zusammenhang mit den D._____ - Hallendach entstanden seien (act. 53 Rz. 14 ff.). Dies ist eine Klageerweiterung, weshalb – entgegen der Meinung der Klägerin (act. 53 Rz. 27) – eine Klageänderung vorliegt (WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 227 N. 24, 32). Deren Voraussetzungen sind erfüllt, da die Verfahrensart gleich bleibt und ein sachlicher Zusammenhang besteht / die Klageänderung von den Beklagten nicht moniert wurde. In Rechtsbegehren B hat die Klägerin das ursprüngliche Rechtsbegehren B.1 weggelassen. Anders als die Klägerin ausführt, hat das hiesige Gericht weder mit Beschluss vom 6. November 2017 (act. 5, siehe explizit E. 3.4) noch mit Beschluss vom 27. November 2018 (act. 47, siehe Dispositiv-Ziffer 1) über das ursprüngliche Rechtsbegehren B.1 entschieden. Entschieden hat es vielmehr über die in Klage (act. 1) und Eingabe der Klägerin vom 26. September 2018 (act. 32) enthaltenen Anträge (C.2 bzw. D.1) auf vorsorgliche Beweisführung. Die Klägerin hat demnach ihre Klage in Bezug auf das ursprüngliche Rechtsbegehren B.1 zurückgezogen. Das Verfahren ist diesbezüglich zufolge Klagerückzugs abzuschreiben. Das

ursprüngliche Rechtsbegehren B.2, erster Absatz, ohne letzter Teilsatz, ist nun Rechtsbegehren B.1a), was an sich keine Klageänderung darstellt. Eine Klageänderung stellt die Bezifferung des ursprünglich mit Verweis auf das Beweisverfahren noch zu beziffernde Begehren – und der damit einhergehende Wechsel von einer unbezifferten (ungenügend, da kein Mindestbetrag genannt, vgl. Art. 85 ZPO) auf eine bezifferte Forderungsklage – dar. Es handelt sich dabei nicht um die bei einer unbezifferten Forderungsklage übliche nachträgliche Bezif-

- 20 - ferung nach Beweisverfahren oder Auskunftserteilung (beides hat nicht stattgefunden), welche keine Klageänderung darstellt (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 N. 9). Die Voraussetzungen einer Klageänderung – da die Verfahrensart gleich bleibt und ein sachlicher Zusammenhang besteht / die Klageänderung von den Beklagten nicht moniert wurde – sind erfüllt. Diese Ausführungen gelten auch für die Eventualbegehren des ursprünglichen Rechtsbegehrens B.2.a)-b), erster Absatz, ohne letzter Teilsatz, bzw. des geänderten Rechtsbegehren B.1.b)-c). Weiter wurde das ursprünglich als Eventualbegehren gestellte Rechtsbegehren B.2 zweiter Absatz, ohne letzter Teilsatz, im Wesentlichen in Rechtsbegehren B.2 überführt. Die Umformulierungen stellen keine Klageänderungen i.S.v. Art. 227 ZPO dar und sind ohne Weiteres zulässig (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N. 21). Neu wird zusätzlich Zins beantragt. Dies ist eine Klageänderung (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 N. 19). Deren Voraussetzungen sind erfüllt, da die Verfahrensart gleich bleibt und ein sachlicher Zusammenhang besteht / die Klageänderung von den Beklagten nicht moniert wurde. Weggelassen hat die Klägerin die ursprünglich als Eventualbegehren gestellten, bedingten Rechtsbegehren B.2, zweiter Absatz, letzter Teilsatz, sowie B.2.a)-b), Absatz zwei. Das Verfahren ist diesbezüglich zufolge Klagerückzugs abzuschreiben. Neu werden mit Rechtsbegehren B.3 konkret bezifferte, bisher im Zusammenhang mit der Nachbesserung der Mängel am Hauptdach entstandene Kosten zuzüglich Zins verlangt. Die Voraussetzungen einer Klageänderung – da die Verfahrensart gleich bleibt und ein sachlicher Zusammenhang besteht / die Klageänderung von den Beklagten nicht moniert wurde – sind erfüllt. Mit Rechtsbegehren B.4.a)-c) verlangt die Klägerin die Kosten der Mangelfolgeschäden, welche von den Mängeln am Hauptdach verursacht worden seien, in einem vor Abschluss des Verfahrens noch zu beziffernden Umfang (Rechtsbegehren 5), mindestens jedoch CHF 610'900.05 zuzüglich Zins. Mit den ursprünglichen Rechtsbegehren B.2 und B.2a)-b) Absatz 1, wurde bereits ein nicht näher spezifizierter Mangelfolgeschaden verlangt (ungenügend, da kein Mindestbetrag genannt, vgl. Art. 85 ZPO). Ob die Angabe eines Mindestbetrags bei dieser unbezifferten Forderungsklage eine Klageänderung darstellt, kann offen gelassen werden. Die Voraussetzungen für eine Klageänderung wären ohnehin erfüllt, da die Verfahrensart gleich bleibt und ein sachlicher Zusammenhang besteht / die Klageänderung von den Beklagten nicht moniert wurde. Schliesslich fordert die Klägerin mit Rechtsbegehren A.2 und B.6 neu keine Mehrwertsteuer mehr. Dies sind untergeordnete Nebenpunkte, stellen keine Klageänderungen dar und sind daher ohne Weiteres zulässig (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N. 22).

E. 1.3

Eventualbegehren B.2: Bedingung / fehlendes Rechtsschutzinteresse Mit Eventualbegehren B.2 fordert die Klägerin für den Fall, dass die Arbeiten zur Behebung der Mängel bis zum Urteilszeitpunkt erfolgt sein müssten, den Ersatz der nachgewiesenen Kosten der Mängelbehebung. Damit steht dieses Rechtsbegehren unter einer Bedingung. Ob ein

bedingtes Rechtsbegehren (ausnahmsweise) zulässig ist (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N. 17), kann offen gelassen werden: Die Vornahme von Arbeiten zur Behebung behaupteter Mängel ist ein echtes Novum, welches von der Klägerin ohne Verzug, d.h. ausserhalb des ordentlichen Schriftenwechsels, vorzubringen gewesen wäre. Der Eintritt dieser Bedingung wurde dem Gericht nicht mitgeteilt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Arbeiten zur Mängelbehebung am Hauptdach bis zum Urteilszeitpunkt noch nicht erfolgt sind. Entsprechend fehlt ein Rechtsschutzinteresse an der Erstattung der Kosten, weshalb auf das Eventualbegehren B.2 nicht einzutreten ist.

E. 1.4

Rechtsbegehren B.4.a)-c): Unbezifferte Forderungsklage

E. 1.4.1

Rechtliches Nach Art. 85 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Sie muss dabei einen Mindeststreitwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Damit wird sie von der Verpflichtung befreit, ihr Rechtsbegehren genau zu beziffern. Dies hat insbesondere dort zu gelten, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung liefert. Diesfalls ist der klagenden Partei zu gestatten, die Präzisierung erst nach

- 22 - Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen. Demgegenüber hat die Bestimmung auf die Behauptungs- und Substantiierungslast hinsichtlich der übrigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen lediglich geringe Auswirkungen. Es ist weiterhin an der Klägerin, die diesbezüglichen Tatsachen substantiiert darzulegen, damit darüber überhaupt Beweis abgenommen werden kann. Insbesondere darf eine Reduktion der Substantiierungspflichten nicht auf einen Beweisausforschung hinauslaufen. Die Klägerin ist bereits bei Klageanhebung gehalten, die Tatsachen anzugeben, welche Anhaltspunkte für die Entstehung und die Höhe der geltend gemachten Forderung / des geltend gemachten Schadens bilden, und dafür Beweise anzubieten (MARKUS, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, Art. 85 N. 1; BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss., 2013, N. 618 ff.). So wird beispielsweise auch in Anwendungsfällen von Art. 42 Abs. 2 OR verlangt, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar behauptet und beweist. Es genügt denn auch nicht, einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen auf die an sich erforderliche Bezifferung zu verzichten. Vielmehr obliegt der klagenden Partei der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Nur soweit ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist, fehlt es an der Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Bezifferung (BGE 140 III 409 E. 4.3). Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage ist restriktiv zu handhaben. Der blosse Umstand, dass es schwierig ist, einen Schaden zu quantifizieren, stellt für sich genommen keine Unzumutbarkeit dar. Die Unzumutbarkeit ist nur für Situationen annehmbar, in welchen sich die klagende Partei in einer regelrechten Behauptungsnot befindet. Im Weiteren ist hervorzuheben, dass sich die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit auf die Forderungsbezifferung – nicht auf deren Bestand an sich – beziehen muss. Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne darf nicht den Weg für eine unzulässige Beweisausforschung ebnen (ZR 115/2016 Nr. 47 S. 198 E. 3.4.1). Wird ein

Rechtsbegehren nicht beziffert, ohne dass darauf wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit ausnahmswei-

- 23 - se verzichtet werden kann, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 140 III 409 E. 4.4; ZR 115/2016 Nr. 47 S. 201 E. 3.7.1).

E. 1.4.2

Zusammengefasste Parteistandpunkte In Rechtsbegehren B.4.a)-c) (Mangelfolgeschaden Hauptdach) erhebt die Klägerin eine unbezifferte Forderungsklage (act. 53 Rz. 25). Sie begründet sie damit, dass erst nach der vollständigen Mängelbeseitigung überhaupt die Möglichkeit bestehe, die Mangelfolgeschäden abschliessend zu eruieren und nach erfolgter Reparatur auch zu beziffern (act. 53 Rz. 323). Konkret könne sie heute noch nicht abschätzen, welche weiteren Schäden – namentlich im Innern des Gebäudes und den sich dort befindlichen Installationen etc. – infolge der Wassereinbrüche durch das mangelhafte Flachdach entstanden seien bzw. entstehen würden. Die Prüfung dieser Konstruktionen und Installationen im Gebäude etc. sowie die Behebung allfälliger Schäden an diesen sei für die Klägerin erst nach erfolgter Mängelbehebung möglich. Als mögliche Schadens- und Kostenpositionen stünden unter anderem ein allfälliger Ersatz und / oder die Reparatur (Austrocknung etc.) durchfeuchteter Ausflockung, von durchnässten (Gips-)Decken, schadhafte technischen Installationen wie z.B. Beleuchtung, Elektroleitungen oder Kältedecken im Vordergrund. Weiter sei zu erwarten, dass die Mieter aufgrund der durch die Wassereinbrüche entstandenen Beeinträchtigung und / oder aufgrund der zu erwartenden emissionsträchtigen Arbeiten zur Nachbesserung des Flachdachs und der Bereinigung allfälliger Schäden im Gebäudeinnern Mietzinsherabsetzungsansprüche geltend machten (act. 53 Rz. 258). Diese Unsicherheit in Bezug auf den Bestand und die Höhe der Mangelfolgeschäden des Hauptdaches führe dazu, dass es ihr weder zumutbar noch möglich sei, die Mangelfolgeschäden im jetzigen Zeitpunkt abschliessend zu beziffern. Entsprechend müsse die Klägerin einstweilen einen approximativen Mindestbetrag in Bezug auf die Mangelfolgeschäden angeben (act. 53 Rz. 323). Im Rahmen einer ersten Abschätzung beziffere sie diese Kosten derzeit auf mindestens CHF 610'900.05. Dieser Betrag setze sich wie folgt zusammen: CHF 11'556.70 für bereits entstandene Kosten, CHF 69'750 (exkl. MWST) für einen allfälligen Mietzinsausfall sowie CHF 529'593.35 (exkl. MWST) gemäss Richt-Offerte S. _____ AG (act. 53 Rz. 24). Die Klägerin

- 24 - werde die Bezifferung nachholen, sobald die Arbeiten im Zuge der allfälligen Begutachtung und der Sanierung des Daches ausgeführt würden (act. 53 Rz. 323). Die Beklagte 1 erklärt, die unbezifferte Forderungsklage sei unzulässig und ohne Weiteres abzuweisen (act. 63 Rz. 13.3). Die Klägerin hätte den bis heute angeblich entstandenen Schaden sehr wohl beziffern können. Zudem sei auch nicht ansatzweise dargelegt worden, aus welchen Gründen sie weiteren Schaden im behaupteten Ausmass erwarte (act. 63 Rz. 17.8). Die Beklagte 2 bringt vor, die Ausführungen der Klägerin seien spekulativ und unsubstantiiert (act. 61 Rz. Zu 258). Da von der Klägerin bis zum Aktenschluss keine geeigneten Beweismittel zu den angeblichen Schäden und Beeinträchtigungen im Innern des Gebäudes beantragt worden seien, müsse kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Die Forderung sei vielmehr ohne Weiteres abzuweisen (act. 61 Rz. Zu 323).

E. 1.4.3

Würdigung Für die Beurteilung ist zwischen drei Komponenten des Rechtsbegehrens B.4.a)-c) zu unterscheiden: Hinsichtlich der laut klägerischen Behauptungen bisher angefallenen Kostenpositionen von CHF 11'556.70 ist keine unbezifferte Forderungsklage zulässig, da dieser Betrag offensichtlich bezifferbar ist. Die Klägerin errechnete ihn selber gestützt auf diverse Rechnungen und Belastungsanzeigen (vgl. act. 53 Rz. 301 ff.). In diesem Umfang ist auf Rechtsbegehren B.4.a)-c) nicht einzutreten. In Bezug auf mögliche Mietzinsausfälle schätzt die Klägerin den Schaden auf mindestens CHF 69'750.– (exkl. MWST). Sie hält Mietzinsausfälle während der Zeit der ersatzvornahmeweise erfolgenden Mängelbehebung sowie von allfälligen Reparaturen im Gebäudeinnern für möglich. Damit beschlägt das Informationsdefizit bereits den Bestand und nicht bloss die Höhe der (allfällig zukünftig entstehenden) Forderung. Insoweit ist eine unbezifferte Forderungsklage unzulässig und auf das Rechtsbegehren B.4a)-c) nicht einzutreten (vgl. OGer Beschluss und Urteil LB190031 vom 27. Juni 2019 E. 3; BAUMANN WEY, a.a.O., N. 448). Im Sinne

- 25 - einer Eventualbegründung ist anzufügen, dass, würde insofern auf die Klage eingetreten, sie abzuweisen wäre. Die Forderung wird bestritten. Es fehlt an Behauptungen zu Mietern (die explizit beispielhaft genannten G. _____ Zürich und T. _____ Bildungsreinrichtung sind offensichtlich nicht alle Mieter, vgl. act. 53 Rz. 318) und insbesondere zu den Mietzinshöhen pro Jahr oder Monat je Mieter, welche für die Berechnung eines allfälligen Mangelfolgeschadens wegen Mietzinsherabsetzung notwendig wären. Solche Behauptungen könnten nach dem zweiten Schriftenwechsel nicht nachgeholt werden, da sie – anders als allfällige künftige Mietzinsherabsetzungsbegehren – keine Noven darstellten. Schliesslich sind auch für die dritte Komponente (die behaupteten weiteren Schäden im Innern des Gebäudes und den sich dort befindlichen Installationen) die Voraussetzung einer unbezifferten Forderungsklage nicht erfüllt. Die Klägerin behauptet zwar, dass geprüft werden müsse, ob die Deckenkonstruktion sowie die befindlichen Installationen, Gewerke etc. innerhalb des Gebäudes durch die Wassereinträge infolge der Undichtigkeiten des Flachdachs Schaden erlitten hätten. Gleichzeitig legt sie aber eine Kostenschätzung der S. _____ AG für die erforderlichen Arbeiten betreffend Rückbau und Wasserschaden 4. OG in der Höhe von CHF 529'593.35 (exkl. MWST) ins Recht. Es handle sich dabei um eine erste Abschätzung der im Gebäudeinnern entstandenen Schadenskosten und um ein Minimalbetrag unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Damit zeigt die Klägerin jedoch selber, dass es ihr möglich war, vorprozessual eine ausreichende Grundlage für eine Bezifferung ihrer Schadenersatzforderung zu erlangen. Die Kostenschätzung ist denn auch einigermaßen detailliert (vgl. act. 54/55) und nicht bloss über den Daumen gepeilt. Die Klägerin tut sodann nicht dar, weshalb es nicht möglich sein sollte, innerhalb des Gebäudes allfällige Schäden festzustellen – dazu bedarf es keiner Öffnung des Daches. Die Offerte mag noch zu tief sein, dafür stehen aber die Instrumente der Teilklage und der Klageänderung (vgl. auch Art. 230 ZPO) zur Verfügung, um den Betrag nachträglich zu erhöhen. Es besteht kein Grund dafür, die Klägerin vom allgemeinen Prozessrisiko der Bezifferung eines zu hohen bzw. zu geringen Betrags zu befreien. Folglich ist auch in Bezug auf diese Komponente des Rechtsbegehrens B.4a)-c) nicht einzutreten. Im Sinne einer Eventualbegründung ist anzufügen, dass, würde insofern auf die Klage eingetreten, sie abzuwei-

- 26 - sen wäre. Aufgrund der klägerischen Ausführungen ist nicht einmal klar, an welchen Dächern des Hauptdachs bzw. in welchen Teilen der Gebäude und an welchen

Installationen Schäden bestehen könnten und solche Arbeiten allenfalls ausgeführt werden müssten. Die pauschalen, vagen, bestrittenen Ausführungen der Klägerin insb. in act. 53 Rz. 258, 319 ff., 372 ff. genügten nicht. Beweise wurden zu diesem behaupteten Anspruch – ausser die Offerte und U. _____ als Zeuge in Bezug auf die Offerte, was nicht ausreicht – keine angeboten, welche eine Bezifferung oder Schätzung des Schadens nach einem allfälligen Beweisverfahren zuliesse. Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende oder nicht genügend substantiierte Behauptungen nachträglich zu vervollständigen.

E. 1.4.4

Fazit Zusammengefasst ist auf die Rechtsbegehren B.4.a)-c) nicht einzutreten. Gleiches gilt für das der nachträglichen Bezifferung der Rechtsbegehren B.4.a)-c) dienende Rechtsbegehren 5; es fehlt an einem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin vor Entscheidungsfällung nicht auf die Unzulässigkeit dieser Rechtsbegehren hingewiesen werden musste (vgl. Art. 132 und Art. 56 ZPO), da kein unklares, widersprüchliches, unbestimmtes oder offensichtlich unvollständiges Rechtsbegehren und damit kein Mangel vorlag. Vielmehr hat sich die anwaltlich vertretene Klägerin bewusst des Instruments der unbezifferten Forderungsklage bedient (BGE 140 III 409 E. 4.3.2; ZR 115/2016 Nr. 47 S. 200 f. E. 3.5). Der Umstand der anwaltlichen Vertretung steht auch der Auslegung des Rechtsbegehrens i.S. der Einforderung eines bestimmten Klagebetrags entgegen (ZR 115/2016 S. 197 E. 3.7.2).

E. 1.5

Vorbehalt des Nachklagerechts

- 27 - Die Klägerin hat in den Rechtsbegehren A.1, A.1.a)-b) und B.1.a)-c) einen Vorbehalt des Nachklagerechts angebracht. Damit zeigt sie an, dass sie (möglicherweise) nur eine Teilklage erhebt. Dies ist in Anwendung von Art. 86 ZPO zulässig.

E. 1.6

Übrige Prozessvoraussetzungen In Bezug auf die Rechtsbegehren A.1, 1.a)-b), 2, B.1.a)-c), 3.a)-c) erweisen sich die übrigen Prozessvoraussetzungen grundsätzlich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO).

E. 1.7

Einfache passive Streitgenossenschaft Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam beklagt werden (sog. einfache passive Streitgenossenschaft; subjektive Klagehäufung) (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Zwischen den Klagen muss ein sachlicher Zusammenhang bestehen. Weiter ist vorausgesetzt, dass für die einzelnen Klagen dieselbe Verfahrensart anwendbar ist und die gleiche sachliche Zuständigkeit besteht (Art. 71 Abs. 1 und 2 ZPO; RUGGLE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 71 N. 14 ff.; BORLA-GEIER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO-Kommentar,

E. 1.8

Stellungnahmen nach Aktenschluss Neue Tatsachen und Beweisofferten (echte und unechte Noven) in Stellungnahmen nach Aktenschluss – insbesondere auch als Entgegnung auf Dupliknoven – sind nur insoweit zu beachten, als sie die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen. Echte und unechte Noven sind ohne Verzug vorzubringen. Als ohne Verzug vorgebracht gilt ein Vorbringen innert zehn Tagen nach Entstehung der Tatsachen / Beweismittel bzw. Zustellung der Duplik (vgl. u.a. ZR 112/2013 Nr. 35 S. 141 m.H. und ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176). Ist die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven (d.h. erst nach Abschluss des Schriftwechsels entstandene Tatsachen oder Beweismittel) angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ansonsten ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO hingegen erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltnachweis gelingt, ist unabhängig, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlassen haben, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Gleiches gilt auch für die Geltendmachung jeglicher weiterer Noven in anderen Rechtsschriften nach Aktenschluss.

- 29 - Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; LEUENBERGER, a.a.O., 2016, Art. 229 N. 10). Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels ist der Aktenschluss eingetreten (vgl. act. 65). Die Eingabe der Klägerin vom 9. Mai 2019 (act. 67; act. 68/1-2) erfolgte ohne die Zulässigkeitsvoraussetzungen für allfällig darin enthaltene Noven darzutun. Damit erbringt sie weder den Sorgfaltnachweis für unechte Noven, noch legt sie das Vorhandensein und das rechtzeitige Vorbringen echter Noven dar. Allfällige darin enthaltene neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind daher unbeachtlich.

- 30 -

E. 2

Vorbemerkungen

E. 2.1

Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

E. 2.1.1

Vorgaben Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Partei, welcher die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), hat die Tatsachen hinreichend darzutun und ■ falls bestritten ■ zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet. 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 E. 2b; BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen 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 E. 3.4.2; BGer Urteile 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H.; 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER- SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, Art. 55 N. 21 m.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 152 N. 30). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass einerseits darüber Beweis abgenommen werden könnte und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist (BGer Urteile 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2b m.H.; 136 III 322 E. 3.4.2). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende oder nicht genügend substantiierte Behauptungen nachträglich zu vervollständigen, da dies zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes führte (vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3 m.H.). Im Prinzip ist den genannten Lasten in den Rechtsschriften nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Das Gericht und die Gegenpartei sollen nicht aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Ausnahmsweise kann ein Verweis auf eine Beilage ausreichend sein. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Der Verweis ist ungenügend, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig, selbsterklärend und vollständig enthalten sind, Interpretationsspielraum besteht oder sie daraus zusammengesucht werden müssten (BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1, 2.2.2 m.H.; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1). Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Diesfalls ist – ausser die Bestreitungen werden erkennbar an anderer Stelle ausgeführt – von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3, WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N. 191 ff.). Umgekehrt wird bei einer pauschalen einzelnen Behauptung nicht mehr als eine pauschale einzelne Bestreitung verlangt. Generelle Ausführungen am Anfang einer Rechtschrift, dass alles bestritten werde, was nicht dem eigenen Tatsachenvortrag entspreche, genügen nicht als Bestreitung.

E. 2.1.2

Umsetzung Die Parteien haben umfangreiche Rechtsschriften eingereicht, welche zahlreiche Wiederholungen, teilweise eine schwer nachvollziehbare Struktur (vgl. act. 53, entsprechend danach act. 61 und act. 63) und Verweise auf nicht spezifizierte Stellen (z.B. "Ziffer ..." in act. 63 Rz. 8.4, 19.13.3, 26.2, 36.1.2) oder falsche Verweise enthalten. Teilweise wird auch pauschal auf nicht selbsterklärende Beilagen verwiesen (u.a. act. 1 Rz. 331). Sodann werden Behauptungen zu verschiedenen Themen vermischt, so dass es nicht immer klar ist, zu welchem Sachverhaltsteil sie gehören. So versäumt es die Klägerin stellenweise, klarzustellen, auf welches Dach sich ihre Ausführungen beziehen. Zudem entsprechen die Nummerierungen in ihren Tabellen mit den Schadenspositionen nicht den ebenfalls nummerierten Ausführungen im Text, was die Bearbeitung erschwert (vgl. act. 1 Rz. 272 ff. und 461; act. 53 Rz. 223 ff., 246). Soweit es der beweisbelasteten Partei nicht gelingt einen schlüssigen Tatsachenvortrag zu präsentieren, ist sie ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen. Ebenso sind Bestreitungen in sachdienlicher Form und den konkreten Behauptungen zugeordnet vorzubringen. Soweit die Rechtsschriften diese Anforderungen nicht erfüllen, sind die Parteien ihrer Bestreitungslast nicht rechtsgenügend nachgekommen. Hierauf wird soweit relevant nachfolgend eingegangen. Vorauszuschicken ist, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, zu raten, welchem Bereich eine Behauptung / welcher Behauptung eine Bestreitung zuzuordnen ist.

E. 2.2

Beweislast, -führung und -abnahme

E. 2.2.1

Allgemeines Wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen (Hauptbeweis), die aus ihr ein Recht ableitet (Art. 8 ZGB). Der Gegenpartei steht der Gegenbeweis offen (WALTER, a.a.O., Art. 8 N. 66 ff.). Die Parteien haben einen Beweisanspruch (Art. 152 Abs. 1 ZPO) und zwar sowohl hinsichtlich Haupt- als auch Gegenbeweis. D.h. sie

- 33 - haben ein Recht darauf, für rechtserhebliche und streitige Sachvorbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) mit gesetzlich vorgesehenen (Art. 168 Abs. 1 ZPO) und tauglichen Beweismitteln zum Beweis zugelassen zu werden, sofern die jeweilige Partei die betreffenden Beweismittel form- und fristgerecht beantragt hat (BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 2, 10). Keine Beweise sind demgegenüber über Behauptungen abzunehmen, die für das Verfahren nicht relevant oder nicht strittig sind, sowie zu Rechtsfragen. Das Recht auf Beweis schliesst zudem eine antizipierte Würdigung von Beweisen nicht aus (BGer Urteil 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1.1; BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Zum Erfordernis formgerechter Beweisanträge gehört, dass den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisanträge eindeutig zugeordnet und sie verknüpft werden (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 23; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N. 51; vgl. u.a. BGer Urteile 4A_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3; 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; 4A_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1). Die Beweismittel sind unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (BGer Urteil 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; 4A_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1). Nicht hinreichend ist hingegen, in einer Rechtsschrift im Anschluss an seitenlange Sachvorbringen einfach sämtliche Beweismittel

zusammenfassend aufzulisten, ohne bei den einzelnen Tatsachenbehauptungen auf die jeweiligen konkreten Beweismittel hinzuweisen (BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 23). Solche Beweismittel sind nicht abzunehmen. Die Klägerin unterlässt es an einigen Stellen ihrer Rechtsschriften, die Beweisofferten mit den Tatsachenbehauptungen zu verknüpfen. Die Beweisofferten folgen oft blockweise nach mehreren Abschnitten (u.a. act. 1 Rz. 359, 417, 459; act. 53 Rz. 98, 117, 121, 127), so dass mithin nicht klar ist, zu welcher Tatsachenbehauptungen welche Beweismittel angeboten werden. Insbesondere wird damit auch nicht konkret dargelegt, zu was ein Gutachten erstellt werden soll (siehe Ziffer 2.2.2). Soweit relevant, wird nachfolgend auf diese Defizite konkreter eingegangen.

E. 2.2.2

Gutachten / Eigenes Fachwissen Zu den in der Schweizer Zivilprozessordnung abschliessend aufgezählten zulässigen Beweismitteln (MÜLLER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, DIKE-ZPO

- 34 - Kommentar, 2. A., 2016, Art. 168 Rz. 3 f.) gehört das Gutachten (Art. 168 Abs. 1 lit. d; Art. 183 Abs. 1 ZPO). Ein Gutachten wird seitens des Gerichts auf Antrag einer Partei eingeholt (vgl. MÜLLER, a.a.O., Art. 183 N. 5), wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen, zu deren Beurteilung es besonderer Fachkenntnisse bedarf (vgl. MÜLLER, a.a.O., Art. 183 N. 7). Die das Gutachten beantragende Partei hat zu behaupten, was das Gutachten letztlich dartun soll (HGer Beschluss und Urteil HG150232 vom 8. Januar 2019 E. 1.5.1; BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 33; vgl. BGE 127 III 365 E. 2c). Es ist nicht Sache des Gerichts, herauszusuchen, was mit dem Gutachten bewiesen werden könnte. Ein Gutachten ersetzt die genügend konkrete und substantiierte Parteibehauptung nicht. Im Verfahren HE150489-O wurde ein Gutachten zum Flachdach über der D.____-Halle datierend vom 29. Oktober 2016 erstellt (act. 3/6; HE150489-O act. 63 und act. 64/1-6). Von der Klägerin wird es Fachgutachten F.____ (vgl. act. 1 und act. 53), von den Beklagten Gutachten F.____ genannt (vgl. act. 12; act. 17; act. 61; act. 63). Nachfolgend wird es als Gutachten und F.____ wird als Gutachter bezeichnet. Nicht zu den Gutachten im Sinne der ZPO – und generell nicht zum numerus clausus der zulässigen Beweismittel, auch nicht als Urkunden, – gehören Privatgutachten (BGE 141 III 433 E. 2.5.2 und 2.5.3; MÜLLER, a.a.O., Art. 183 N. 2 und Art. 177 N. 11). Die Einreichung von Privatgutachten ist zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2, 2.6; 132 III 83 E. 3.4; BGer Urteile 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.2.1; 4A_178/2015 vom 11. September 2015 E. 2.6; Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7325). Vorliegend wurden von den Parteien verschiedene Parteigutachten eingereicht. Wenn ein Gericht aufgrund seiner Besetzung selbst über die den Anforderungen des konkreten Falles genügende Sachkunde verfügt, um bestimmte Aspekte des Sachverhalts feststellen oder würdigen zu können, kann es seinen eigenen Sachverstand nutzen und auf die Einholung eines Gutachtens verzichten (vgl. BGer Urteile 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.2.2 m.H.). Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass eine Partei substantiierte Behauptungen aufstellt, ein Gutachten als Beweismittel beantragt und Beweise abgenommen werden müssen.

- 35 -

E. 2.2.3

Zeugen Zeugen sind Personen, welche von einer zu beweisenden Tatsache durch eigene unmittelbare Sinneswahrnehmung Kenntnis haben. Dem Zeuge obliegt weder die

Würdigung einer bestimmten Tatsache noch deren rechtliche Subsumtion. Beim Zeugen handelt es sich um eine Drittperson, die nicht Partei ist. Organe einer juristischen Person sind als Partei zu behandeln (Art. 159 ZPO). Ein Spezialfall ist der sachverständige Zeuge. Diesem darf das Gericht auch Fragen zur Würdigung des Sacherhalts aufgrund seines Fachwissens stellen (RÜETSCHI, in: HAUS-HEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150-352, 2012, Art. 175 N. 1). Das setzt zunächst voraus, dass es überhaupt einen Gegenstand für den Zeugenbeweis gibt und dass der Beweisantrag nicht darauf abzielt, den Gutachtensbeweis durch eine Befragung nach Art. 175 ZPO zu ersetzen. Einem sachverständigen Zeugen, der ohnehin über seine eigenen Wahrnehmungen zu befragen ist, können im Sinne von Art. 175 ZPO in einfachen und wenig komplexen Fällen auch Fragen zur Würdigung des Sachverhaltes gestellt werden. In kontroversen Fällen vermögen solche Darlegungen ein Gutachten nicht zu ersetzen (HGer ZH Urteil HG120008 vom 23. Oktober 2013 E. 6.5.4.2 m.H.). Vorliegend bietet die Klägerin den Gutachter aus dem Verfahren HE150489-O an diversen Stellen als Zeugen an. Insofern jeweils zusätzlich zum Gutachten der Zeugenbeweis angeboten wird, ist dies unzulässig. Eine solche Doppelspurigkeit ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Bedürfen die Feststellungen im Gutachten einer Erklärung, steht das Instrument der mündlichen Erläuterung (Art. 187 Abs. 4 ZPO) zur Verfügung. Eine solche wurde jedoch nicht beantragt. Zudem wurde der Gutachter seitens der Klägerin in Bezug auf das D.____-Hallendach auch zu weiteren Punkten als Zeuge angeboten, ohne dass gleichzeitig das Gutachten offeriert wird (so act. 1 Rz. 263, 264, 265, 266, 352 (Kosten), 355, 363, 365, 373, 376, 379, 417, 459; act. 53 Rz. 628, 733, 738, 739, 741, 742, 749, 792, 800, 886). Auch dies ist unzulässig. Es hätten dazu im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung Ergänzungsfragen oder vorliegend einen Antrag auf ein Ergänzungsgutachten gestellt werden können. Die Zeugenbe-

- 36 - frragung darf nicht dazu dienen, damals Versäumtes nachzuholen. Abgesehen davon, dass bei diesen Beweisofferten unklar bleibt, was der Gutachter aufgrund welcher eigenen Wahrnehmungen bezeugen soll, geht es bei Zeugenbefragungen eben darum, dass der Zeuge eigene Tatsachenwahrnehmungen wiedergibt und nicht darum, seine im Gutachten gemachten Feststellung zu rechtfertigen oder dieses zu ergänzen. Für die Tatsache, was dem Gutachter bei der Erstellung des Gutachtens bekannt war (vgl. act. 61 Rz. Zu 678 3), bedarf es keiner Zeugenbefragung. Dies ist aufgrund der Akten des Verfahrens HE150489-O ersichtlich. Soweit relevant, wird nachfolgend auf die (weiteren) angebotenen Zeugenbeweise konkreter Bezug genommen, wobei generell anzumerken ist, dass bei den meisten unklar ist, wer sie sind und (mangels Verknüpfung) welche Tatsachenbehauptungen sie bezeugen sollten.

E. 3

Vertragsverhältnisse: Qualifikation und anwendbare Bestimmungen

E. 3.1

Vorbemerkung SIA Ordnungen / Normen haben keinen Gesetzesrang. Für ihre Verbindlichkeit bedarf es daher grundsätzlich der vertraglichen Übernahme. Diese kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (GAUCH/MIDDENDORF, § 1 Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, Rz. 1.85, 1.89, in: STÖCKLI/SIEGENTHALER, Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. A., 2019; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., 2019, Rz. 283 f.). Weiter

finden SIA Ordnungen / Normen insofern, als sie anerkannte Regeln der Baukunde enthalten, auch ohne Vereinbarung Anwendung (GAUCH, a.a.O., Rz. 842 ff., 850). Soweit gesetzliche Bestimmungen zwingend sind oder konkretere, individuelle Abreden bestehen, gehen diese vor (GAUCH/MIDDENDORF, a.a.O., Rz. 1.99, 1.100 f.). Ist strittig, ob eine SIA Ordnung / Norm vereinbart wurde, ist ihre Anwendbarkeit durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Vertragsauslegung ist in erster Linie auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; vgl. BGE 115 II 464 E. 2c). Diese subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

- 37 - ses. Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung. Die objektive Vertragsauslegung ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen (BGer Urteile 8C_99/2017 vom 22. Juni 2017 E. 5.1, 2C_825/2013 vom 24. März 2014 E. 2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet. Denn während es sich bei der Frage nach dem mutmasslichen Willen um eine Rechtsfrage handelt, beruht die Feststellung des tatsächlichen Willens auf Beweiswürdigung (BGE 121 III 118 E. 4). Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die jeweilige Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis (BGer Urteil 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 und 5.2). Daran zu erinnern ist, dass Gutachter sich auf die Prüfung des Sachverhalts zu beschränken haben, die Lösung von Rechtsfragen – wie die Anwendbarkeit von Normen/Ordnungen, es sei denn, der Gutachter ordnet sie als Fachmann den Regeln der Baukunde zu, – obliegt dem Gericht (BGer 4A_230/2013 vom 17. September 2013 E. 3).

E. 3.2

Klägerin und Beklagte 1

- 38 -

E. 3.2.1

Tatsächliches In Bezug auf das D. _____-Hallendach haben die Klägerin und die Beklagten 1 den schriftlichen Werkvertrag datierend vom 30. April 2012, basierend auf der Offerte der Beklagten 1 vom 13. April 2012, abgeschlossen (act. 1 Rz. 104, 130; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 104, 129-136; act. 17 Rz. 19.1.1, 22.1; act. 3/19). Hinsichtlich des Hauptdachs haben die Klägerin und die Beklagte 1 den schriftlichen Werkvertrag Nr. 011 (dieser

datiert vom 16. Dezember 2010, während die voranstehend angeheftete Auftragsbestätigung vom 17. Januar 2011 datiert) abgeschlossen (act. 3/10). Weiter liegen ihm die Offerte der Beklagten 1 vom

E. 3.2.2

Vertragsqualifikation und anwendbare rechtliche Bestimmungen Gegenstand der Verträge ist jeweils die Erstellung von Dächern, d.h. eines Werkes. Die Verträge qualifizieren als Werkverträge im Sinne von Art. 363 ff. OR, weshalb diese Bestimmungen subsidiär Anwendung finden. Im Werkvertrag betreffend D. _____-Hallendach findet sich ein Verweis auf die SIA Norm 118: (1) "271 Sicherheitsleistungen und Garantien, vom Bauherrn verlangt" ".100 Garantieleistungen nach Norm SIA 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten"" (act. 3/19; act. 17 Rz. 28.2.3; act. 53 Rz. 670; act. 63). Deshalb kommt – es berufen sich denn auch die Klägerin und die Beklagte 1 beide auf diese Bestimmungen – mindestens Kapitel 6 Abnahme des Werkes und Haftung für Mängel, Artikel 157 bis 182 der SIA Norm 118 (1977/1991) zur Anwendung. Beim Hauptdach ist die SIA Norm 118 (1977/1991) Bestandteil des Werkvertrags (act. 53 Rz. 338; act. 63 Rz. 19.11.1; vgl. act. 3/10) und findet daher Anwendung.

E. 3.3

Klägerin und Beklagte 2

E. 3.3.1

Tatsächliches

- 39 - Mit E-Mail vom 14. Mai 2012 beauftragte die Klägerin die Beklagte 2 mit der Planung und Bauleitung bei der Erneuerung des D. _____-Hallendachs (act. 1 Rz. 105, 131; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 105-109, 129-136; act. 17 Rz. 19.2, 23; act. 3/20). Betreffend das Hauptdach schlossen die Klägerin und die Beklagte 2 mündlich einen Architekturvertrag (Ausführungsplanung und Bauleitung) (act. 1 Rz. 100; act. 53 Rz. 347; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 95-103; act. 17 Rz. 18; act. 61 Rz. u 347-351; act. 63 Rz. 20).

E. 3.3.2

Vertragsqualifikation Die rechtliche Einordnung eines Architektenvertrags kann nicht allgemeingültig vorgenommen werden. Es ist vielmehr darauf abzustellen, welche Leistungen die Parteien im konkreten Vertrag vereinbart haben (BGer Urteile 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1). Ist allein das Verfassen von Plänen geschuldet, untersteht dieser Vertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag (ZINDEL/SCHOTT, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 7. A., 2020, Art. 363 N. 17; BGE 130 III 362 E. 4.1; 127 III 543 E. 2.a; 109 II 462 E. 3.d; BGer Urteil 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4). Gehören dagegen ausschliesslich die Bauleitung bzw. -aufsicht und / oder die Vergabe von Arbeiten und / oder die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlags und / oder die Prüfung des Bauwerks / Leitung von Nachbesserungsarbeiten zum Pflichtenheft des Architekten, untersteht der Architektenvertrag dem Auftragsrecht (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 363 N. 17; BGE 127 III 543 E. 2a; 134 III 361 E. 6.2.2; BGer Urteil 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4). Ein Architektenvertrag, 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 konkreten Umständen eine sachgerechte

Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden (vgl. ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 363 N. 18; BGE 134 III 361 E. 5.1; 127 III 543 E. 2a; 109 II 462 E. 3d; BGer Urteile 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1, je m.H.).

- 40 - Vorliegend bilden sowohl Ausführungsplanung als auch Bauleitung Teil der bei den Architekturverträge. Diese sind daher als gemischte Vertragsverhältnisse zu qualifizieren.

E. 3.3.3

Anwendbare rechtliche Bestimmungen In Bezug auf das D._____Hallendach behauptet die Klägerin keine Vereinbarung der SIA Ordnung 102 (vgl. act. 1; act. 53; act. 12 S. 9 Rz. 11). Die Aufgaben und Pflichten der Beklagten 2 ergaben sich unbestrittenermassen aus den Weisungen der Klägerin (act. 1 Rz. 528 ff.; act. 53 Rz. 588 ff., 922 f.; act. 12 Rz. 11 f.). Uneinig sind sich die Klägerin und die Beklagten 2, ob sie die Anwendung der SIA Ordnung 102 im Zusammenhang mit dem Hauptdach vereinbart haben (act. 53 Rz. 347, 350, 352 ff.; act. 61 Rz. Zu 352). Eine schriftliche Vereinbarung fehlt, weshalb die Klägerin – die sich auf die Vereinbarung beruft (act. 53 Rz. 347) – den tatsächlichen Parteiwillen oder Umstände für den normativen Konsens darlegen müsste. Sie behauptet, der Architektenvertrag sei mündlich, resp. durch protokolliertes konkludentes Verhalten, auf der Grundlage der SIA Ordnung 102 und der Basis langjähriger Zusammenarbeit, abgeschlossen worden (act. 53 Rz. 350). Da die SIA Ordnung 102 die gesetzlichen Bestimmungen des Auftrags- und Werkvertragsrechts konkretisiert und die Parteien in ihrer Zusammenarbeit stets auf dieser Ordnung basierten, könnten zur Detaillierung des Vertragsinhalts die in der genannten Norm enthaltenen Grundleistungen herangezogen werden (act. 53 Rz. 352). Die Beklagte 2 bestreitet die vertragliche Übernahme in diesem konkreten Vertrag (act. 61 Rz. Zu 352). Wie eingangs ausgeführt, bilden die SIA Normen kein Gesetzesrecht; ebenso wenig lässt sich auf eine Art 'Gewohnheitsrecht' der Parteien abstellen. Da die Klägerin die Vereinbarung der SIA Ordnung 102 nicht substantiiert behauptet – sie erklärt nicht, wann was von wem konkret in Bezug auf dieses Projekt vereinbart wurde – ist auf eine Beweisabnahme zu verzichten. Aufgrund der bestrittenen Behauptungen der Klägerin und da keine Umstände

- 41 - vorliegen, die objektiv auf eine Vereinbarung hindeuten, lässt sich demnach keine Vereinbarung der SIA Ordnung 102 erstellen. Folglich finden auf beide Vertragsbeziehungen die gesetzlichen Bestimmungen und individuelle Vereinbarungen Anwendung. Die SIA Ordnung 102 ist nur anwendbar, insoweit sie anerkannte Regeln der Baukunde enthält.

- 42 - 4. Haftungsgrundlagen im Überblick 4.1. Begrifflichkeiten der Werkmangelhaftung 4.1.1. Werkmangel / Primär- und Sekundärmängel Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm zugesicherte, vertraglich vereinbarte oder wegen Gebrauchstauglichkeit und Verkehrsanschauung nach Treu und Glauben ohne Vereinbarung vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Die Differenz zwischen «Sollbeschaffenheit» und der tatsächlichen Beschaffenheit bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 368 N. 9 m.H.; GAUCH, a.a.O, Rz. 1434). Mangels anderer Abrede darf der Besteller ein Werk in normaler Beschaffenheit erwarten. Diese bestimmt sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung gebräuchlich ist. Massgebend sind die Grundsätze, welche 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. Die erforderliche Gebrauchstauglichkeit bestimmt sich nach dem Gebrauchszweck. Das abgelieferte Werk muss mangels anderer Vereinbarung so beschaffen sein, dass es für den massgeblichen Gebrauchszweck in vollem Umfang taugt. Jede negative Abweichung des Werks von der normalen Beschaffenheit und jede Abweichung von der Beschaffenheit, welche die (volle) Gebrauchstauglichkeit des Werks einschränkt oder aufhebt, stellt einen Werkmangel dar (BGer Urteil 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008 E. 3.1; GAUCH, a.a.O., Rz. 1406 ff.). Es wird zwischen Primär- und Sekundärmängeln unterschieden. Der Primärmangel besteht bereits bei Ablieferung des Werks. Er bildet die Ursache des Sekundärmangels, der nach der Ablieferung des Werks entsteht. Beim Sekundärmangel handelt es sich nicht um eine Vergrösserung des Primärmangels, sondern um einen neuen Mangel, der durch den Primärmangel bedingt ist (SPIESS/HUSER, Stämpflis Handkommentar, Norm SIA 118, 2014, Art. 166 N. 14; GAUCH, a.a.O., Rz. 1470 f.).

- 43 - 4.1.2. Mangelfolgeschaden Der Mangelfolgeschaden ist ein Schaden, der seine Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werkes hat, aber ausserhalb des Werkes liegt. Zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1855 m.H., 1864 ff.; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 171 N. 4 f.).

Beispiele dafür sind u.a. entgangener Gewinn oder Kosten für die Miete einer Ersatzwohnung (GAUCH, a.a.O., Rz. 1869 ff.). Nicht zum Mangelfolgeschaden, sondern zur Nachbesserung gehören Begleitkosten einer Nachbesserung bzw. Ersatzvornahme (GAUCH, a.a.O., Rz. 1860). Der Mangelfolgeschaden ist ein Vermögensschaden (GAUCH, a.a.O., Rz. 1866). Nach der Differenztheorie entspricht er der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2; 142 III 23 E. 4.1 m.H.; 132 III 321 E. 2.2.1 m.H.).

4.2. Grundlagen und Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten 1 4.2.1. Allgemeine Voraussetzungen Nach Art. 165 Abs. 1 SIA Norm 118 haftet der Unternehmer dafür, dass sein Werk keine Mängel im Sinne von Art. 166 SIA Norm 118 aufweist. Allgemeine Voraussetzungen für eine Haftung des Unternehmers sind ein vollendetes Werk, das Vorliegen eines Werkmangels bei Ablieferung, eine substantiierte, rechtzeitige Mängelrüge sowie das Fehlen einer anderslautenden, der SIA Norm 118 vorgehenden individuellen Vertragsbestimmung (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 165 N. 7 f., Art. 174 N. 10). Während der zweijährigen Garantie-/Rügefrist, die mit dem Tag der Abnahme des Werks zu laufen beginnt, kann die Mängelrüge in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen jederzeit erfolgen (Art. 172 Abs. 1 und 2 SIA Norm 118; Art. 173 Abs. 1 SIA Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 174 N. 10). Nach Ablauf der Garantiefrist erlischt das Recht des Bestellers, vorher entdeckte oder offensichtliche Mängel zu rügen (Art. 178 Abs. 1 und 2 SIA Norm 118). Verdeckte

- 44 - Mängel, die nach Ablauf der Garantiefrist, jedoch noch innert der Verjährungsfrist, entdeckt werden, müssen sofort gerügt werden (Art. 179 Abs. 2 SIA Norm 118). Sofort bedeutet unverzüglich (GAUCH/STÖCKLI, in: GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2. A., 2017, Art. 173 N. 6.3). Abzustellen ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere auf die Art der Mängel. Angemessen ist normalerweise eine Frist von 7 Tagen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 173 N. 10; u.a. BGer Urteile 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.1; 4C.151/2005 vom

29. August 2005 E. 5.1; 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1; 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3; 4C.143/1996 vom 12. November 1996, E. 2d; BGE 107 II 172 E. 1.a). Treten die Mängel allmählich auf, so muss der Besteller rügen, sobald er die Bedeutung und die Tragweite der Mängel erfassen kann (BGE 131 III 145 E. 7.2; 118 II 142 E. 3.b); BGer Urteil 4A_293/2017 vom 13. Februar 2018 E. 2.2.3; 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; für Inhalt der Mängelrüge siehe Ziffer 4.3.2.2). Vorbehalten bleiben Art. 166 Abs. 4 und Art. 171 Abs. 2 SIA Norm 118. Nach Art. 166 Abs. 4 SIA Norm 118 ist kein Mangel ein vertragswidriger Zustand des Werkes, den ausschliesslich der Besteller oder dessen Hilfsperson verschuldet hat, insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bestellers liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht verletzt hat. Für die subsidiär anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen siehe Ziffer 4.3.2. 4.2.2. Beweislast Dem Besteller obliegt die Beweislast für das Vorliegen eines Werkmangels, die Rechtzeitigkeit (inkl. Zeitpunkt des Entdeckens; BGE 118 II 142 E. 3a) und den Inhalt der Mängelrüge. Eine teilweise Beweislastumkehr findet für das Vorliegen von Mängeln, die während der zweijährigen Garantiefrist (Rügefrist) gerügt werden (Art. 172 Abs. 1 SIA Norm 118), statt (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 174 N. 19; GAUCH, a.a.O., Rz. 2696). Bei Sekundärmängel hat der Besteller zudem die natürliche Kausalität des Primärmangels für den Sekundärmängel zu beweisen (vgl.

- 45 - BGer Urteil 4D_67/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.1). Dem Unternehmer obliegt hingegen die Behauptungslast der Genehmigung des Werks infolge verspäteter Mängelrüge (BGE 118 II 142 E. 3a). 4.2.3. Mängelrechte Bei jedem Mangel hat der Besteller nach Art. 169 Abs. 1 SIA Norm 118 zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innert angemessener Frist zu verlangen (Nachbesserung). Behebt der Unternehmer binnen der ihm angesetzten Frist den gerügten Mangel nicht, so stehen dem Besteller wahlweise die Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1-3 SIA Norm 118 zur Verfügung: 1) Beharren auf Nachbesserung entweder durch den Unternehmer selber oder Ersatzvornahme auf Kosten des Unternehmers, wenn diese dem Unternehmer keine unverhältnismässigen Kosten verursacht, 2) Minderung oder 3) Vertragsrücktritt. Liegen die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme vor (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 SIA Norm 118), kann der Besteller die Drittverbesserung ausführen lassen und die Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Art. 170 Abs. 1 SIA Norm 118). Der Anspruch richtet sich auf Ersatz der Kosten, die der Besteller nach pflichtgemässen Ermessen auf sich nimmt, um den vertragskonformen Zustand des Werks durch einen Dritten herbeizuführen (vgl. BGer Urteil 4A_692/2015 vom 1. März 2017 E. 4.4). Sie umfassen neben dem Aufwand für die eigentliche Mängelbeseitigung auch die damit verbundenen Begleitkosten für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten (BGE 111 II 173 E. 5). Der Besteller trägt für den Umfang der Kosten der Ersatzvornahme die Beweislast (vgl. Art. 8 ZGB). Er hat auch Anspruch auf Bevorschussung der mutmasslichen Kosten. Dafür hat er sie im Prozess glaubhaft zu machen (BGE 128 III 416 E. 4.4.2; HGer Urteil HG110257 vom 20. August 2012 E. 3.2; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 169 N. 16-18). 4.2.4. Mangelfolgeschaden Gemäss Art. 171 SIA Norm 118 hat der Besteller bei Verschulden des Unternehmers zusätzlich Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens nach Massgabe

- 46 - der Art. 368 und 97 ff. OR. Notwendig ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem geltend gemachten Mangelfolgeschaden. Dem Unternehmer dürfen nur Schäden zugerechnet werden, für die der konkrete Werkmangel

eine adäquate Ursache bildet, indem er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden der eingetretenen Art herbeizuführen (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 171 N. 3; GAUCH, a.a.O., Rz. 1885; vgl. auch BGE 123 III 110 E. 3a S. 112). Voraussetzungen für die Haftung für den Mangelfolgeschaden sind Werkmangel, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Mangel und Schaden sowie ein Verschulden des Unternehmers. Das Verschulden wird vermutet. Den Unternehmer trifft der Beweis des fehlenden Verschuldens (Exkulpation) (Art. 171 Abs. 2 SIA Norm 118), während die Beweislast für die übrigen Haftungsvoraussetzungen (wobei nur der natürliche und nicht adäquate Kausalzusammenhang eine Tatfrage bildet) dem Besteller obliegt (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 171 N. 10-15, 18 f.). Zu beachten ist, dass auch das Recht auf Mangelfolgeschaden verwirkt ist, wenn der Besteller den zugrunde liegenden Mangel nicht rechtzeitig gerügt hat bzw. Mängel aus anderen Gründen als genehmigt gelten (GAUCH, a.a.O., Rz. 2160).

4.3. Grundlagen und Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten

4.3.1. Vorbemerkung Die Haftung der Beklagten 2 richtet sich für Planungsfehler nach Werkvertrags-, für unsorgfältige Bauleitung nach Auftragsrecht (vgl. BGE 109 II 462 E. 3.d).

4.3.2. Pläne: Haftung nach Werkvertragsrecht

4.3.2.1. Voraussetzungen Führt ein fehlerhafter Plan eines Architekten zu einem Mangel am Bauwerk, so haftet der Planer dem Besteller für den aus dem Planfehler entstandenen Schaden nach den Bestimmungen über die werkvertragliche Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) und zwar auf Schadenersatz. Bezogen auf sein eigenes Werk (Plan) ist der aus den Bauwerksmängeln erwachsene Schaden ein Mangelfolgeschaden (GAUCH, a.a.O., Rz. 2737; BGer Urteil 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.2).

- 47 - Voraussetzung für die Haftung ist, dass das Werk bei der Ablieferung mangelhaft war und daraus kausal ein Schaden entstand. Der Mangelfolgeschaden muss seine Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werkes (Plan) haben (GAUCH, a.a.O., Rz. 1864, 1855). Weiter muss der Besteller nach rechtzeitiger Prüfung fristgerecht eine Mängelrüge machen und es muss ein Verschulden des Architekten gegeben sein (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 368 N. 7). Die Beweislast für die (natürliche) Kausalität, den Schaden (Bestand und Höhe) (GAUCH, a.a.O., Rz. 1897 ff.; vgl. Art. 8 ZGB; Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 ff. OR) sowie Mangel und Mängelrüge obliegt dem Besteller (inkl. Rechtzeitigkeit und Inhalt der Mängelrüge, Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels, Bestehen des Mangels im Zeitpunkt der Ablieferung; Art. 8 ZGB; ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 367 N. 32, Art. 368 N. 90, je m.H.; BGE 118 II 142 E. 3). Das Verschulden wird vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR, GAUCH, a.a.O., Rz. 1891). Der Architekt trägt hingegen die Behauptungslast dafür, dass keine rechtzeitige, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Mängelrüge erhoben worden ist (BGE 118 II 142 E. 3) sowie die Beweislast für Ausführung und Datum der Ablieferung des Werkes (BGer Urteil 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5 vom 11. September 2007 E. 4.5). Für eine Haftung darf weiter kein Ausschlussgrund (Genehmigung, Selbstverschulden des Bestellers, vertraglicher Haftungsausschluss) (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 368 N. 4; Art. 369-370 OR) vorliegen. Die werkvertragliche Mängelhaftung ist abschliessend; sie absorbiert (nach Ablieferung) die Sorgfaltshaftung (Art. 364 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR) (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 368 N. 78 und Art. 364 N. 2, 47, je m.H.).

4.3.2.2. Die Mängelrüge im Besonderen Die Mängelrüge darf nicht nur in einer blossen Anzeige von Werkmängeln bestehen, sondern der Besteller muss zum Ausdruck bringen, dass er das abgelieferte Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und die Gegenseite haftbar machen will (BGE 107 II 172 E. 1a; BGer Urteil 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1). Die Mängelrüge muss sachgerecht

substantiiert werden. Die Mängel sind nach Möglichkeit einzeln anzugeben und hinsichtlich Art, Umfang und gegebenenfalls Ort möglichst genau zu bezeichnen, so dass der Unternehmer abschätzen kann,

- 48 - in welchen Punkten und in welchem Umfang der Besteller das Werk bemängelt (BGE 107 II 172 E. 1a); BGer Urteile 4A_231/2016 vom 12. Juli 2016 E. 2.2, 2.3.2 f. und 2.3.5; 4A_643/2014 vom 25. November 2015 E. 3.2). Die Zusendung eines Expertenberichtes zur Stellungnahme genügt nicht (BGer Urteil 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3). Nicht erforderlich ist, dass sich der Besteller bereits in der Mängelrüge das Mängelrecht wählt (BGer Urteil 4C.231/2004 vom

E. 5

Oktober 2010 mit dem vom Unternehmer ausgefüllten Devis gleichen Datums sowie die «Besonderen Bedingungen der Bauleitung für die Ausführung des Werkes» der Beklagten 2 zugrunde (act. 1 Rz. 95 ff.; act. 53 Rz. 328 ff., 335.; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 95-103; act. 17 Rz. 18; act. 61 Rz. Zu 328-345; act. 63 Rz. 19).

E. 5.1

Unbestrittener Sachverhalt im Überblick Das D.____-Hallendach wurde unter Beteiligung der Beklagten 1 und 2 in / ab der zweiten Jahreshälfte 2012 neu erstellt (act. 1 Rz. 3, 106, 136; act. 12 Rz. III.3, III.1 10 ff., III.3 Zu 1-3, 523-527, 528-535; vgl. act. 17 Rz. 7, 19.3, 24.1). Es weist – was für sich kein Mangel darstellt – ein unübliches (sprich kein/geringes) Gefälle auf (act. 1 Rz. 16, 30 f., 515, 544; act. 12 Rz. III.1 8; act. 53 Rz. Titel zu 189; vgl. act. 17 Rz. 12.2 f., 19.3, 24.1). Der Dachrand (samt provisorischem Dachwasserablauf in der Form eines grossen Wasserspeiers) zum westlichen Neuen Vorbau wurde von der Beklagten 1 provisorisch erstellt und abgeschottet, da sich die Klägerin im März 2013 dazu entschloss, die Ausführung des Neuen Vorbaus aufgrund von Altlastensanierungen zu verschieben (act. 1 Rz. 14; act. 12 Rz. III.1.16; act. 17 Rz. 9.2.1, 19.1.2; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 13-14; act. 53 Rz. 1000). Die provisorische Übergangsschotte erfüllte ihren Zweck (act. 1 Rz. 15; act. 12 Rz. III.3 Zu 15). Der Aufbau eines Flachdachs ist (grob gesagt, von oben nach unten): Schutz- und Nutzschrift, wassersperrende Abdichtung, Wärmedämmung, welche mit Abschottungen unterteilt ist, Bauzeitabdichtung, Betondecke (als Untergrund). In der

- 50 - D.____-Halle war unter der Betondecke eine Akustikdecke abgehängt (act. 1 Rz. 5; act. 53 Rz. 46; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 5; act. 17 Rz. 7.1; act. 61 Rz. Zu 46; act. 63 Rz. 4.5). Die Beklagte 1 stellte am 10. Januar 2012 erstmals Schlussrechnung, deren Bereinigung bis zum 7. März 2013 dauerte (act. 63 Rz. 35.2.10; vgl. act. 67). Am 7. März 2013 stellte die Beklagte 1 ihre (finale) Schlussrechnung (act. 12 Rz. III.1.17; act. 63 Rz. 35.2.10; vgl. act. 53 Rz. 1000). Am 7. März 2013 fand sodann eine Prüfung statt (act. 12 Rz. III.1 118 ff.; act. 53 Rz. 605, 774, 812 ff., 815 ff.; act. 17 Rz. 19.3.1 f.). Es liegt ein Abnahmeprotokoll datierend vom 7. März 2013 mit dem Vermerk 'keine Mängel' ausgestellt von der Beklagten 1 vor. Dieses wurde der Beklagten 2 (O.____) mit E-Mail vom 23. März 2013 von der Beklagten 1 (M.____) zur Unterschrift zugestellt (act. 1 Rz. 107; act. 12 Rz. III.1.14; act. 17 Rz. 19.3.1; vgl. act. 3/13). O.____ antwortete mit E-Mail vom 24. März 2013 und bemängelte Abfälle, Zigarettenstummel sowie «gefährliche» Gegenstände auf dem Dach und verlangte einen Plan mit der Eintragung der Abschottungen. Weiter schrieb er, dass er nach Erhalt der Angaben und der Bereinigung des Dachs die Abnahme bestätigen werde (act. 1 Rz. 108; act. 12 Rz. III.1.14, 118 ff.; act. 17 Rz.

19.3.2, act. 53 Rz. 813; vgl. act. 3/14). Am 15. April 2013 zeigte die Beklagte 1 der Beklagten 2 die Behebung der Mängel an. Am 23. April 2013 entdeckte die Beklagte 2 weitere Mängel, welche die Beklagte 1 in der Folge behob (act. 12 Rz. III.1 118 ff.; vgl. act. 53 Rz. 1006; act. 14/24-25). Im Sommer 2013 wurde die D.____-Halle bezogen (act. 12 Rz. III.1.18). Im Inneren der D.____-Halle befindet sich ein Hörsaal der G.____ mit Platz für rund 200 bis 300 Studierende (act. 1 Rz. 14; act. 12 Rz. III.3 Zu 13-14; vgl. act. 17 Rz. 9.2). Der westliche Neue Vorbau wurde in den Jahren 2014 und 2015 von Dritten (S.____ AG mit U.____ und V.____ AG) neu gebaut. Dabei wurden auch die Pläne geändert. Insbesondere sollte das Dach nicht mehr wie ursprünglich geplant auf demselben Niveau verlaufen wie das D.____-Hallendach. Indes waren unmittelbar an die D.____-Halle anschliessend auf dem Neuen Vorbau Oblichter vorgesehen, welche auch das Niveau des D.____-Hallendachs überragten. Bei der Betonierung der Oblichter für den Neuen Vorbau am 10. Dezember 2014

- 51 - musste der für das D.____-Hallendach erstellte provisorische Dachrand teilweise rückgebaut werden. Dafür wurde die provisorische Übergangsschotte des D.____-Hallendaches mit der Motorsäge angeschnitten (act. 1 Rz. 12, 15, 138; act. 12 Rz. III.1.22; act. 17 Rz. 19.1.2; act. 53 Rz. 5, 982; act. 61 Rz. Zu 1-5 3; vgl. act. 12 III.1. 19, III.3 Zu 15; act. 17 Rz. 9.2.1; act. 53 Rz. 1000; act. 63 Rz. 76.6). Durch das Leck trat Wasser in das Dach ein (u.a. act. 17 Rz. 34; act. 12 III.3 Zu 4, Zu 29-45; act. 53 Rz. 693 ff.). Die Klägerin liess diesen provisorischen Dachrand im Juli 2015 durch eine neue Übergangskonstruktion ersetzen, womit auch das Leck geschlossen wurde (act. 17 Rz. 6.2.5, 9.2.1 ff.; vgl. act. 53 Rz. 706 f. [zu pauschal], 958). Anfangs 2015 wurde eine Wassereindringung beim Dach über der D.____-Halle festgestellt (act. 17 Rz. 24.7.1; vgl. act. 53). Im Februar 2015 wurde stehendes Wasser auf dem D.____-Hallendach festgestellt (act. 1 Rz. 136; act. 12 Rz. III.3 Zu 129-136; act. 17 Rz. 24.1). Am 17. April 2015 sandte die Klägerin eine Mängelrüge an die V.____ AG, wonach es zu einer Wasserunterlaufung gekommen sei, weil deren Baumeister am provisorischen westlichen Dachrand die Dachabklebung / die Abdichtung aufgeschnitten habe (act. 12 Rz. III. Zu 29-45 4; act. 17 Rz. 24.3.1; vgl. act. 53; act. 3/22). Am 12. und 13. Mai 2015 wurden die Kontrollstutzen Südost und Ost Mitte eingebaut (act. 1 Rz. 152; act. 12 Rz. III.3. Zu 152; act. 17 Rz. 24.13). Im September 2015 wurde in der D.____-Halle eindringendes Wasser festgestellt. Die Klägerin entschied sich – nach Sicherung der Akustikdecke –, das D.____-Hallendach durch die Firma W.____ AG neu erstellen und den Rückbau durch den vom hiesigen Gericht eingesetzten Gutachter zwecks vorsorglicher Beweisführung begleiten zu lassen (act. 1 Rz. 17; act. 53 Rz. 45; act. 61 Rz. Zu 1-5 2; vgl. act. 12 Rz. III.3 Zu 17; act. 17 Rz. 9.4) (siehe Ziffer B.a). Im Vorfeld des Gutachtens wurde im Mai 2015 die Nuttschicht bestehend aus extensiver Flachdachbegrünung, Kiesschutzschichten, Trennvliesen und teilweise Kies, Schutzgitter über Dachwassereinläufen zurückgebaut resp. abgebrochen und entsorgt (act. 1 Rz. 29; act. 12 Rz. III.3. Zu 29-45; act. 17 Rz. 12.1). Im Juni und Juli 2016 wurde das D.____-Hallendach zurückgebaut und danach neu erstellt (act. 1 Rz. 114; act. 12 Rz. III.3. Zu 112-115; act. 17 Rz. 20.3).

- 52 -

E. 5.2

Zusammengefasste Parteistandpunkte im Überblick

E. 5.2.1

Klägerin Die Klägerin bringt vor, das nach dem Eindringen von Wasser ins Gebäude erstellte Gutachten zeige, dass das D.____-Hallendach derart gravierende Mängel gehabt habe, dass nur noch ein kompletter Rückbau und eine Neuerstellung des gesamten Dachs in Frage gekommen sei (act. 1 Rz. 112, 499, 567 f.; act. 53 Rz. 50, 1014). Sie habe die Beklagten 1 und 2 jeweils umgehend und innert Frist auf die von ihr vermuteten bzw. erkannten Mängel hingewiesen und diese gerügt bzw. zum Ausdruck gebracht, dass sie das Werk als mangelhaft betrachte und die Behebung der Mängel fordere (act. 53 Rz. 1015). Trotz mehrfacher Aufforderung habe die Beklagte 1 die Mängel nie behoben (act. 53 Rz. 51). Beide Beklagten hätten Teilursachen für die Mangelhaftigkeit des Dachs gesetzt und hafteten daher solidarisch für den ganzen Schaden. Die Klägerin verlangt den Ersatz der ihr infolge der unsorgfältigen und mangelhaften Planung/Bauleitung (Beklagte 2) bzw. mangelhaften Erstellung (Beklagte 1) entstandenen Kosten für den unabdingbaren Rückbau und die Neuerstellung des D.____-Hallendachs sowie den Ersatz des Mangelfolgeschadens (act. 53 Rz. 53, 1016; act. 1 Rz. 46, 522, 569, 571).

E. 5.2.2

Beklagte 1 Die Beklagte 1 bestreitet ihre Haftung und die behaupteten Mängel (act. 63 Rz. 8.2.3, 110; act. 17 Rz. 27). Das Dach sei nach Vorgaben der Beklagten 2 erstellt worden. Sie habe dies fachgerecht ausgeführt (act. 17 Rz. 36). Der Schaden an der Wärmedämmung und der Akustikdeck sei erst nach dem Aufschneiden des provisorischen westseitigen Dachrandes eingetreten und allein auf die nachträgliche Beschädigung der Abdichtung durch die Klägerin oder Dritte (Aufschnei-

- 53 - den des Dachrandes, Einbau der Kontrollstutzen, Materiallager) zurückzuführen; aufgrund des Aufschneidens des Dachrandes hätten Unmengen von Wasser eindringen können (act. 63 Rz. 76.6). Eventualiter sei festzuhalten, dass die Mängel der Planung durch die Beklagte 2 zuzuschreiben seien (act. 63 Rz. 109.12.3.2). Weiter sei eventualiter festzuhalten, dass sich die angeblichen Mängel nicht ausgewirkt hätten, wenn die Klägerin ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen wäre. Das Aufschneiden des Dachrandes sei von der Klägerin und ihrer Hilfsperson rasch bemerkt worden. Wäre das Wasser nach dem Aufschneiden des provisorischen Dachrandes innert nützlicher Frist abgesogen worden, so hätte die Wärmedämmung keinen Schaden nehmen können. Das grobe Selbstverschulden der Klägerin und das grobe Verschulden des Baumeisters V.____ AG und der S.____ AG hätten daher dazu geführt, dass die Beklagte 1 für den angeblichen Schaden an der Wärmedämmung und im Gebäudeinnern nicht haftbar gemacht werden könne. Ihr Schadensbeitrag wäre – selbst wenn die Vorwürfe zuträfen (bestritten) – unbedeutend (act. 17 Rz. 24.7.1, 34, 5.10, 6.1.4, 6.1.6, 14.4, 12.15.4, 20.2, 24.3.1, 27.2.2 9.2.2, 35; act. 63 Rz. 76.6; 4.6.1, 4.6.2, 5.2.1, 5.3.2, 8.16., 108, 109.12.4). Die Garantiefrist sei am 7. März 2015 abgelaufen. Es seien keine Mängel gerügt worden bzw. die Rügen seien verspätet oder inhaltlich ungenügend gewesen. Vermutete Mängel könnten nicht gültig gerügt werden. Für genehmigte Mängel bestünde ohnehin keine Haftung. Die Klägerin habe sodann keine angemessene Nachbesserungsfrist angesetzt, auch deshalb habe sie ihren Anspruch auf Ersatz der Kosten verwirkt (act. 17 Rz. 41 f., 28.1 ff., 24.19.2 ff., 28.5 f.; act. 63 Rz. 109.1, 109.2, 109.12.1, 109.12.7). Weiter bestreitet die Beklagte 1 das Quantitativ (act. 17 Rz. 43, 29, 29.49; act. 63 Rz. 11, 79 ff.). Ein Ersatz des Flachdachs sei unverhältnismässig und nicht erforderlich gewesen (act. 17 Rz. 31.2, 28.3.4, 28.6.4; act. 63 Rz. 4.1, 77.3, 77.5 f.). Zahlreiche Kosten seien nicht erforderlich gewesen, weshalb es am Kausalzusammenhang des angeblichen Mangelfolgeschadens fehle oder die Kosten nicht

als Aufwendungsersatz für die angebliche Mängelbehebung geltend gemacht werden könnten (act. 63 Rz. 11.2).

E. 5.2.3

Beklagte 2

- 54 - Die Beklagte 2 bestreitet ihre Haftung (act. 61 Rz. Zu 48-51); eine rechtsgenü- gende Begründung der Ansprüche fehle (act. 61 Rz. Zu 221). Zwar seien Mängel (Undichtigkeit der Flachdachabdichtung inklusive Undichtigkeit bei den Abschot- tungen; durchfeuchtete Wärmedämmung; nicht funktionierende Bauzeitabdich- tung) vorhanden und sei ein Totalersatz gerechtfertigt gewesen (act. 12 Rz. III.1. 32 ff.; act. 61 Rz. Zu 1003). Verursacher seien aber zur Hälfte die Beklagte 1 und zur anderen Hälfte die am Neuen Vorbau beteiligten Personen (act. 12 Rz. III. 1. 36 ff., 43 ff.; act. 61 Rz. Zu 45, 546, 693-698). Die Voraussetzungen der Haftung der Beklagten 1 seien erfüllt (act. 12 Rz. III.1. 56), nicht hingegen diejenigen für die eigene Haftung (act. 12 Rz. III.1. 129, III.3. Zu 269; act. 61 Rz. Zu 1016). Sie bestreite, die Ausführungsplanung mangelhaft erbracht zu haben (act. 61 Rz. Zu 586-595 2). Rügen von Planmängeln fehlten (act. 12 Rz. III.3 Zu 152, 158, 169 1; act. 61 Rz. Zu 586-595 3, 613, 677 7, 841-866 2, 939-941). Zudem habe sie keine Kontroll- und Überwachungspflichten und andere Pflichten verletzt (act. 12; act. 61). Sie bestreitet weiter die Kausalität, das Verschulden und das Schadensquantitativ (act. 12; act. 61, u.a. Zu 246-248).

E. 5.3

Verwertbarkeit des Gutachtens

E. 5.3.1

Zusammengefasste Parteistandpunkte

E. 5.3.1.1

Beklagte 1 Die Beklagte 1 führt aus, das Gutachten genüge den grundlegenden Anforderun- gen an ein Baugutachten nicht und sei nicht geeignet, die behaupteten Mängel zu substantiieren und zu beweisen (act. 17 Rz. 5.1, 39). Gründe dafür seien, dass: – der Gutachter erst den von der Klägerin veränderten Zustand angetroffen habe (act. 63 Rz. 114.17.4). Vor Erstellung des Gutachtens habe die Klägerin das vom Baumeister im Dezember 2014 verursachte Leck im provisorischen west- seitigen Dachrand Mitte Juli 2015 mit dem Bau einer neuen "Übergangsschot- te" beseitigt. Zudem seien Abdichtungsverletzungen, die höchstwahrscheinlich auf ein Materiallager der Klägerin zurückzuführen gewesen seien, offenbar von der Klägerin behoben worden (act. 17 Rz. 4.1). – zahlreiche Fragen offen geblieben seien (act. 17 Rz. 10.1).

- 55 - – die Angabe des bei der Gasleckortung verwendeten Geräts, obwohl eine nach- vollziehbare Erklärung der Prüfungsanordnung, Angaben zu den verwendeten Prüfgeräten und die Rohmessdaten notwendig seien (act. 17 Rz. 5.2). Zudem wäre eine Rauchgasortung zweckmässiger gewesen (act. 17 Rz. 4.3; act. 63 Rz. 113.10). – eine Dokumentation der Untersuchungsergebnisse fehle: Das Gutachten ent- halte keine einzige erläuternde Skizze oder Plandarstellungen. Der Leser kön- ne höchstens mutmassen, wo der Gutachter allenfalls welche Undichtigkeit festgestellt haben wolle. Der Anhang 2 zum Gutachten enthalte zwar viele Fo- tos. Indes sei bei zahlreichen Fotos nicht ersichtlich, welchen Teil des Flach- dachs sie betreffen und es werde auch nicht erklärt, was sie / welchen Mangel sie zeigen sollten (act. 17 Rz. 5.4, 39; act. 63 Rz. 89.3.7). Insbesondere wäh- rend der

Gasleckortung habe der Gutachter keine Proben gesichert, keine Laborbefunde veranlasst, keine aussagekräftigen Fotos geschossen, keine angeblich verbrannten Dichtungsbahnen aufbewahrt, usw. Damit seien seine Aussagen nicht mehr überprüfbar, die Beklagte 1 könne den Gegenbeweis nicht mehr führen und die Klägerin habe die Folgen zu tragen (act. 17 Rz. 4.3, 4.4; act. 63 Rz. 88.5.10). – der Gutachter nicht unabhängig sei (act. 17 Rz. 5.5, 5.11, 16.1). – das Gutachten zahlreiche Falschaussagen zulasten der Beklagten enthalte: Dies zeige, dass der Gutachter nicht unabhängig und/oder seiner Aufgabe nicht gewachsen gewesen sei. So bestimme er etwa den Feuchtigkeitsgrad der Wärmedämmplatten anhand der Verfärbungen, welche durch Sonneneinstrahlung bewirkt worden sei. Damit habe er sich bereits disqualifiziert (act. 17 Rz. 5.5, 16.1, 40; act. 63 Rz. 89.3.2). Der Feuchtigkeitsgrad könne nicht aus einer Verfärbung, welche die Verpackung auf den Wärmedämmplatten hinterlasse, abgelesen werden; in der Praxis werde der Feuchtigkeitsgehalt mittels Wägen ermittelt (act. 17 Rz. 27.8.8 f.; act. 63 Rz. 89.3). Weiter habe der Gutachter fälschlicherweise behauptet, der massgebende Feuchtigkeitsgrenzwert betrage 0,5 Vol.-% statt 2000 g/m² (act. 17 Rz. 5.6). Es wirke befremdend, wenn der Gutachter einerseits die "Erstellung der kompletten Flachdachabdichtung [...] im Hinblick auf die Dichtigkeit ganzheitlich als gescheitert und untauglich" bezeichne und

- 56 - gleichzeitig einräume, die Eindringstelle von Wasser in die Abdichtung habe "nicht eindeutig ermittelt" werden können. Wenn die Eindringstelle nicht eindeutig ermittelt werden könne, so sei auch der Nachweis eines entsprechenden Mangels gescheitert (act. 17 Rz. 5.12; act. 63 Rz. 89.1). Das Gutachten enthalte zudem wesentliche Abweichungen von den Gutachten AA.____ und AB.____ (act. 17 Rz. 6 f.; act. 63 Rz. 90 ff.). – keine umfassende Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte möglich gewesen sei: Die Klägerin mache nicht geltend, dass und in Bezug auf welche Untersuchungshandlungen der Gutachter Termine bekannt gegeben habe und dass die Beklagte 1 (mit Ausnahme der Gasleckortung) aufgefordert worden sei, bestimmten Untersuchungshandlungen beizuwohnen oder diesen beigewohnt habe. Zudem werde bestritten, dass der Gutachter – mit Ausnahme der Gasleckortung – die Termine bekannt gegeben habe. Die Beklagte 1 sei bei der Gasleckortung nicht wieder aufgeboten worden, nachdem der Gutachter die mit roter Farbe markierten Stellen gefunden habe (act. 63 Rz. 88). Da das Gutachten während des Abbruchs erstellt worden sei, könnten die Behauptungen des Gutachters nicht mehr überprüft und keine ergänzenden Abklärungen getroffen werden. Insoweit liege eine Beweisvereitelung durch die Klägerin vor, welche zu einer Umkehr der Beweislast führe. Wo die Beweislast ohnehin bei ihr liege, sei der Gegenbeweis als geglückt zu betrachten (act. 17 Rz. 4.2).

E. 5.3.1.2

Beklagte 2 Die Beklagte 2 erklärt, das Gutachten habe eigentlich die entscheidenden Fragen nicht beantwortet (act. 12 Rz. III.1 29). Es fehle eine Zuordnung und Abgrenzung der Ursachen der Undichtigkeiten und Wasserinfiltrationen (act. 12 Rz. III.1 45). Zudem irre der Gutachter, wenn er annehme, dass die Flachdacharbeiten für die D.____-Halle und den Neuen Vorbau vom gleichen Unternehmer ausgeführt und vom gleichen Architekten geplant worden seien (act. 12 Rz. 42).

E. 5.3.1.3

Klägerin Laut Klägerin ist das Gutachten vollständig, nachvollziehbar und schlüssig (act. 53 Rz. 653). Zu den vorgebrachten Kritikpunkten äussert sie sich wie folgt:

- 57 - – Der Gutachter verschweige nicht, dass auch bei der Veränderung des provisorischen westlichen Dachrands Fehler gemacht worden seien. Er halte jedoch fest,: «Doch dies kann nicht die alleinige Ursache für die Wasserinfiltrationen sein.» Zudem: « ... dass davon ausgegangen werden muss, dass bereits kurz nach der Fertigstellung der Flachdacharbeiten Infiltrationen in den Baukörper stattgefunden haben müssen.» (act. 53 Rz. 654). – Der Gutachter habe die ihm vorgelegten Fragen umfassend und klar beantwortet (act. 53 Rz. 960). – Die Gasleckortung sei ein anerkanntes und übliches Verfahren zur Ermittlung von wasserundichten Stellen auf einem Flachdach (act. 53 Rz. 630, 632). – «Rohmessdaten» ergäben sich bei diesem Prüfverfahren nicht (act. 53 Rz. 630). Ein Plan und Fotos seien zur Dokumentation vorhanden (u.a. act. 53 Rz. 643, 648 f.). – Sie bestreitet, dass der Gutachter nicht unabhängig sei (act. 53 Rz. 650 ff.). – Das Gutachten enthalte keine Falschaussagen (act. 53 Rz. 646 ff.). Der Gutachter habe mit keinem Wort gesagt (act. 3/6 S. 18 Mitte), dass sämtliche Verfärbungen von Wasser stammten. Tatsache sei, dass in der Fotodokumentation (Anhang 2) zahlreiche Bilder vorhanden seien von Wärmedämmung, die sich mit Wasser vollgesogen habe (vgl. zum Beispiel S. 257, Bild oben; auf diesem Bild wird ein Daumen gegen eine nasse Wärmedämmplatte gedrückt) und die an den Stirnseiten dunkle Verfärbungen aufwies, welche die vorhandene Nässe und die bereits begonnene Vermoderung innerhalb der Wärmedämmung erkenntlich machten (act. 53 Rz. 648 f. m.H. auf Fotos). Die Ausführungen im Gutachten stimmten mit den Feststellungen der Experten AA._____ und AC._____ überein (act. 53 Rz. 653), die Parteigutachten AA._____ sowie AB._____ seien berücksichtigt worden (act. 53 Rz. 40). – Die Beklagte 1 habe ihre Mitwirkungsrechte umfassend wahrnehmen können, sie habe aber keine Anträge, z.B. auf Aufbewahrung von einzelnen Beweisstücken, gestellt. Der Gutachter habe die Termine betreffend Untersuchungshandlungen vor Ort den Parteien mitgeteilt (act. 53 Rz. 627 f.).

E. 5.3.2

Rechtliches

- 58 - Das Gericht prüft das Gutachten von Amtes wegen (DOLGE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 188 N. 7) hinsichtlich ordnungsgemässer Erstellung, Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit in Aufbau und Inhalt (BGer Urteile 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 4.1 m.H.; RÜETSCHI, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 183 N. 40). Das Gericht hat namentlich zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet (BGer Urteil 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1.2 m.H.). Aufgrund der übrigen Beweismittel und der Parteivorbringen hat es zu analysieren, ob sich ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen (BGer Urteil 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1.1 verweisend auf BGE 138 III 193 E. 4.3.1; BGer Urteil 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; BGE 133 II 384 E. 4.2.3). Nicht schlüssig ist ein Gutachten, wenn seine Schlussfolgerungen in sich widersprüchlich sind oder wenn es sonst an Mängeln krankt, die derart offensichtlich und auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind. Demgegenüber ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die Aussagen des Gutachters unter Beizug der Fachliteratur auf ihre wissenschaftliche Richtigkeit hin zu überprüfen (BGer Urteil 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1.2 m.H.). Weiter prüft es

die Unabhängigkeit des Gutachters, wenn die Parteien Befangenheit geltend machen. Ein unvollständiges, unklares, nicht schlüssiges oder nicht gehörig begründetes Gutachten hat das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ergänzen und erläutern zu lassen oder einen anderen Gutachter beizuziehen (Art. 188 Abs. 2 ZPO); vorausgesetzt ist das Vorliegen strittiger, relevanter Tatsachenbehauptungen (siehe Ziffer 2.2.1).

E. 5.3.3

Würdigung Das Gutachten ist vollständig, ausreichend begründet und grundsätzlich nachvollziehbar. Es ist in sich schlüssig. Die gestellten Fragen wurden beantwortet. Dazu wurden mehrfach Augenscheine sowie eine Gasleckortung durchgeführt und Do-

- 59 - kumentationen mit Fotos erstellt. Die Beklagte 1 führt denn auch nicht aus, welche Fragen nicht beantwortet worden seien (vgl. act. 17 Rz. 10.1). Eine minutiöse Dokumentation jeder Untersuchungshandlung sowie der verwendeten Geräte ist nicht verlangt. Letztlich dienen die Untersuchungen dem Gutachter zur Erstellung seines Gutachtens. Es geht insbesondere nicht darum, dem Gericht (oder einer Partei) eine Dokumentation zwecks inhaltlicher Überprüfung des Gutachtens zur Verfügung zu stellen. Ebenso sucht nicht das Gericht, sondern der Gutachter die geeignete Untersuchungsmethode aus. Die Beklagte 1 behauptet überdies nicht, sie habe während der Gutachtenserstellung die Methoden beanstandet; jetzige Einwände erfolgen treuwidrig und verspätet. Offensichtlich falsche Aussagen enthält das Gutachten keine. Wo substantiierte Einwände gegen Untersuchungsergebnisse vorliegen, werden diese soweit notwendig nachfolgend adressiert. Sie beschlagen aber nicht die Verwertbarkeit des Gutachtens als Ganzes. Dies gilt ebenso für die Tatsache, dass im Zeitraum zwischen der Erstellung des Dachs und des Gutachtens Änderungen am Dach (u.a. Übergangskonstruktion) vorgenommen worden sind bzw. eingetreten sein könnten (Materiallager). Diesen Umständen ist im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Tatsachenfeststellungen in Bezug auf Mängel und Pflichtverletzungen sind dennoch verwertbar, soweit klar ist, dass sie nichts mit der Übergangskonstruktion und der Erstellung des Neuen Vorbaus zu tun haben. An der Verwertbarkeit des Gutachtens ändern auch die Vorbringen hinsichtlich fehlender Unabhängigkeit des Gutachters nichts. Anzeichen dafür wurden weder aufgezeigt, noch ergeben sie sich aus den Akten. Sodann wurde der Beklagten 1 die Möglichkeit gewährt, an der Gasleckortung teilzunehmen. Sie verzichtete durch ihren vorzeitigen Weggang teilweise darauf; eine erneute Aufforderung zur Teilnahme war nicht nötig. Die ursprüngliche Terminmitteilung genügte. Über das Ergebnis wurde ein Gutachten erstellt, zu welchem die Beklagte 1 vorliegend Stellung nehmen konnte. Die Vorbringen der Beklagten 1, ihr seien für die übrigen Untersuchungshandlungen keine Termine bekannt gegeben worden, erfolgen verspätet. Darüber, dass Untersuchungshandlungen durchgeführt werden würden, wusste die Beklagte 1 aufgrund der Experteninstruktion vom 4. April 2016 grundsätzlich Bescheid (vgl. act. 1 Rz. 113). Hätte sie vor den Untersuchungshandlungen keine Terminmitteilungen erhalten, hätte

- 60 - die Beklagte 1 spätestens bei Erhalt des Gutachtens mit Fristansetzung zur Stellungnahme (Verfügung vom 8. November 2016) von den konkreten Terminen erfahren – auf S. 4 ff. des Gutachtens sind die Augenscheintermine aufgelistet (act. 3/6) – und das Unterlassen von Terminmitteilungen monieren müssen. Dies hat sie nicht getan (vgl. HE150489-O act. 93). Eine Partei, die solche Gründe auf Reserve hält, handelt treuwidrig. Entsprechend sind die Vorbringen nicht zu beachten. Überdies zeigen die Akten daraufhin, dass Terminmitteilungen durch den Gutachter erfolgten. So erstellte der

Gutachter einen Terminplan; daraufhin wurden wetterbedingte Terminänderungen betreffend Starttermin per E-Mail an alle Parteien bekannt gegeben (HE150489-O act. 52, 55/1-2, 56, 57, 58; vgl. auch HE150489-O act. 48-51). Gemäss Gutachten wurden den anwesenden Parteien und deren Vertretern anlässlich dieses Starttermins mitgeteilt, dass die nachfolgenden Termine entsprechend den Wetterverhältnissen und dem Fortschritt der Abbrucharbeiten ab dem 27. Juni 2016 täglich weitergeführt würden (act. 3/6 S. 4).

E. 5.4

Haftung der Beklagten 1

E. 5.4.1

Vorbemerkung Bei der Prüfung der Haftung der Beklagten 1 wird zuerst auf die für beide Ersatzpositionen (Ersatz für die Kosten der Ersatzvornahme samt Begleitkosten sowie Mangelfolgeschaden) relevante Voraussetzung, die Abnahme, und danach auf deren jeweiligen besonderen Voraussetzungen eingegangen. Vorauszuschicken ist, dass es wegen der unstrittig von Dritten vorgenommenen Veränderungen am D.____-Hallendach für eine Haftung der Beklagten 1 nicht reicht, die Undichtigkeit des D.____-Hallendachs im Zeitpunkt des Gutachtens / Rückbaus dazulegen. Die Klägerin hat vielmehr von den Beklagten 1 zu verantwortende Primärmängel und Sekundärmängel sowie Kausalität zwischen Primär- und Sekundärmangel zu behaupten und – da strittig – zu beweisen, welche zur Undichtigkeit des Dachs und damit zum unbestritten gebliebenen Wassereintritt sowie zum Mangelfolgeschaden geführt haben.

E. 5.4.2

Gemeinsame Voraussetzungen: Abnahme

- 61 -

E. 5.4.2.1

Zusammengefasste Parteistandpunkte Die Klägerin stellt sich im Verhältnis zur Beklagten 1 auf den Standpunkt, dass keine Abnahme stattgefunden habe. Die Beklagte 2 habe das Abnahmeprotokoll nicht unterzeichnet (act. 1 Rz. 104-109, 559 ff.; act. 53 Rz. 605, 812 ff., 944 ff.). Gemäss E-Mail vom 17. April 2013 an M.____ (act. 14/24) habe die Beklagte 2 die Abnahme wegen herumliegenden Abfällen und Zigarettenstummeln verweigert (act. 53 Rz. 813). Gegenstand einer Abnahme könne nur ein vollendetes Werk sein. Ein solches habe damals, da das Substrat zum behaupteten Abnahmezeitpunkt noch nicht eingebracht gewesen sei und der Blitzschutz selbst am 23. März 2015 noch gefehlt habe, nicht vorgelegen (act. 53 Rz. 944 ff., 948). Die Beklagte 1 ist der Meinung, dass eine Abnahme stattgefunden habe und zwar am Tag der Prüfung, 7. März 2013 (act. 17 Rz. 19.3.1, 27.5.1.7; act. 63 Rz. 109.7.1). Die fehlende Unterschrift auf dem Abnahmeprotokoll ändere nichts an der Abnahme (act. 17 Rz. 19.3.2). Die Abnahme sei zu Recht erfolgt, weil sie gemäss Art. 160 f. SIA Norm 118 nur bei wesentlichen Mängeln zurückzustellen gewesen wäre, solche seien aber zum Zeitpunkt der Abnahme zu Recht nicht moniert worden (act. 63 Rz. 109.7.1). Das Fehlen des Blitzschutzes sei nicht beanstandet worden; darauf sei wegen Unklarheiten der Fassadengestaltung und des Nachbargebäudes vorerst verzichtet worden (act. 63 Rz. 109.7.2). Der Einwand der Klägerin, das Substrat sei erst am 11. April 2013 eingebracht worden (act. 53 Rz. 946), sei unbegründet. Die Parteien hätten vereinbart, das Dach abzunehmen, bevor das Substrat eingebracht werde (act. 63 Rz. 109.7.3; act. 17 Rz. 19.3.1). Eventualiter sei festzuhalten, dass in Bezug auf die Abdichtung eine Teilabnahme

stattgefunden habe, was möglich sei (act. 63 Rz. 109.7.3).

E. 5.4.2.2

Rechtliches Gegenstand der Abnahme ist das vollendete Werk. Der Abschluss der Prüfung und damit die Abnahme hängen nicht von der Unterzeichnung des Prüfungsprotokolls ab (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 158 N. 24). Wenn sich aus dem Werkvertrag nichts anderes ergibt, ist auch eine Abnahme eines in sich geschlossenen vollendeten Werkteils möglich (Art. 157 Abs. 1 SIA Norm 118). Ein in sich ge-

- 62 - schlossener Werkteil liegt vor, wenn der Teil nach Verkehrsanschauung selbständig und von den übrigen Werkteilen des Unternehmers unabhängig ist. Konkret trifft dies auf ein Werkteil zu, der auch separat Gegenstand eines Werkvertrags bilden kann, dazu bestimmt ist, innerhalb des Werks eine eigenständige Funktion zu erfüllen, so beschaffen ist, dass sich seine Gebrauchstauglichkeit vernünftigerweise auch getrennt von den übrigen Werkteilen prüfen lässt und keine Voraussetzung für den Weiterbau durch den betreffenden Unternehmer bildet. Eine Teilabnahme entfaltet die gleichen Wirkungen wie die Abnahme eines ganzen Werkes beschränkt auf den abgenommenen Werkteil (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 157 N. 5, 8, 9). Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung Mängel, die im Verhältnis zum ganzen Werk (oder Werkteil) unwesentlich sind, so findet die Abnahme gleichwohl mit Abschluss der gemeinsamen Prüfung statt (Art. 160 SIA Norm 118). Die Abnahme tritt automatisch ein (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 160 N. 6). Unwesentliche Mängel sind Mängel, welche die Tauglichkeit des Werks zum üblichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch nicht unmittelbar und erheblich beeinträchtigen (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 161 N. 2.2; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 160 N. 10).

E. 5.4.2.3

Würdigung Am 7. März 2013 fand unstrittig eine Prüfung des Werks statt (siehe Ziffer 5.1). In diesem Zeitraum war das Dach bis auf die Einbringung des Substrats und des Blitzschutzes fertiggestellt. Die Prüfung qualifiziert aus den folgenden Gründen mindestens als Teilabnahme des Dachs ('Grundkonstruktion' und Abdichtung; ohne Blitzschutz und Substrat): Die Abnahme des Dachs als Werkteil war auch ohne Blitzschutz und ohne Substrat möglich. Das Dach, das Substrat und der Blitzschutz sind jeweils Werkteile, die Gegenstand separater Werkverträge bilden können. Sie erfüllen jeweils eine eigene Funktion und ihre Gebrauchstauglichkeit lässt sich getrennt prüfen. Der Blitzschutz und das Substrat sind keine Voraussetzung für die Gebrauchstauglichkeit des Daches und das Dach war keine Voraussetzung für den Weiterbau durch die Beklagte 1. Nach Einbringung des Substrats wäre eine seriöse Prüfung des Dachs (insb. der Abdichtung) – wie die Beklagte 1

- 63 - richtig anmerkt (act. 63 Rz. 109.7.3; act. 17 Rz. 19.3.1) – zudem nicht mehr möglich gewesen. Weiter ist festzuhalten, dass eine (Teil-)Abnahme, wie die Beklagten 1 geltend macht, denn auch vereinbart wurde. Die Klägerin bestreitet die substantiierten Behauptungen der Beklagten 1, dass auf die Installation des Blitzschutzes vorerst verzichtet worden sei und eine Abnahme des Daches vor Einbringung des Substrats vereinbart worden sei, nicht bzw. so pauschal, dass die Behauptung als unbestritten zu gelten hat (vgl. act. 53 Rz. 983; act. 67). Die eingereichten E-Mails würden überdies – wegen der fehlenden Bestreitung sind allerdings keine Beweismittel abzunehmen – den Standpunkt der Beklagten 1 belegen (act. 54/89; act. 19/7-10). Damit ist das Dach (Grundkonstruktion und Abdichtung; ohne Blitzschutz und Substrat) am 7. März 2013 als vollendet und die

damalige Prüfung als Abnahme anzusehen. Der Abnahme steht nicht entgegen, dass das Protokoll seitens der Bauleitung nicht unterzeichnet und die Bestätigung der Abnahme nach Beseitigung verschiedener Mängel in Aussicht gestellt wurde. Die monierten Mängel (Abfälle [Zigarettenstummel, Gegenstände] auf dem Dach und der damals der Beklagten 2 fehlenden Plan mit der Eintragung der Abschottungen; siehe Ziffern 5.1 und 5.4.2.1) waren im Verhältnis zum gesamten Werk unwesentlich, beeinflussten die Tauglichkeit des Dachs zum Gebrauch nicht, und hinderten daher die (auch ohne unterzeichnetes Protokoll automatisch eintretende) Abnahme nicht.

E. 5.4.3

Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme samt Begleitkosten: Fristansetzung zur Nachbesserung

E. 5.4.3.1

Zusammengefasste Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte 1 trotz mehrfacher Aufforderung die Mängel am D.____-Hallendach nicht behoben habe (act. 53 Rz. 51, 1015; act. 1 Rz. 269). Konkret bringt sie vor, sie habe mit Schreiben vom 29. September 2015 der Beklagten 1 eine letzte Frist bis 5. Oktober 2015 angesetzt, um das schadhaf-

- 64 - te Dach instand zu stellen bzw. ihr zumindest einen ausführlichen Instandstellungsbeschrieb zukommen zu lassen mit der verbindlichen Zusage, dass die Instandstellung bis Ende Oktober 2015 fachgerecht ausgeführt werde (act. 1 Rz. 169; vgl. act. 3/36). Es habe sich jedoch gezeigt, dass die Beklagte 1 nicht zur Nachbesserung in der Lage oder bereit gewesen seien. Entsprechend (und vor allem aufgrund des Wassereintrittes in die Akustikdecke in der D.____-Halle) habe sie sich gezwungen gesehen, die Nachbesserungsarbeiten durch geeignete Dritunternehmer vornehmen zu lassen (act. 1 Rz. 269, 355, 363, 365, 373, 376; act. 53 Rz. 898). Die Klägerin bringt weiter vor, die verschiedenen Mängel am 28. Mai 2015, 3. und

E. 5.4.3.2

Rechtliches

- 66 - Bei jedem Mangel hat der Besteller (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171 SIA Norm 118) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 SIA Norm 118). Ein Besteller, der dieses Vorgehen missachtet, indem er den Mangel selber beseitigt oder von Dritten beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, handelt auf eigene Kosten und Gefahr. Er hat keinen Anspruch auf Kostenersatz, denn die nachgelagerten Rechte sind verwirkt (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N. 7.3; BGE 116 II 450 E. 2 b)/bb); 116 II 305 E. 3 a); 110 II 52 E. 4). Nicht verpflichtet ist der Besteller dazu, dem Unternehmer zusätzlich die Ersatzvornahme im Voraus anzudrohen. Die Beweislast für die Ansetzung der Nachbesserungsfrist trägt der Besteller (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 169 N. 24). Hat sich der Unternehmer innerhalb der angesetzten Frist ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hierzu offensichtlich nicht im Stande, so stehen dem Besteller die Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 SIA Norm 118 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu. Es ist eine deutliche und entschiedene Weigerung vorausgesetzt (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N. 31). Hat der Unternehmer die

Verbesserung von vornherein verweigert oder ist seine Unfähigkeit zur Verbesserung von Anfang an offensichtlich, stehen dem Besteller die Mängelrechte ohne Fristansetzung zu (BGer Urteil 4A_151/2016 vom 21. Juni 2016 E. 3.3; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N. 34).

E. 5.4.3.3

Würdigung Der Klägerin obliegt neben der Beweislast auch die Behauptungslast für das Ansetzen einer Nachbesserungsfrist für jeden Mangel. Vorliegend ist das Ansetzen der Nachbesserungsfristen in Bezug auf die verschiedenen Mängel strittig. Die Klägerin hat einzig eine Fristansetzung mit Schreiben vom 29. September 2015 konkret behauptet; die Aufforderungen, einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten (act. 1 Rz. 160) sowie alle potentiellen Wassereindringstellen sofort abzudichten und allfälliges Wasser abzusaugen, sind damit nicht gleichzusetzen (act. 1 Rz. 162). Die einmalige Fristansetzung hat die Klägerin allerdings nicht von jeglichen späteren Fristansetzung entbunden. Art. 169 Abs. 1 SIA Norm 118 hält klar

- 67 - fest, dass die Fristansetzung bei jedem Mangel zu erfolgen hat. Entsprechend wäre die Ansetzung von Nachbesserungsfristen für die nicht mit Schreiben vom 29. September 2015 behaupteten/gerügten Mängel (insbesondere für die im Juni/Juli 2016 entdeckten [strittigen] Mängel) notwendig gewesen. Das Ansetzen von Fristen zur Nachbesserung dieser Mängel wird seitens der Klägerin nicht behauptet (und geht auch nicht aus den damals versandten, im Recht liegenden Schreiben hervor). Mit generellen Behauptungen hinsichtlich Fristansetzungen (u.a. act. 1 Rz. 269; act. 53 Rz. 51, 1015) ist die Klägerin, da diese unsubstantiiert geblieben sind und das Ansetzen angemessener Nachbesserungsfristen bestritten wird, nicht zu hören. Folglich hat die Klägerin den Anspruch auf Kostenersatz für Nachbesserungsarbeiten im Zusammenhang mit den nicht im Schreiben vom 29. September 2015 erwähnten Mängeln, insbesondere für gemäss klägerischen Behauptungen im Juni/Juli 2016 entdeckte Mängel, verwirkt. Im Übrigen entband auch der Umstand, dass im Zeitpunkt der Entdeckung der Mängel mit dem Abbruch bereits begonnen worden war, die Klägerin nicht von der Nachfristansetzung, wären damals einzelne Abdichtungsmassnahmen oder – falls notwendig – der Wiederaufbau im Sinne einer Nachbesserung noch immer möglich gewesen. Dass die Beklagte 1 das Schreiben vom 29. September 2015 erhalten hat, ist unbestritten geblieben. Aus dem Schreiben geht eine Fristansetzung hervor. Allerdings war die darin bis 5. Oktober 2015 angesetzte Frist viel zu kurz. Innert dieser Frist von 5 bis 6 Tagen war keine Nachbesserung und auch nicht das Er- und Zustellen eines ausführlichen Instandstellungsbeschriebs möglich. Eine solche kurze Frist, innert welcher eine fristgerechte Mängelbeseitigung unter keinen Umständen möglich ist, gilt als nicht angesetzt, auch wenn der Unternehmer nicht dagegen protestiert (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N. 5.6). Entsprechend ist auch der Kostenersatz für Nachbesserungsarbeiten im Zusammenhang mit in diesem Schreiben vom 29. September 2015 gerügten Mängeln verwirkt. Überdies hätten gemäss eigenen Behauptungen der Klägerin damals (und generell vor Juni/Juli 2016) noch gar keine Mängel gerügt – und entsprechend auch keine Nachbesserungsfrist angesetzt – werden können, da diese nur hätten vermutet werden können (act. 53 Rz. 950, 865 f.). Im Sinne einer Eventualbegründung ist weiter festzuhalten, dass mit Schreiben vom 29. September 2015 die behaupteten Män-

- 68 - gel verspätet gerügt worden wären. Wie die Beklagte 1 richtig festhält, wird gemäss Klägerin in diesem als zusätzliche Mängelrüge bezeichneten Schreiben auf im Rahmen der

Sondierung vom 11. September 2015 gewonnene Erkenntnisse Bezug genommen. Da in diesem Zeitpunkt die Garantiefrist bereits abgelaufen war (sie dauerte bis 7. März 2015, zwei Jahre nach der Abnahme, siehe Ziffern 4.2.1 und 5.4.2.3), hätten Mängelrügen sofort erfolgen müssen. Eine Mängelrüge, die 18 Tage nach der Entdeckung eines Mangels erhoben wurde, gilt nicht als unverzüglich erhoben. Entsprechend wären allfällige diesbezügliche Mängelrechte auch wegen verspäteter Mängelrüge verwirkt (act. 17 Rz. 24.27.1-3; act. 1 Rz. 164 ff.). Nicht rechtsgenügend dargetan hat die Klägerin, dass sich jegliche Fristansetzung erübrigt hätte, weil die Beklagte 1 zur Nachbesserung nicht in der Lage gewesen sei oder diese vorneweg verweigert hätte. Dass die Beklagte 1 zur Nachbesserung nicht in der Lage gewesen sei, wurde unsubstantiiert behauptet (act. 1 Rz. 269) und seitens der Beklagten 1 bestritten (act. 17 Rz. 29.1). Die Klägerin behauptet weiter zwar an diversen Stellen in ihren Rechtsschriften eine Weigerung (vgl. act. 1 Rz. 289, 298, 355, 363, 365, 373), führt aber nicht aus, wann, wo und inwiefern die Weigerungen erfolgten bzw. woraus sie diese ableitet. Sie hat es somit ebenfalls unterlassen, diese Behauptungen zu substantiieren und keine entschiedene Weigerung dargetan. Die Beklagte 1 bestreitet das Verfolgen einer Verweigerungstaktik / Verweigerung (vgl. u.a. act. 17 Rz. 24.11.1, 29.7, 29.9, 29.29, 29.31, 29.34, 29.35). Aufgrund der unsubstantiiert gebliebenen klägerischen Behauptungen entfällt eine Beweisabnahme. Die in den Rechtsschriften der Klägerin enthaltenen Zeugenbeweise wären zudem auch bereits deshalb nicht abzunehmen, weil diese nicht korrekt angeboten wurden. Es reicht nicht, nach mehreren Abschnitten Text mehrere Beweismittel, u.a. Zeugen, aufzulisten, ohne darzutun, welches Beweismittel welche Tatsachenbehauptung belegen soll (vgl. z.B. nach act. 1 Rz. 289, 298, 355, 363, 365, 373, 376; siehe Ziffer 2.2.1). Dass die Beklagte 1 Vorwürfe nach Entdecken der Wassereindringung und vor der Feststellung einzelner Mängel zurückwies, ist sodann mit einer Verweigerung der Nachbesserung nicht gleichzusetzen (act. 17 Rz. 24.11.1). Die Beklagte 1 legt sinngemäss zurecht dar, dass vor Erhalt einer substantiierten Mängelrüge – wel-

- 69 - che laut Klägerin erst nach Beginn des Rückbaus im Juni/Juli 2016 möglich gewesen war, da man davor Mängel nur vermuten konnte (act. 53 Rz. 950, 865 f.) – eine Einschätzung der Lage ihrerseits nicht möglich gewesen sei (act. 63 Rz. 4.8.2); eine Weigerung setzt eine Mängelrüge voraus (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N. 32.1 m.H.). Damit konnte das Ansetzen von Nachbesserungsfristen nicht von vornherein unterbleiben.

E. 5.4.3.4

Fazit Zusammengefasst hat die Klägerin einen allfälligen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme inkl. Begleitkosten aufgrund der fehlenden Ansetzung von (angemessenen) Nachbesserungsfristen verwirkt. Die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen erübrigt sich. Rechtsbegehren A.1 und A.1.a) sind, soweit sie den Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme (inkl. Begleitkosten) durch die Beklagte 1 betreffen, abzuweisen.

E. 5.4.4

Mangelfolgeschaden

E. 5.4.4.1

Zusammengefasste Parteistandpunkte 5.4.4.1.1. Klägerin Die Klägerin verlangt den Ersatz von Mangelfolgeschaden von der Beklagten 1 (act. 1 Rz. 496, 519-521; act. 53 Rz. 53,

902). Sie erklärt bei den meisten behaupteten Kostenpositionen, dass sie die natürlich und adäquat kausale Folge der mangelhaften Ausführung der Flachdacharbeiten durch die Beklagte 1 seien. Teilweise ergänzt sie, dass die Beklagte 1 kausal für Mängel an dem von ihr erstellten Werk haften (act. 1 Rz. 274 ff.; act. 53 Rz. 225 ff.). 5.4.4.1.2. Beklagte 1 Die Beklagte 1 bestreitet ihre Haftung für den Mangelfolgeschaden und die Kostenpositionen (act. 63 Rz. 79 ff., 76.5, 16.2, 17.9, 11; act. 17 Rz. 29.1 ff.). Die Klägerin spreche generell vom "Schaden, welcher ihr im Zusammenhang mit den

- 70 - zahlreichen Mängeln und Unzulänglichkeiten der Flachdachkonstruktion über der D.____-Halle entstanden" seien. Es gehe im Wesentlichen (1) um die Kosten des Totalersatzes, (2) Untersuchungs- und Rechtsdurchsetzungskosten und (3) um die Kosten zur Behebung der Schäden an der Akustikdecke (Replik Rz. 867). Die Klägerin halte aber die verschiedenen Positionen und Kausalitäten nicht auseinander, weshalb ihre Darstellung zu unsubstantiiert sei (act. 63 Rz. 76.3). Zahlreiche Kosten seien zudem nicht erforderlich gewesen, weshalb es am Kausalzusammenhang des angeblichen Mangelfolgeschadens fehle oder die Kosten nicht als Aufwendungsersatz für die angebliche Mängelbehebung geltend gemacht werden könnten (act. 63 Rz. 11.2, 11 ff.; act. 17 Rz. 29.1 ff.).

E. 5.4.4.2

Mängel 5.4.4.2.1. Genehmigte Mängel a) Zusammengefasste Parteistandpunkte Die Beklagte 1 bringt vor, die Beklagte 2 habe die folgenden behaupteten (bestrittenen) Mängel genehmigt, da sie diese im Protokoll vom 7. März 2013 nicht vermerkt bzw. bei der Abnahme nicht erwähnt habe und sie damals bekannt oder gemäss Klägerin offenkundig gewesen seien (act. 63 Rz. 109.1.5; 109.1.4): – Der Beklagten 2 sei bei der Prüfung – weil dies so im Werkvertrag vom 26. Dezember 2012 vorgesehen gewesen sei – unter anderem bekannt gewesen, dass keine Bauzeitabdichtung im Verbund, keine Kontrollstutzen, keine Drainageschicht und – mit Ausnahme des Streifens entlang dem Hauptgebäude – nur Tagesabschottungen erstellt worden seien (act. 63 Rz. 109.1.2; vgl. act. 3/19). Es sei gemäss E-Mail vom 13. April 2012 eine einfach aufgeschweisste Dampfbremse geschuldet gewesen. Im Leistungsverzeichnis vom 26. Dezember 2012 werde die "Dampfsperre" mit "ohne Verbund verlegte Abdichtungen aus Dichtungsbahnen" beschrieben (act. 17 Rz. 28.3.3.1-2; vgl. act. 19/15; HE150489-O act. 3/22.1.1.3.2). Im Eventualstandpunkt sei festzuhalten, dass die Bestellung jedenfalls nachträglich genehmigt worden sei. Denn was verbaut worden sei, sei der Beklagten 2 bekannt gewesen und auch im Leistungsverzeichnis vom 26. Dezember 2012 aufgeführt gewesen ("Dampf-

- 71 - sperre" mit "ohne Verbund verlegte(n) Abdichtungen aus Dichtungsbahnen") (act. 17 Rz. 28.3.3.3; vgl. HE150489-O act. 3/22.1.1.3.2). – Weiter sei der Beklagten 2 bekannt gewesen, dass die Dachränder "oben offen" erstellt worden seien. Ein Loch in einer Abdichtung, die an einem Oblicht aufgebordet und mit Flüssigkunststoff überzogen ist, wäre bei der Abnahme ohne weiteres erkennbar gewesen (act. 63 Rz. 109.1.3; HE150489-O act. 64/2 S. 289). – Laut der Klägerin selber hätte die Beklagte 2 anlässlich der Abnahme vom 7. März 2013 folgende Mängel entdecken müssen: Das Fehlen von (nicht geschuldeten) Kontrollstutzen, das Fehlen einer (nicht geschuldeten) Drainageschicht, die (angeblich) fehlende Absenkung der Dachwassereinläufe, die Untauglichkeit der Entwässerungslösung und das Loch in der Flüssigkunststoffabdichtung beim Oblicht (Replik, Rz. 815-821). Weiter führe die Klägerin aus, dass die Unterläufigkeit der

Dampfbremse bereits bei der Ausführung hätte entdeckt und korrigiert werden können (Replik, Rz. 837) (act. 63 Rz. 109.1.4). Schliesslich seien auch die Aufbordungshöhen nach Darstellung der Klägerin anlässlich der Prüfung durch die Beklagte 2 genehmigt worden (Klageschrift, Rz. 560 f.); dies sei unbestritten geblieben (act. 17 Rz. 24.18.2; act. 63 Rz. 114.21.1). – Die Klägerin führe zudem selber aus, dass die Beklagte 2 das Ungenügen des Untergrundes hätte feststellen und mitteilen müssen, dass auf diesem Untergrund das von der Klägerin (angeblich) gewünschte Flachdach nicht erstellt werden könne. Damit hätte – so die Klägerin – der gesamte Schaden verhindert werden können. Dies gelte auch für sämtliche weiteren vom Gutachter festgestellten Mängel und Unzulänglichkeiten (Replik, Rz. 615). Weiter bestätige die Klägerin, dass der Untergrund offensichtlich untauglich gewesen sei, um darauf eine Bauzeitabdichtung im Verbund anzubringen, sowie dass die Beklagte 2 dies hätte bemerken müssen (Replik, Rz. 809, 811) (act. 63 Rz. 109.1.4). Die Klägerin bestreitet die Ausführungen in der Duplik zur behaupteten Genehmigung nicht. Pauschale Ausführungen zu einer ganzen Rechtsschrift gelten nicht als (genügend konkrete) Bestreitungen und sind daher unbeachtlich (vgl. act. 67,

- 72 - insb. Rz. 3; siehe Ziffer 2.1.1). Dies gilt ebenso für die in der Replik zur Klageantwort gemachten Vorbringen (u.a. act. 53 Rz. 988, 992). Zu den von der Beklagten 1 zitierten klägerischen Äusserungen und hinsichtlich die Behauptungen der Klägerin zu den vereinbarten Leistungen siehe nachfolgende Ziffer c). b) Rechtliches Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk (oder der Werkteil) für den Mangel, soweit und in dem Umfang wie er erkannt wurde, als genehmigt. Die Haftung des Unternehmers entfällt (Art. 163 Abs. 1 SIA Norm 118). Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (Art. 158 Abs. 3 SIA Norm 118) nicht aufführt. Im Zusammenhang mit bereits bei der gemeinsamen Prüfung entdeckten Mängeln trägt für die Vermutungsbasis (Protokoll) der Unternehmer die Beweislast. Diese Vermutung kann der Besteller indes durch den Beweis des Gegenteils widerlegen, indem er etwa nachweist, dass der Mangel tatsächlich gerügt worden ist (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 163 N. 15). Stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung wird auch für Mängel vermutet, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren (auch wenn sie von der Bauleitung tatsächlich nicht erkannt wurden), die jedoch nicht geltend gemacht wurden. In diesem Fall ist die Vermutung unwiderlegbar (Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118). Offensichtlich muss die Beschaffenheit des Werkes und der Umstand sein, dass diese Beschaffenheit vertragswidrig ist (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 163 N. 16.2). Den offensichtlichen Mängeln gleichzustellen sind Mängel, die ihr schon vorher bekannt waren (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 163 N. 16.3). Der Beweis dafür, dass der betreffende Mangel bei der Prüfung offensichtlich war, obliegt – bei einem strittigen Sachverhalt – dem Unternehmer. Dagegen hat der Besteller zu beweisen, dass und wann der Mangel gerügt wurde (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 163 N. 18). c) Würdigung

- 73 - Die Klägerin hat in ihren Rechtsschriften festgehalten, dass die Beklagte 2 angesichts der Vielzahl von Mängeln aufgrund von Ausführungsfehlern zumindest einige dieser Mängel bei der Kontrolle und Abnahmeprüfung des D._____ - Hallendachs hätte bemerken und rügen müssen, was nicht geschehen sei. Mindestens die folgenden Mängel hätte die Beklagte 2 anlässlich der Abnahmeprüfung vom 7. März 2013 entdecken müssen: Fehlen von Kontrollstützen, Fehlen einer Drainageschicht, fehlende Absenkung

der Dachwassereinläufe. Dazu gehören auch die Untauglichkeit der Entwässerungslösung. Die Beklagte 2 hätte diesen offensichtlichen Mangel umgehend rügen und insbesondere auch der Klägerin anzeigen müssen. Hinsichtlich des Lochs in Flüssigkunststoffabdichtung bei einem Glasbaustein-Oblicht sowie eines Lochs in der bituminösen Abdichtung erklärt die Klägerin, dass diese Stellen sichtbar gewesen seien, solange das Substrat noch nicht eingebracht worden gewesen sei. Wie die Beklagte 1 zu Recht festhalte, hätte die Beklagte 2 diese Löcher anlässlich der Abnahmeprüfung feststellen und rügen müssen, sofern sie zu diesem Zeitpunkt bereits bestanden hätten (act. 53 Rz. 814-821; act. 1 Rz. 560). Weiter behauptet die Klägerin, dass bei Wahrnehmung der Bauleitungspflichten der Beklagten 2 die Unterläufigkeit der Bauzeitabdichtung bei der Ausführung entdeckt worden wäre und hätte korrigiert werden können (act. 53 Rz. 837). Aufgrund vorgenannter Vorbringen ist festzuhalten, dass die (behaupteten) Mängel wie Fehlen von Kontrollstutzen, Fehlen einer Drainageschicht (Nutzschicht), fehlende Absenkung der Dachwassereinläufe, Untauglichkeit der Entwässerungslösung, Loch in Flüssigkunststoffabdichtung bei einem Glasbaustein-Oblicht sowie Loch in der bituminösen Abdichtung bei Oblicht und die Unterläufigkeit der Bauzeitabdichtung gemäss übereinstimmenden Parteibehauptungen der Klägerin und der Beklagten 1 offensichtlich gewesen sind. Da die Beklagte 2 sie bei der Prüfung (und während der Ausführung) nicht rügte und ihr Handeln der Klägerin anzurechnen ist, wurden sie im Verhältnis zur Beklagten 1 genehmigt. Nicht relevant ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte 2 Pflichtverletzungen bei der Prüfung bestreitet und ob sie die (behaupteten) Mängel tatsächlich erkannt hat. Zudem kann offen gelassen werden, was hinsichtlich dieser Elemente ursprünglich vereinbart worden war.

- 74 - Weiter hat die Klägerin festgehalten, dass die Beklagte 2 bei gehöriger Prüfung hätte feststellen können, dass die Aufbordungshöhen an verschiedenen Stellen ungenügend gewesen seien (act. 1 Rz. 560). Die von der Beklagten 1 als Reaktion darauf behauptete Genehmigung blieb unbestritten (s. Ziffer 5.4.4.2.1a), vgl. act. 53 und 67). Die Beklagte 1 hatte die Problematik gegenüber der Beklagten 2 zudem anerkanntermassen ausdrücklich abgemahnt (act. 53 Rz. 744 ff.), weshalb diese vor Abnahme davon auch tatsächlich Kenntnis hatte und sie auch aus diesem Grund als genehmigt anzusehen ist. Eine zusätzliche Abmahnung an die Klägerin war nicht notwendig, fungierte die Beklagte 2 als deren Stellvertretung (siehe Ziffer 4.4). Daher ist auch der (behauptete) Mangel der ungenügenden Aufbordungshöhen im Verhältnis zur Beklagten 1 genehmigt. Weiter sind die folgenden (behaupteten) Mängel den vorgenannten offensichtlichen (behaupteten) Mängeln gleichzustellen, weil sie der Beklagten 2 als Bauleiterin bei der Prüfung bekannt waren: Ein solcher (behaupteter, bekannter) Mangel ist das Fehlen einer Bauzeitabdichtung im Verbund und damit verbunden die fehlende / unzureichende Prüfung des Untergrunds. Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten 1 als Eventualstandpunkt vorgebrachte nachträgliche Genehmigung infolge Kenntnis im Prüfungszeitpunkt nicht (act. 17 Rz. 28.3.3.3; act. 63 Rz. 109.1.2). Ihre Ausführungen beziehen sich auf die vorgängige Vereinbarung der Leistung (act. 53 Rz. 719 ff.; vgl. act. 67). Zudem behauptet sie nicht, dass die Beklagte 2 diesen (behaupteten) Mangel bei der Prüfung gerügt habe. Bereits

E. 8

Mai 2007 E. 4.2). 4.3.3. Bauleitung: Haftung nach Auftragsrecht Der Architekt haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts nach

Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR. Verletzt der Architekt im Rahmen seiner Bauleitung Sorgfaltspflichten, die in einen Schaden resultieren, haftet er für dessen Ersatz. Haftungsvoraussetzungen bilden das Vorliegen eines Schadens, eine Vertragsverletzung (insb. [Sorgfalts-]Pflichtverletzung), Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden sowie das Verschulden des Beauftragten. Den Beauftragten trifft der Beweis des fehlenden Verschuldens (Exkulpation), während die Beweislast für die übrigen Haftungsvoraussetzungen dem Auftraggeber obliegt (OSER/WEBER, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. A., 2020, Art. 398 N. 32). Der Schadensbegriff richtet sich nach der Differenztheorie (siehe Ziffer 4.1.2). Sind die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, hat der Architekt dem Auftraggeber den Schaden zu ersetzen. Bei Schlechterfüllung ist dabei vom positiven Interesse (Erfüllungsinteresse) auszugehen. Dieses wird definiert als die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand des Geschädigten, der sich bei richtiger Vertragserfüllung ergeben hätte, und dem tatsächlichen Vermögensstand (vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2012, Rz. 149 m.H.). 4.4. Haftung von Unternehmer und Architekt (Beklagte 1 und 2)

- 49 - Wären die Haftungsvoraussetzungen bei beiden Beklagten erfüllt, würden sie im Aussenverhältnis jeweils für den ganzen Schaden haften (BGE 133 III 6 E. 5.3.2; 130 III 591 E. 5.5.1; Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 OR; Art. 143 Abs. 2 i.V.m. Art. 144 Abs. 1 OR). Da der Architekt bei Ausübung seiner Verrichtungen als Hilfsperson des Bestellers auftritt und sein Verhalten diesem nach Art. 101 OR als eigenes Verhalten anzurechnen ist (GAUCH, a.a.O., Rz. 2743; Art. 369 OR), kann sich allerdings sein Verhalten zu Gunsten des Unternehmers auswirken. Der Unternehmer ist umgekehrt – entgegen den Behauptungen der Beklagten 2 (u.a. act. 12 Rz III.1 136; act. 61 Rz. Zu 929-930) – im Verhältnis zur Beklagten 2 keine Hilfsperson der Klägerin. Auch wenn die Klägerin einen Werkvertrag mit der Beklagten 1 hatte, war es die Beklagte 2 als Bauleiterin, welche die Instruktion, Überwachung und Kontrolle der Beklagten 1 übernahm. 5. Teil A: D._____-Hallendach [Rechtsbegehren A.1, 1.a)-b)]

E. 11

September 2015, 27. bis 29. Juni 2016, 5. und 6. Juli 2016, 7., 11., 13. und

E. 14

Juli 2016 entdeckt und mit Schreiben / E-Mail vom 3., 9. und 29. September 2015, 29. Juni 2016, 4., 7. und 14. Juli 2016 gerügt zu haben (act. 1 Rz. 140 ff., 150, 159 ff., 262-266; act. 53 Rz. 551 ff., 858 ff., 865 f.). Zudem macht sie Ausführungen zu Begehungen/Treffen am 20. Februar 2015, 18. März 2015, 29. April 2015, 6. Mai 2015, einem Protokoll vom 7. Mai 2015, einem Rügeschreiben vom

E. 17

April 2015, einer E-Mail vom 28. Mai 2015 einer Begehung samt Protokollierung durch den Stadtammann am 2. Juni 2015, Vermessung des Daches durch den Geometer, der Zustellung eines Untersuchungsberichts inkl. Bilddokumentation durch AA.____ (Sondierung/Dachöffnung 25. Juni 2015; Bericht vom 10. Juli 2015; nochmalige Begehung und Bericht vom 13. Juli 2015; Zustellung des Berichts am 24. August 2015 an die Parteien) und einer Begehung samt Sonderung vom 11. September 2015 (Protokoll vom 12. September 2015) und Mängelrügen, ohne aber jeweils konkret damit gerügte Mängel zu benennen und/oder die Rüge zu belegen (act. 1 Rz. 136 ff.; act. 53). Zugleich erklärt sie, vor

dem Rückbau im Juni/Juli 2016 hätte man die Mängel nur vermuten können. Sie bestreitet, dass die Rügen verspätet gewesen seien (act. 53 Rz. 950, 865 f.). Die Beklagte 1 bestreitet, dass ihr die Klägerin eine angemessene Frist zur Nachbesserung angesetzt habe (act. 63 Rz. 4.8, 109.12.2.4; act. 17 Rz. 42, 29.1). Aufgrund inhaltlich ungenügender Mängelrüge sei sie nicht in der Lage gewesen, zu erkennen, inwiefern ihr Werk mangelhaft sein sollte (act. 63 Rz. 4.8.2). Die Klä-

- 65 - rin habe ausgeführt, sie habe die "anlässlich des Rückbaus des Flachdachs über der D.____-Halle im Juni und Juli 2016 entdeckten Mängel" jeweils umgehend gerügt, mit Mängelrügeschreiben vom 29. Juni 2016, 4. Juli 2016, 7. Juli 2016 und 14. Juli 2016. Nach darin enthaltenen Auflistungen habe die Klägerin jeweils Folgendes ausgeführt: "Es handelt sich um versteckte Mängel, die bisher nicht erkennbar waren und daher nicht abgemahnt werden konnten. Namens und im Auftrag meiner Klientschaft mache ich Sie als verantwortlichen Unternehmer respektive als verantwortlichen Planer/Bauleiter für diese (zusätzliche) Mängel sowie die daraus entstehenden Folgeschäden verantwortliche und haftbar". Die Klägerin habe jeweils um Kenntnisnahme gebeten. Sie habe die Beklagte 1 aber auch ausserhalb dieser Schreiben nicht aufgefordert, die gerügten Mängel innert angemessener Frist zu beheben (act. 17 Rz. 28.2.1 f.). Die Klägerin habe somit mit dem Rückbau des Daches begonnen, bevor sie diese angeblichen Mängel gekannt habe, dementsprechend habe sie die in Rz. 263 ff. aufgeführten angeblichen Mängel mit den erwähnten Schreiben erstmals gerügt. Die Klägerin hätte daher der Beklagten 1 gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA Norm 118 eine angemessene Nachbesserungsfrist ansetzen müssen, was sie aber nicht getan habe. Vielmehr habe sie nur um Kenntnisnahme gebeten. Damit habe die Klägerin ihren Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungskosten verwirkt (act. 17 Rz. 28.2.5, 28.3, 28.4, 28.5, 28.6, 42; act. 63 Rz. 109.12.2.4, 109.12.8.2, 114.9.2). Die Klägerin hätte die Beklagte 1 wenigstens zum Wiederaufbau des Flachdaches auffordern können. Dies habe sie jedoch unterlassen, womit sie ihren Anspruch auf Ersatz der angeblichen Behebungskosten verwirkt habe (act. 17 Rz. 28.2.6). Unbestritten geblieben ist der Erhalt des Schreibens vom 29. September 2015 mit der Fristansetzung bis 5. Oktober 2015 (act. 17 Rz. 24.27.1). Die Beklagte 1 hält weiter fest, dass die Klägerin innerhalb der am 7. März 2015 abgelaufenen Mängelrügefrist gegenüber ihr keine Mängel gerügt habe. Die (übrigen) Rügen seien verspätet oder inhaltlich ungenügend gewesen. Vermutete Mängel könnten nicht gültig gerügt werden (act. 17 Rz. 19.3.3, 41 f., 28.1 ff., 24.19.2 ff.; act. 63 Rz. 109, insb. 109.1, 109.2, 109.12.1.1, 109.12.2.4, 109.12.7).

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