

# ZH\_OBERGERICHT LB170015 vom 18. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB170015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170015)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB170015 du 18 mars 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LB170015 del 18 marzo 2019

## Erwägungen

### E. 1

Am 31. Oktober 2005 schlossen die Parteien bzw. ihre Rechtsvorgänger einen Totalunternehmervertrag über den Neubau des Sportstadions Letzigrund ab. Am 24. August 2007 lieferte die Klägerin der Beklagten den Neubau mit Eignung zur Durchführung des Leichtathletik-Meetings "Weltklasse Zürich" 2007 ab. Am 24. Januar 2008 erfolgte die Abnahme 2 des Bauwerks mit Eignung zur Durchführung der Fussball-Europameisterschaft. Am 17. Juli 2008 lieferte die Klägerin der Beklagten das Stadion mit Eignung zur Durchführung des Leichtathletik Meetings "Weltklasse Zürich" 2008 ab, was gemäss TU-Vertrag die letzte Abnahme war. Am 9. Dezember 2010 stellte die Klägerin der Beklagten zwei Rechnungen. Damit machte sie unter anderem die Kosten geltend, welche ihr im Zusammenhang mit der Prüfung der gemäss ihrer Sachdarstellung unberechtigten Mängelrügen und Gewährleistungsverlangen insbesondere hinsichtlich der Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit der Stahlkonstruktion des Stadionsdachs sowie mit der Errichtung von 31 Stützpfeilern entstanden waren. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist demnach nicht bloss die Frage, ob und inwiefern das Stadion Mängel im Rechtssinn aufgewiesen hat. Diese spielen allerdings insofern eine Rolle, als jedenfalls bei Vorliegen rechtlicher Mängel die Beklagte zu recht gerügt und Nachbesserung verlangt hat. Da die Parteien sich über das Vorliegen von Mängeln uneinig sind und die Vorinstanz kein Beweisverfahren zu dieser Frage geführt hat, stellt sich die Frage, welchen Aufwand die Klägerin zur Klärung der Mangelhaftigkeit betreiben konnte und musste und inwieweit sie sich für ihre Aufwendungen bei der Beklagten schadlos halten kann. Ausserdem klagt die Klägerin als Abtretungsgläubigerin Forderungen Dritter ein, welche geltend machen, die Beklagte habe sie mit Prüfungsarbeiten beauftragt, aber nicht bezahlt (vgl. Zusammenstellung in act. 2 Rz 7). Die Beklagte bestritt sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche. Zu entscheiden ist demnach, ob die Beklagte der Klägerin die Kosten, welche sie für die Prüfung (1) der Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit der Stahlkonstruktion des Stadionsdachs (Tragsicherheit

- 5 - des Stadionsdaches, act. 127 Rz 57 ff.), (2) der Schweissungen der Füsse der Kandelaber bzw. grossen Lichtmasten (Kandelaberfüsse, act. 127 Rz 77 f.) sowie (3) der Grundierung des Korrosionsschutzes und der Gefahr einer Spannungskorrosion (Korrosionsschutz und Spannungsrisskorrosion, act. 127 Rz 79 f.) aufwendet hat, ersetzen muss, weil die von der Beklagten erhobenen Gewährleistungsverlangen unberechtigt gewesen waren. Weiter ist zu klären, ob die Beklagte der Klägerin die Kosten für die Errichtung der 31 Stützpfeiler unter den Dachbindern (Stützpfeiler, act. 127 Rz 81 ff.) sowie die eigenen Betriebs- und Hilfeleistungen (Betriebs- und Hilfsleistungen, act. 127 Rz 86) ersetzen muss.

### E. 2

Die Vorinstanz hat die Klage mit Urteil vom 31. Januar 2017 abgewiesen (act. 129), wogegen die Klägerin mit Datum vom 24. März 2017 (Eingang 28. März 2017) rechtzeitig Berufung (act. 127) eingereicht hat. Wegen informeller Gespräche zwischen den Parteien über eine gesamthafte Einigung wurden einstweilen keine Prozesshandlungen vorgenommen (act. 133 -137). Am 30. Januar 2018 teilte die Klägerin mit, dass das geplante Mediationsverfahren nicht zustande gekommen sei und ersuchte um Weiterführung des Verfahrens (act. 138). Mit Verfügung vom 6. April 2018 wurde bei der Klägerin für das Berufungsverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 40'000.– erhoben (act. 140), der rechtzeitig geleistet wurde (act. 142).

### **E. 2.26**

(Korrosionsschäden Zugstützenköpfe) der Beklagten geführt habe. Im September 2009 habe die Klägerin die frei zugänglichen Korrosionsbeschichtungen der Zugstützenköpfe saniert und habe u.a. eine Beschädigung des Korrosionsschutzes der Zugstützenköpfe anerkannt. Nach einem weiteren Hinweis der Beklagten auf die Gefahr von Spannungsrisskorrosion in den Zugstützenköpfen habe am 16. Dezember 2009 eine Besprechung zwischen den Parteien stattgefunden, am 8. Februar 2010 habe die E.\_\_\_\_\_ AG eine Verlängerung des Risses an Nr. 15 gemeldet, am 9. Februar 2010 hätte die ARGE ... T.\_\_\_\_\_ und die A.\_\_\_\_\_ Bau AG nach Plänen und Anweisungen von E.\_\_\_\_\_ AG die bereits erwähnten drei Stützpfeiler aufgestellt. Am 24. Februar 2010 habe die Beklagte mitgeteilt, ihr Berater L.\_\_\_\_\_ habe an Nr. 11 einen grossen wachsenden Riss entdeckt, worauf die Klägerin den Binder Nr. 11 gestützt habe. Am 25. Februar 2010 habe der erste Teil des Entlastungsversuchs mit Nr. 15 stattgefunden, am 26. Februar 2010 habe die Beklagte Stützen für alle Dachbinder verlangt und das Mandat mit Prof. F.\_\_\_\_\_ beendet (act. 129 S. 63). Die Klägerin habe sich die Forderung der E.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 185'772.75 gegenüber der Beklagten abtreten lassen. Teilanspruch 1 sei – so die Vorinstanz – der unbezahlte Rest der Rechnung Nr. 5976 der E.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 14'370.– plus MWST für die äussere Inspektion der Dachkonstruktion, wobei diese ursprünglich auf Fr. 58'499.50 gelautet habe (act. 129 S. 70). Weil der Bericht vom 25. November 2009 datiere, müsse davon ausgegangen werden, dass die E.\_\_\_\_\_ AG mit dem Bericht ihre Arbeiten zur visuellen Inspektion, Dokumentation und Überwachung der Dachkonstruktion abgeschlossen habe, wogegen die Klägerin nichts Schlüssiges vorbringe. Seien gemäss der Klägerin Tragsicherheit/Gebrauchstauglichkeit der Binder Thema gewesen, so müsse das auf die Rüge der Beklagten vom 21. August 2009 zurückgehen, auf der auch die von der Klägerin behauptete Vereinbarung vom 16. Dezember 2009 basiere. Eine schriftliche Mängelrüge der Klägerin gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG datiere vom 11. Juni 2010, welche Mängel schon früher mündlich thematisiert worden sein dürften, so dass kein Auftrag der Beklagten an die E.\_\_\_\_\_ AG anzunehmen sei (act. 129 S. 72).

- 16 - Beim Teilanspruch 2 handelt es sich nach den vorinstanzlichen Erwägungen um den Rest von Rechnung Nr. 5977 der E.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 9'790.– vom 1. Juli 2010 zuzügl. MWST. Gemäss der Klägerin habe die E.\_\_\_\_\_ AG nach Entdeckung des Risses die Beklagte beraten, Prof. O.\_\_\_\_\_, einen Berater der Beklagten, instruieren müssen etc., sodass die E.\_\_\_\_\_ AG von einem entgeltlichen Auftrag der Beklagten ausgegangen sei. Nach der Auffassung der Vorinstanz ersetzt das einseitige Verständnis der E.\_\_\_\_\_ AG, ihr sei ein entgeltlicher Auftrag erteilt worden, den erforderlichen Konsens nicht. Nachdem die Beklagte wegen des Risses am Binder Nr. 15 gegenüber der Klägerin Nachbesserung verlangt habe, sei nicht ersichtlich, warum sie die E.\_\_\_\_\_ AG mit Prüfungen hätten

beauftragen sollen, sodass es nahe liege, dass die E.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der Prüfung der gerügten Mängel tätig geworden sei. Als verantwortliche Bauingenieurin habe sie ohnehin für die Mängel einzustehen gehabt, ohne dafür eine Vergütung beanspruchen zu können (act. 129 S. 73 f.). Teilanspruch 3 betrifft gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid den unbezahlten Rest der Rechnung Nr. 5978 der E.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 5'978.– zuzügl. MWST. Die Klägerin mache geltend, die E.\_\_\_\_\_ AG und Prof. F.\_\_\_\_\_ hätten verstehen dürfen und verstanden, dass sie von der Beklagten mit der entgeltlichen Planung und Leitung der Be- und Entlastungsversuche des Binders Nr. 15 beauftragt worden seien und die Beklagte habe auch einen Teil der Aufwendung für die Planung der Stützen und der Versuche bezahlt. Für die Planung der Versuche habe die E.\_\_\_\_\_ AG einen (weiteren) Anspruch von Fr. 26'288.– (51'725 ./ 25'437) zuzüglich MWST. Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Anspruch aus den obgenannten Gründen (kein Konsens) nicht gegeben. Die Klägerin habe auch nicht dargetan, weshalb die Beklagte nach erfolgter Mängelrüge und nach erfolgtem Nachbesserungsersuchen einen (entgeltlichen) Auftrag hätte erteilen sollen. Als Teilanspruch 4 würden mit Rechnung Nr. 5979 der E.\_\_\_\_\_ AG Fr. 35'012.25 zuzügl. MWST. für endoskopische Untersuchungen der Knoten durch Subunternehmer geltend gemacht. Nach der Klägerin habe die E.\_\_\_\_\_ AG nach Entdeckung des Risses schnell – unter Hinzuziehung von Subunternehme-

- 17 - rinnen (AA.\_\_\_\_\_ GmbH, AB.\_\_\_\_\_ AG) – und mit technischen Hilfsmitteln die Dachkonstruktion inspizieren müssen. Da diese Arbeiten vor den Augen der Beklagten ausgeführt worden seien, sei jedenfalls der Umfang des Arbeitsaufwandes genehmigt worden. Subunternehmerinnen und Endoskop-Miete hätten insgesamt Fr. 35'012.25 gekostet (act. 129 S. 76). Nach der Vorinstanz mache die Klägerin keinen Auftrag durch die Beklagte, der über die äussere Inspektion hinausgegangen sei, geltend, ebenso wenig einen Konsens. Nicht dargetan sei, warum die Beklagte zusätzlich zum Nachbesserungsersuchen die E.\_\_\_\_\_ AG hätte beauftragen sollen (act. 129 S. 76 f.). Beim Teilanspruch 5 (Fr. 85'804.– zuzügl. MWST) geht es nach dem vorinstanzlichen Entscheid um die Kosten der Rissaufnahme und der Inspektion der Aufhängung der anderen Binder. Nach der Klägerin habe die E.\_\_\_\_\_ AG die Dachkonstruktion auch selber untersucht und bis Ende März 2010 488 Mannstunden aufgewendet. Die Vorinstanz weist den Anspruch unter Hinweis auf die Erwägungen in ihrer Ziffer 7.1.3 ab (act. 129 S. 78). Teilanspruch 6 (Fr. 14'508.– zuzügl. MWST) betrifft statische Berechnungen des Binders Nr. 15 und Einführung von Prof. O.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz bezieht sich auf die Argumentation und ihre Schlussfolgerung betreffend die anderen Teilansprüche (act. 129 S. 78 f). Prof. F.\_\_\_\_\_ – so die Vorinstanz – habe der Beklagten unbestritten am 2. März 2010 Rechnung für die Prüfung der Statik des Daches zwischen dem 11. und 26. Februar 2010 gestellt (Fr. 15'798.20 zuzügl. MWST.). Die Beklagte habe 11'452.79 zuzügl. MWST. bezahlt, Fr. 3'535.60 [= Fr. 4'345.40 abzüglich Fr. 809.80] hingegen nicht. Nach der Klägerin habe die Beklagte Prof. F.\_\_\_\_\_ am 11. Februar 2010 mit der raschen Prüfung der Statik des Binders Nr. 15 und der anderen Binder beauftragt; Prof. F.\_\_\_\_\_ habe am 22. Februar 2010 Bericht erstattet. Prof. F.\_\_\_\_\_ und AC.\_\_\_\_\_ hätten Ent- und Belastungsversuche vorgeschlagen, wozu die Beklagte zugestimmt habe. Prof. F.\_\_\_\_\_ und AC.\_\_\_\_\_ hätten einen entgeltlichen Auftrag verstanden, inkl. Planung und Begleitung der Ent- und Belastungsversuche durch Prof. F.\_\_\_\_\_ samt Teilnahme an der Sitzung vom 26. Februar 2010. Der Beizug der K.\_\_\_\_\_ habe der Sicherheit des Belastungsversuchs gedient, so dass Prof. F.\_\_\_\_\_ diese

- 18 - zum Belastungsversuch habe beiziehen dürfen. Die Beklagte (der städtische Projektleiter und der städtische Ingenieur) hätten Prof. F.\_\_\_\_\_ gekannt und am 25. Februar 2010 seine Teilnahme am ersten Teil des Versuchs als Aufgabe be- stätigt oder doch seine Teilnahme und den Beizug der Mitarbeiter der K.\_\_\_\_\_ genehmigt (act. 129 S. 80). Die Vorinstanz entschied, dass die Be- und Entlas- tungsversuche am Binder Nr. 15 per 25. Februar und 2./3. März 2010 der Behe- bung des Mangels der Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs diene. Prof. F.\_\_\_\_\_ habe daher im Interesse der Klägerin an den Tests teilgenommen, die das Nichtvorliegen des betreffenden Mangels habe nachweisen wollen. Das seien von der Klägerin zu tragende Mangelbehebungskosten (act. 129 S. 81). Schliesslich geht es noch um die Rechnung der K.\_\_\_\_\_ vom 22. Septem- ber 2010 (Fr. 17'480.- zuzügl. MWST), welche die Beklagte zurückgewiesen hat- te, weil Prof. F.\_\_\_\_\_ die K.\_\_\_\_\_ zum Ent- und Belastungsversuch nicht habe beiziehen dürfen. Nach der Klägerin habe Prof. F.\_\_\_\_\_ die K.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter bei den Versuchen beiziehen dürfen, da der Binder Nr. 15 rasch habe geprüft werden müssen. Der städtische Projektleiter AD.\_\_\_\_\_ und der städtische Ingeni- eur AE.\_\_\_\_\_ seien einverstanden gewesen. Der Beizug sei eine Substitution, andernfalls Prof. F.\_\_\_\_\_ entsprechend teurer gewesen wäre. Die Beklagte be- streitet die Berechtigung von Prof. F.\_\_\_\_\_ zum Beizug der K.\_\_\_\_\_ und dement- sprechend zur Substitution, womit es ohnehin keinen Vergütungsanspruch ge- genüber dem Oberauftraggeber gebe (act. 129 S. 82). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Versuche dazu gedient hätten, den Mangel der Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs des Binders Nr. 15 zu beheben und die K.\_\_\_\_\_ im In- teresse der Klägerin an den Tests teilgenommen habe, mit denen das Vorliegen eines Mangels habe geprüft werden wollen. Das habe die Klägerin als Mangelbe- hebungskosten zu tragen. 3. Die Berufung der Klägerin Die Klägerin macht in der Berufung (act. 127) zusammengefasst Folgendes gel- tend: Nach der Beklagten dürfe betreffend die Stand- und Tragsicherheit des Da- ches bei einem öffentlichen Gebäude mit ca. 25'000 Sitzplätzen keinerlei Zweifel bestehen, und die Beklagte sei von einer eminenten Gefahr eines plötzlichen Ge-

- 19 - waltbruches (Durchriss der Zugstützen mit anschliessendem Teil- bzw. Vollein- bruch des Stadiondaches) ausgegangen. Aufgrund der Gewährleistungsforderun- gen der Beklagten habe die Klägerin insbesondere die Stahlkonstruktion des Sta- diondaches überprüfen müssen, was mit Prüfungen mehrerer Sachverständiger geschehen sei (act. 127 Rz 9a). Die Kosten dieser Prüfung hätten (ohne Warm- wasserversorgung) Fr. 516'331.47 betragen (act. 127 Rz 9b). Nach dem Auftritt des Risses in einem grossen Stahlträger des Daches, Binder Nr. 15, habe die Be- klagte einen Dacheinsturz geltend gemacht, so dass zunächst Stützen an den Bindern Nr. 14-16 errichtet worden seien. Obwohl nach Auffassung des Statikers der Stadt sowie der Klägerin keine Einsturzgefahr bestand, seien Stützpfiler un- ter jeden Binder verlangt und auch errichtet worden, was Fr. 679'393.65 gekostet habe (act. 127 Rz 10 a), c). In beiden Zusammenhängen hätte die Klägerin eige- ne Leistungen und Hilfsleistungen erbringen müssen (act. 127 Rz 119). Die E.\_\_\_\_\_ AG hätte infolge eines Auftrages der Beklagten ab Februar 2009 Prüfun- gen und Messungen des Stadiondaches vorgenommen, welche die Beklagte dann nur teilweise vergütet habe (offen geblieben seien Fr. 185'772.75) (act. 127 Rz 12 a). Teilweise unbezahlt sei auch die Rechnung für die rechnerische Beur- teilung der Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des K.\_\_\_\_\_ -Statikers Prof. F.\_\_\_\_\_ geblieben (act. 127 Rz12 b) sowie jene der K.\_\_\_\_\_ selber (act. 127 Rz 12 c). Diese Ansprüche von insgesamt Fr. 206'788.35 habe sich die Klägerin abtreten lassen. Die Klägerin berufe sich auf Vertrag (Art. 97 und 367 OR) sowie alternativ auf Art. 62 und 419 OR und Art. 104 i.V.m. Art. 107 ZPO (act. 127 Rz 13 a).

Angesichts eines Gewährleistungsersuchens müsse der Unternehmer das Werk prüfen. Ergebe sich kein Mangel, so habe der Unternehmer nicht geschuldeten Aufwand gehabt, der ihm zu ersetzen sei. Die Prüfung des Werkes sei gemäss Art. 371 i.V.m. Art. 363 OR Sache des Bestellers. Wer schuldhaft zu Unrecht Gewährleistung verlange, verletze die Treuepflicht i.S.v. Art. 97 OR. Ausserdem sei der Besteller durch die Erkenntnisse aus der Werkprüfung bereichert (Art. 62 OR) und die Prüfung sei im Interesse des Bestellers ausgeübt worden (Art. 419 und 422 OR; act. 127 Rz 13 b). Angesichts des TU-Vertrages habe die Vorinstanz die Forderungen nach den Bestimmungen zu den Mängelrechten geprüft, welche bei Anmeldung eines

- 20 - Vergütungsanspruchs für ungerechtfertigte Prüfung nichts Entsprechendes vor- sehe (act. 127 Rz 15). Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag würden nach ihrer Ansicht bei Vorliegen eines Vertrages ausscheiden (act. 127 Rz 15 f.). Weil nach der Vorinstanz tatsächliche Mängel bestanden hätten, sei sie davon ausgegangen, dass für die Beklagte Anlass zu Rüge und Nachbesserung bestanden habe, so dass die Klägerin die Prüfung des Binders Nr. 15 und die statische und bruchtechnische Prüfung der gesamten Dachkonstruktion von Fr. 374'096.45, die Prüfung der Schweissungen der Kandelaberfüsse von Fr. 80'754.89 sowie der Grundierung des Korrosionsschutzes von Fr. 62'500.10 nicht auf die Beklagte abwälzen könne (act. 127 Rz 17 a). Begründeter Verdacht zur Tragsicherheit des Daches mache die Stützpfeiler zu Nachbesserungskosten (act. 127 Rz 17 b), Betriebs- und Hilfsleistungen seien als damit zusammenhängende Kosten deshalb auch nicht geschuldet (act. 127 Rz 17 c). Die Klägerin ist der Meinung, dass die massgebliche Rechtsfrage "verschüttet" worden sei (act. 127 Rz 18). Nach einer einleitenden und chronologischen Schilderung der Geschehnisse, welche zu den Gewährleistungsverlangen führten (act. 127 Rz 19 ff.), erwähnt die Klägerin, dass sie aufgrund eigener Abklärungen und der Bestätigung von Prof. F. \_\_\_\_\_ davon überzeugt gewesen sei, das Dach sei nicht einsturzgefährdet, dass sie aber wegen des fortgesetzten Vorwurfes der Einsturzgefahr und aufgrund der Gewährleistungsverlangen der Beklagten weitere eigene Prüfungen durchgeführt und weitere Experten beigezogen und die letztlich insgesamt 31 Stützpfeiler errichtet habe (act. 127 Rz 22). Spätestens seit dem 10. Mai 2010 stehe fest, dass das Stadiondach zu keinem Zeitpunkt einsturzgefährdet gewesen sei, wozu – soweit noch umstritten – ein Beweisverfahren durchzuführen sei (act. 127 Rz 23 a, b). Entscheidend sei, ob die Klägerin für die gewaltigen Kosten einstehen müsse, die aus der Angst der Stadt heraus entstanden seien, fehle es doch nach der Klägerin bereits an einer Gefahr (act. 127 Rz 24). Die Beklagte habe zu Unrecht eine mangelhafte Ausführung des Stadiondachs gerügt, weil es nie einsturzgefährdet und trotz des Risses in Binder Nr. 15 tragsicher und gebrauchstauglich gewesen sei. Die Beklagte müsse daher die Kosten tragen (act. 127 Rz 125). Dazu gebe es in der Schweiz kein Präjudiz des Bundesgerichts, hingegen habe der deutsche Bundesgerichtshof am 23. Januar

- 21 - 2008 (VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147) einen vergleichbaren Fall entschieden, wonach ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen eine schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht darstelle, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt habe, dass ein Mangel nicht vorliege (act. 127 Rz 26). Die Klägerin habe der Beklagten mit den Versuchen vom 25.2.10 und vom 2./3. März 2010 und dann mit der grossen Sachverständigen-Präsentation vom 10.5.2010 die Tragfähigkeit der Dachkonstruktion nachgewiesen (act. 127 S. 17). Die Klägerin habe auch gezeigt, dass sich die Beklagte mit ihrem gegenteiligen Standpunkt gegen ihren eigenen Berater, Prof.

F.\_\_\_\_\_, gestellt habe; und dies, ohne dass sie über einen (neuen) anderen, geeigneten Experten verfügt habe, auf dessen Meinung sie ihre abweichende Ansicht hätte stützen können (act. 127 S. 17). Hingegen habe es bei der Beklagten genügend Sachverstand gegeben, dass sie habe erkennen können, dass sie die Nicht-Gebrauchstauglichkeit nicht belegen könne (act. 127 S. 17 f.). Nach Ausführungen zum Unterschied zwischen Mängelrüge und Gewährleistungsersuchen weist die Klägerin darauf hin, dass der Unternehmer bei unge-rechtfertigtem Gewährleistungsverlangen keine Untersuchung schulde; er tue damit etwas, was ihm mit dem Werklohn nicht vergütet werde bzw. worden sei (act. 127 S. 18 f.). Der Unternehmer, der die Ursache des Befundes nicht kenne und also auch nicht wisse, ob der gerügte Befund ein Mangel sei, habe keine an- dere Wahl als das Werk zu untersuchen. Gebe es dann keinen Mangel, so müsse der Besteller, unabhängig vom Verschulden, die Kosten gestützt auf Art. 367 Abs. 1 OR nachträglich vergüten (act. 127 Rz 26 d) S. 19). Vergleichbar sei etwa die Schadenersatzpflicht für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO (act. 26 Rz 26 e). Die Vorinstanz habe die Sicherheit des Stadionsdaches zum Werkmangel und den Aufwand der Klägerin zu Nachbesserungskosten erklärt, wobei allein die objektiv fehlende Sicherheit ein Werkmangel sein könne, nicht aber die subjektiv befürchtete des Bestellers (act. 127 Rz 27). Unter dem Titel Mangel, Mängelrüge und Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen (zu act. 129 E. 1. und E. 4.1.2.) weist die Klägerin darauf

- 22 - hin, dass der vorliegende Rechtsstreit nur Gewährleistungsverlangen betreffe (act. 127 Rz 31 a). Mängelrügen und Gewährleistungs-/Nachbesserungsver- langen würden sich unterscheiden. Die Vorinstanz scheine zu Unrecht davon auszugehen, dass der Besteller für leicht fahrlässige oder einfach fahrlässige Mängelrügen nicht hafte, worum es hier allerdings nicht gehe. Das Nachbesse- rungsverlangen sei ein Rechtsgeschäft und löse damit eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge aus. Zählen würden nur objektiv-tatsächliche Gewähr- leistungsansprüche und keine Gewährleistungsansprüche, weil an deren Bestand geglaubt werde (act. 127 Rz 32 c). Die Klägerin habe das Werk aufgrund des Nachbesserungsverlangens ge- prüft (act. 127 Rz 33 b). Sie habe sich auf Aufwendungen bei der Erfüllung unbe- rechtigter Nachbesserungsverlangen als schuldhaftes Verletzung von Nebenpflich- ten aus dem Werkvertrag gestützt. Die unberechtigte Aufforderung zur Nachbes- serung enthalte eine Aufforderung zur Nachprüfung des Werkes, was gemäss Art. 367 Abs. 1 OR an sich Sache des Bestellers sei, so dass diese vom Besteller bestellte Mehrleistung dem Unternehmer auch zusätzlich zu erstatten seien. Der mit dem Nachbesserungsverlangen verbundene Auftrag zur Werkprüfung sei als konkludenter Vertragsschluss zu verstehen (act. 127 Rz 33 c). Den von der Klä- gerin für unberechtigte Mängelrügen angemeldete Vergütungsanspruch gebe es nach der Ansicht der Vorinstanz im Mängelrecht nicht (act. 127 Rz 34 a). Diese Annahme der Vorinstanz treffe nicht zu, weil sich stellende Rechtsfragen mangels Regelung im Gewährleistungsrecht gemäss Art. 1 ZGB und den allgemeinen Bestimmungen des OR zu beantworten seien (act. 127 Rz 34 b). Ebenso wenig haltbar sei es, Bereicherungs- und Geschäftsführungsansprüche auszuschliessen (act. 127 Rz 35). Zur vertraglichen Schadenersatzpflicht komme die Vorinstanz zum Schluss, dass nach herrschender Ansicht die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht haftbar mache, wenn nicht nachgewiesen werde, dass es keinerlei Verschulden gebe (act. 127 Rz 37 a). Nach Gauch (Der Werkvertrag, 5. Aufl., N. 2147a) brau- che es für die Haftbarmachung bei ungerechtfertigten Mängelrügen ein Handeln wider besseres Wissen oder zumindest ohne plausible Anhaltspunkte, was nach

- 23 - der Vorinstanz eine Exkulpationsmöglichkeit ("keine grobe Fahrlässigkeit") ermögliche. Diese Meinung verstosse gegen Art. 97 OR, der die Exkulpation bereits bei leichtester Fahrlässigkeit ausschliesse (act. 127 Rz 35 c). Die sachverständige und durch Experten unterstützte Beklagte habe anerkanntermassen unberechtigte Gewährleistungsverlangen gestellt, womit die Klägerin zu exorbitant teuren Abklärungen veranlasst worden sei (act. 127 Rz 38 a). Die von Gauch (a.a.O., Rz 2147a) geäusserte Meinung, dass der Besteller nicht nach Mängeln forschen müsse, treffe für Mängelrügen zu, nicht aber für zu beurteilende Gewährleistungsverlangen. Ausserdem habe die Beklagte tatsächlich eigene Untersuchungen angestellt bzw. durch Experten vornehmen lassen (act. 127 Rz 38 b). Es gehe deshalb nicht darum, wie es sich verhalten hätte, wenn nicht geforscht worden wäre, sondern darum, was die Beklagte mit dem von ihr akquirierten Fachwissen wusste bzw. wissen musste (act. 127 Rz b). Die Klägerin habe der Beklagten zudem durch eigene Experten den Nachweis der Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit und Funktionsfähigkeit erbracht. Das könne und müsse mit dem von der Klägerin beantragten gerichtlichen Gutachten, welches die Vorinstanz nicht angeordnet habe, nachgewiesen werden (act. 127 Rz 38 c). Die vertragliche Treuepflicht gegenüber der Beklagten habe es nicht zugelassen, dass die Klägerin das Gewährleistungsverlangen habe ignorieren können und die Abklärungen seien im wohlverstandenen Interesse der Beklagten erfolgt. Mit ihren Verlangen habe die Beklagte schuldhaft vertragliche Treuepflichten verletzt (act. 127 Rz 39). Ausserdem unterlasse es die Vorinstanz, den von der Klägerin ebenfalls angerufenen vertraglichen Anspruch aus Art. 367 OR (act. 127 Rz 42 f.) sowie die Ansprüche gestützt auf Art. 62 und 419 OR zu prüfen, weil sie fälschlicherweise meine, der (verneinte) vertragliche Anspruch schliesse ausservertragliche Ansprüche aus (act. 127 Rz 44). Zur Wissenszurechnung macht die Klägerin geltend, dass sie sich im vorinstanzlichen Verfahren darauf berufen habe, dass Sachverständige und sonstige Berater Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 OR seien, was ihren Sachverstand und ihren guten/bösen Glauben zu jenem des Bestellers mache (act. 127 Rz 46). Die Vorinstanz behandle die Frage nach Stellvertretungsrecht gemäss Art. 32 ff. OR, was mit der Wissenszurechnung wenig gemein habe. Nach der schweizerischen Dokt-

- 24 - rin gehe die Wissenszurechnung sehr weit, was sich für das Baurecht anhand der Planer zeige (act. 127 Rz 47). Die Vorinstanz berufe sich ausgerechnet auf die Dissertation von Maria Walter, welche entgegen der h.A. eine restriktive Handhabung der Wissenszurechnung vertrete (act. 127 Rz 48 b), womit sie sich gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die von der Klägerin in der Replik mit BGE 109 II 338 zitiert worden sei, stelle (act. 127 Rz 48 e), sowie auf die diesbezüglich nicht einschlägige strafrechtliche Dissertation von Matthias Forster (act. 127 Rz 49 a). Die Beklagte habe als Berater die Professoren M.\_\_\_\_, AF.\_\_\_\_, AG.\_\_\_\_ und AH.\_\_\_\_ verpflichtet, deren Wissen und Kenntnisse sie jederzeit habe abrufen können (act. 127 Rz 49 b). Die strafrechtlich begründete Auffassung des Bezirksgerichts habe zur zivilrechtlich völlig unhaltbaren Konsequenz geführt, dass jede arbeitsteilige Körperschaft die Gewährleistung völlig ausschliessen könnte (act. 127 Rz 49 c). Weil im Schadenersatzrecht längst anerkannt sei, dass es nicht möglich sei, innerhalb einer Organisation einen Schuldigen zu finden, müsse die Manifestation einer objektiven Unsorgfalt genügen (act. 127 Rz 50 a). Wenn die Vorinstanz von der Klägerin verlange, dass sie im Einzelnen substantiiere, wer innerhalb der Beklagten wann was gewusst habe, sei dies nicht haltbar, überspitzter Formalismus und Rechtsverweigerung. Es müsse genügen, dass das Wissen prinzipiell vorhanden und abrufbar gewesen sei (act. 127 Rz 50 b). Nach der Klägerin sind die rechtlichen

Erwägungen zum Werkmangel unzutreffend und die funktionale Beschreibung des Werkes im Werkvertrag werde missachtet. Beim Werkmangel gebe es entweder zugesicherte oder vereinbarte Eigenschaften oder es fehle eine Eigenschaft, die der Besteller in guten Treuen erwarten dürfe. Die Vorinstanz habe diesbezüglich nichts abgeklärt und weil das Stadion überhaupt nur funktional umschrieben werde, gebe es gemäss Ziffer 2 des TU-Vertrages nur einen Anspruch auf ein funktionierendes Stadion, wobei die Haupturkunde gemäss Ziff. 3 Vorrang vor allen anderen Vertragsbestandteilen habe (act. 127 Rz 51 a) - c). Nur Abweichungen von der Funktion könnten daher Mängel sein. Ohne Begründung und in Widerspruch zur funktionalen Werkbeschreibung nehme die Vorinstanz eine Zusicherung bestimmter Eigenschaften

- 25 - an, und zwar selbst dort, wo der Vertrag überhaupt keine Eigenschaften nenne (act. 127 Rz 51 d). Gestützt auf die Aussage von Gauch (a.a.O., Rz 1424) erwähne die Vorinstanz die gefahrstiftende Beschaffenheit des Werkes, die zwar nicht mit Sicherheit feststehe, jedoch sich auch nicht ausschliessen lasse. Erforderlich sei dafür eine begründete Gefahr-Besorgnis, ein Gefahrverdacht, gestützt auf nachweisliche Risikoelemente (act. 127 Rz 52). Die Klägerin habe in der Replik ausführlich dargelegt, dass sich Gauch auf eine (falsch verstandene) deutsche Rechtsprechung stütze. Kein schweizerisches Gericht habe bisher einen Verdacht als Mangel anerkannt (act. 127 Rz 53 a). Nach der deutschen Rechtsprechung obliege dem Besteller die Beseitigung des Verdachtes und nicht dem Unternehmer, ausser der Besteller könne ihn nicht auf zumutbare Weise aus der Welt schaffen oder er gehöre in eine besondere Kategorie (verschwiegene Fehler bei Liegenschaften, Verseuchung/Vergiftung bei Lebensmitteln, Werk ohne technischen oder wissenschaftlichen Nachweis, act. 127 Rz 53). Unter Berufung auf Arnold Rusch, Verdacht als Mangel (in AJP 2012, 44 ff.), brauche es nach hiesiger Vorstellung ein Faktum ausserhalb der Physis des Kauf- oder Werkobjekts, z.B. Medienberichte über Unfälle. Der Mangel als Verdacht zeige sich nie aufgrund konkreter Symptome, die sich bei einer Prüfung des Objekts als solches ergeben würden. Das ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH zum Produkthaftungsrecht (act. 127 Rz 53 b) c). Die Beklagte hätte jeden Verdacht auf zumutbare Weise aus der Welt schaffen können, z.B. durch sachverständige Gutachten, so dass keine Rede davon sein könne, der unbewiesene Verdacht der Mangelhaftigkeit qualifiziere sich als Werkmangel, der die exorbitanten Kosten rechtfertigen würde (act. 127 Rz 54 a) b), umso weniger als der international bekannte Prof. F.\_\_\_\_\_ den Binder Nr. 15 als tragsicher und gebrauchstauglich bezeichnet hatte und die E.\_\_\_\_\_ AG dies mit ihren Berechnungen bestätigt habe (act. 127 Rz 54 b). Würde die subjektive Unsicherheit des Bestellers über die objektive Sicherheit des Bauwerkes einen Mangel des Bauwerkes darstellen, so hätte der Besteller mit der Behauptung seiner objektiven Wahrnehmung den Nachweis der Mangelhaftigkeit erbracht, so dass der Unternehmer den Mangel beheben muss-

- 26 - te, aber wo? (act. 127 Rz 55 b). Die Vorinstanz verwerfe praktisch die ganze Klage mit der Doktrin der Unsicherheit als Mangel (act. 127 Rz 56 b). Zur Tragsicherheit des Daches, das nur einen Riss (nicht mehrere Risse) am Binder Nr. 15 aufgewiesen habe, sei gemäss der Klägerin davon auszugehen, der Riss sei aller Wahrscheinlichkeit nach erst im Jahr 2010 entstanden. Die Vorinstanz habe die Abweichung des Ist- vom Soll-Zustand mit dem Riss im hoch belasteten Knotenbereich begründet, weil ein solcher Riss nicht erwartet werden müsse, zumal die andern Binder keine Risse hätten (act. 127 Rz 57 c). Die Klägerin hält der Vorinstanz entgegen, dass der Unternehmer sich mit dem Werkvertrag

nicht verpflichtete, das Werk über die Ablieferung hinaus in vertragsgemäsem Zustand zu erhalten (act. 127 Rz 58 a). Nach der Überzeugung der Parteien sei der Riss erst ungefähr zwei Jahre nach der Ablieferung, wahrscheinlich im kalten Januar 2010 entstanden (act. 127 Rz 58 b). Die Klägerin nennt eine grosse Anzahl von Zitaten zu den Auffassungen zur Rissursache am Binder Nr. 15 erst nach der Ablieferung (act. 127 Rz 58 b); die Klägerin hält die Kälte im Januar 2010 für die Ursache des Risses am wahrscheinlichsten, unter Hinweis auf die von der E.\_\_\_\_\_ AG ab 1. Juli 2009 durchgeführten Inspektionen des Daches (act. 127 Rz 58 c). Wenn der Riss an Binder Nr. 15 bei der Ablieferung nach beiden Parteien nicht existiert habe, dürfe die Vorinstanz nicht annehmen, das Stadion sei mit dem Riss abgeliefert worden (act. 127 Rz 58 d) und e). Die Ursache des Risses sei bis heute umstritten und ungeklärt, die Annahme, dass er von Anfang an bestanden habe, sei unbewiesen und höchst unwahrscheinlich (act. 127 Rz 59 b), so dass die Annahme der Vorinstanz, die Ursache für den Riss sei bereits im abgelieferten Werk enthalten gewesen, aktenwidrig und rechtsverletzend sei (act. 59 Rz c). Aus der Rissfreiheit der andern 30 Binder lasse sich nichts ableiten (act. 127 Rz 60). Zu korrigieren sei auch die Ansicht der Vorinstanz, dass es für ungerechtfertigte Nachbesserungsersuchen keinen Schadenersatzanspruch des Unternehmers gebe (act. 127 Rz 60 c). Wenn schon eine unberechtigte Mängelrüge haftbar machen könne, dann umso mehr die unberechtigte Nachbesserung (act. 127 Rz 60 c), woran die fehlenden Meinungsäusserungen in Lehre und Rechtsprechung nichts änderten

- 27 - (act. 127 Rz 60 d). Die Ansicht der Vorinstanz, dass eine ungerechtfertigte Mängelrüge gravierender sei, sei unzutreffend (act. 127 Rz 61 a), weil mit dem Nachbesserungsverlangen die Aufforderung zum Tätigwerden einhergehe (act. 127 Rz 61 c). Die Prüfungspflicht des Bestellers erschöpfe sich mit der einfachen und raschen Prüfung des Bestellers gemäss Art. 367 Abs. 1 OR keineswegs, was sich dann auch in einer anschliessenden gerichtlichen Auseinandersetzung zeige, in der der Besteller beweispflichtig sei. Der Besteller, der ohne eigene und gegebenenfalls vertiefte Prüfung Nachbesserung verlange, nehme unberechtigte Kosten des Unternehmers in Kauf, die er dann zu erstatten habe (act. 127 Rz 61 d). Nach der Vorinstanz bestehe das Stadionsdach im Wesentlichen aus Stahl der Qualität S355. Das Leistungsverzeichnis BKP 213 habe für alle Gurtstösse und Stegblechstösse der 31 Dachbinder "QB Schweissnähte", also Schweissnähte der Qualität B gemäss EN ISO 5817 genannt (act. 127 Rz 62). Hier gehe es allerdings um Abweichungen der tatsächlichen von der vereinbarten Werkleistung, (act. 127 Rz 62 b), wobei der Werkvertrag die geschuldete Leistung funktional umschreibe; Mängel seien Abweichungen von der funktional vereinbarten Leistung (act. 127 Rz 62 c). Die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Schweissnähte nicht die Qualität B hätten. Gerichtsgutachter AI.\_\_\_\_\_ hätte in seinem Gutachten die Schweissnähte ebenfalls nach EN ISO 5817 beurteilt (act. 127 Rz 63 a). Der Gutachter habe nach EN ISO 5817 beurteilt, also nach den Massgaben einer Fertigungs-(Produktionsnorm) und nicht nach Massgabe einer Tragwerknorm (act. 68 Rz 1147 [S. 244 f.]). Aus dem Gutachten AI.\_\_\_\_\_ ergebe sich, dass viele begutachtete Werkteile nicht EN ISO 5817 entsprächen, nicht aber, dass sie dieser Norm entsprechen müssten oder die Nichtentsprechung Mängel im Sinne des Werkvertragsrechtes seien (act. 127 Rz 63 b). EN ISO 5817 gelte nur für die Produktion, genauer dem Qualitätssicherungsmanagement und stelle Grundbezugsdaten für die Bewertung von Schweissnähten zur Verfügung; sie gelte nicht für eine spezifische Anwendung und nicht für den Tragsicherheitsnachweis (act. 127 Rz 64). EN ISO 5817 sei für das fertige Werk nicht besonders vereinbart worden, sodass daraus gar nichts abgeleitet

werden könne (act. 127 Rz 64 f.). Anders wäre es nur, wenn die Norm für das fertige Werk besonders vereinbart (act. 127 Rz 65) bzw. zu einem wesentlichen Punkt i.S.v. Art. 2 Abs. 1 OR erhoben worden

- 28 - wäre (act. 127 Rz 66 a). Der Tragsicherheitsnachweis nehme den Fehlern der Schweissnähte jede praktische Bedeutung (act. 127 Rz 67 a), b). Die Vorinstanz habe denn auch nicht dargelegt, welches Interesse die Beklagten an Schweissnähten gemäss EN ISO 5817 habe (act. 127 Rz 67 b) cc). Die Klägerin kritisiert die Erwägung der Vorinstanz auf S. 37 des Urteils, wonach gemäss Klägerin am 10. Mai 2010 die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit nachgewiesen worden sei, weshalb daraus zu schliessen sei, dass mindestens vor diesem Zeitpunkt Ungewissheit über die Risiken der Dachkonstruktion bestanden habe. Die Aufforderung zur Nachbesserung sei zumindest bis zu diesem Zeitpunkt begründet gewesen. Das sei angesichts der Behauptung, die Beklagten habe seit dem 25. Februar bzw. dem 2./3. März 2010 mit Sicherheit gewusst, dass Binder Nr. 15 tragsicher/gebrauchstauglich sei, nicht zulässig. Die Erklärung der Klägerin besage für die Zeit vor dem 3. März 2010 nur, dass die Beklagte bis dahin vielleicht keine völlige Sicherheit gehabt habe, jedoch nicht, dass der Binder Nr. 15 unsicher und dass andere Personen über die Tragsicherheit des Binders Nr. 15 unsicher gewesen seien. Die Vorinstanz übergehe ausserdem, dass die Klägerin den Belastungsversuch vom 2./3. März 2010 als Nachweis der Gebrauchstauglichkeit bezeichnet habe. Die Klägerin habe daher auch nach dem 3. März und bis zum 10. Mai 2010 geprüft, weil die Beklagte das so gewollt habe. Dass nach dem 3. März 2010 Unsicherheit bestanden habe, wie die Beklagte behaupte, sei von der Klägerin ausdrücklich bestritten (act. 127 Rz 70 c) mit Hinweis auf act. 68 Rz 184 - 197, 972, 1367, 1420, [wo überall die Ergebnisse der Versuche referiert werden]). Die Vorinstanz habe daher den Anspruch der Klägerin auf Erstattung von Fr. 99'260.85 für die Prüfung der Belastung des Binders Nr. 15 bis zum 3. März 2010 zu Unrecht als Kosten der Behebung des Mangels der Ungewissheit abgewiesen (act. 127 Rz 71). Gleiches gelte für Fr. 274'835.50 (bestehend aus neun Teilbeträgen in act. 2 Rz 327) für die statische und bruchtechnische Prüfung der Dachkonstruktion (act. 127 Rz 72). Die Vorinstanz habe bemängelt, dass die Klägerin keine Angaben zu den Zeiträumen, für die die Leistungen in den betreffenden Rechnungen fakturiert worden seien, gemacht habe, mit Ausnahme von vier Rechnungen der H.\_\_\_\_\_

- 29 - GmbH (act. 127 Rz 73). Für diese ihrer Meinung nach aktenwidrige Darstellung verweist die Klägerin auf die Zusammenstellung in act. 127 Rz 73 b). Ausserdem mache die Vorinstanz die zeitliche Abgrenzung zu einem Problem, das nicht Gegenstand des Verfahrens sei (act. 127 Rz 74 a), weil die Klägerin alle Prüfkosten erstattet haben wolle (act. 127 Rz 74 a). Bekanntlich habe die Klägerin der Beklagten schon am 10. und 26. Februar 2010 die Sicherheit des Daches versichert (act. 127 Rz 74 a), und die Beklagte habe die Sicherheit auch nach dem 10. Mai 2010 bestritten, so dass vor und nach dem 10. Mai 2010 kein Unterschied bestehe (act. 127 Rz 74 b). Die Beklagte habe im Prozess nicht verlangt, dass die Prüfkosten vor und nach dem 10. Mai 2010 abzugrenzen seien, so dass die Klägerin keinen Anlass zur geforderten Differenzierung gehabt habe. Die Vorinstanz hätte auf die Bedeutung, die sie der Differenzierung beimesse, aufmerksam machen müssen (act. 127 Rz 74 c) bb). Anders als die Vorinstanz annehme, würden sämtliche Aufwendungen im Betrage von Fr. 274'835.50 die von der Beklagten geforderte Ausräumung der Ungewissheit über die Risiken der Dachkonstruktion betreffen (act. 127 Rz 75 b). Wie es sich mit den Kosten im Zusammenhang mit der Gefahr der Span-

nungsrissskorrosion verhält, habe die Vorinstanz offen gelassen, weil nicht ersichtlich sei, welche Kosten darauf zurückzuführen seien, so dass es an der erforderlichen Begründung und Differenzierung fehle (act. 127 Rz 76 a). Die Beklagte habe von Anfang an elektrochemische Korrosion und Spannungskorrosion und später zusätzlich den Anriss am Binder Nr. 15 vermischt (act. 127 Rz 76 b). Mit act. 41/15 habe die Beklagte den Schlussbericht M. \_\_\_\_\_ eingereicht, ein Parteigutachten ohne Beweiswert, aber mit Geltung als Parteivorbringen. M. \_\_\_\_\_ nenne den Anriss im Binder Nr. 15, die Spuren elektrochemischer Korrosion in den Dachaufhängungen (Knoten) und die Spannungsrissskorrosion als Phänomene mit innerem Zusammenhang, so dass die Klägerin gesamtheitlich untersuchen müssen; eine Trennung nach den einzelnen Korrosionsarten sei nicht möglich gewesen, so dass auch keine Aufteilung der Kosten möglich sei (act. 127 Rz 76 b). Wäre es von Bedeutung gewesen, so hätte die Vorinstanz die Klägerin dazu Stellung nehmen lassen müssen (act. 127 Rz 76 c).

- 30 - Bezüglich der Schweissnähte der Kandelaberfüsse halte die Vorinstanz dafür, dass die Qualität QB der Norm EN ISO 5817 anzuwenden gewesen wäre. Da die Pläne der Ausschreibung – so die Vorinstanz – die Qualität QB der Norm EN ISO 5817 vorsehen würden, sei diese Norm unmittelbar vereinbart worden (act. 127 Rz 77 a). Diese Annahme sei falsch. Für die Kandelaber gebe es nicht einmal Pläne oder sonstige Unterlagen, welche eine Qualität festlegen würden, was die Beklagte auch nicht behauptete. Die Beklagte mache im vorliegenden Zusammenhang geltend, dass sie wegen der Tragwerknormen SIA 263 und 263/1 Anspruch auf die Qualität QB habe, was die Klägerin bestritten habe (act. 127 Rz 77 b). Dazu hätte die Vorinstanz Beweis abnehmen müssen (act. 127 Rz 78). Die Vorinstanz habe zum Korrosionsschutz und zur Spannungsrissskorrosion erklärt, die Klägerin hätte angeben müssen, welcher Teil der Rechnungen den Korrosionsschutz und die Korrosionsschutzgrundierung betreffe, so dass die entsprechenden Kosten nicht zugeordnet werden könnten (act. 127 Rz 79 a). Weil die Korrosionsschutzbeschichtung zusammen mit der Grundierung ein System bildeten, müsse stets das ganze System betrachtet werden (act. 127 Rz 79 b). Die fehlende Differenzierung habe die Beklagte nicht beanstandet und die Klägerin sei vom Bezirksgericht nicht entsprechend aufgefordert worden (act. 127 Rz 79 b) bb); ohne eine solche Aufforderung könne nicht mangels Substantiierung abgewiesen werden (act. 127 Rz 80). Die Kosten für die Stützpfeiler habe die Vorinstanz nicht nach den von der Klägerin erwähnten Rechtsgrundlagen (Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag) beurteilt (act. 127 Rz 81 b). Die Vorinstanz gehe von einem begründeten Verdacht der eingeschränkten Tragsicherheit des Daches wegen des Risses in Nr. 15 und wegen der Qualität diverser Schweissnähte der Obergurte über den Druckstützen aus, was ein Risiko für Leib und Leben der Stadionbesucher gewesen sei. Die Stützpfeiler hätten die Risiken minimiert und die Öffnung des Stadions erlaubt. Entsprechend habe es die Stützpfeiler – bis die gutachterliche Prüfung der Statik vorgenommen gewesen sei – gebraucht (act. 127 Rz 82 b). Die Klägerin weist darauf hin, dass sie schon vor erster Instanz dargelegt habe, dass der Verdacht eines Werkmangels kein Werkmangel im Rechts-

- 31 - sinn sei (act. 127 Rz 82 b). Die Vorinstanz weise für die Begründetheit des Verdachts darauf hin, dass die Klägerin bei Abweichung von der Norm EN ISO 5817 selber davon ausgehe, dass sich Sicherheitsfragen stellen würden, die mittels statischer/bruchmechanischer Prüfung hätten ausgeräumt werden müssen (act. 127 Rz 83 a). Die Klägerin verweist auf act. 127 Rz 67 ff. und bezeichnet diese Annahme als falsch (act.

127 Rz 83 b). Für die Kosten habe die Vorinstanz – entgegen der Klägerin – auf den Zeitraum der bestehenden Unsicherheit abgestellt, was nicht zutrefte. Die Klägerin habe in der Replik (act. 68 Rz 116, 389 und 398 - 408) auf den Entscheid BGH VIII ZR 246/06, Urteil vom 23. Januar 2018 (NJW 2008, 1148), hingewiesen, der auf diesen Fall übertragen werden könne. Danach sei ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen eine schuldhaftige Vertragsverletzung, die zu Schadenersatz verpflichte (act. 127 Rz 84 b). Die Klägerin habe der Beklagten unter Beizug eigener Experten belegt, dass die Tragfähigkeit nicht beeinträchtigt gewesen sei (act. 127 Rz 84 lit. c) und dass sich die Beklagte einzig auf den unhaltbaren "Schlussbericht" betreffend den Einfluss von Korrosion, Rissbildung und Schweiss-Fehlern auf die Standsicherheit des Stadionsdaches von Prof. M. \_\_\_\_\_ vom 16. August 2011 (act. 40/19) berufen könne (act. 127 Rz 84 c). Prof. F. \_\_\_\_\_ habe die Standsicherheit bestätigt, die anderen Sachverständigen der Beklagten hätten die Einsturzgefahr nicht belegen können, so dass der Beklagten bekannt gewesen sein musste, dass ihre Zweifel nicht bestätigt würden (act. 127 Rz 94 c). Zusätzlich verweist die Klägerin im Zusammenhang mit unberechtigten Gewährleistungsverlangen auf Art. 264 Abs. 2 ZPO, welche eine Schadenersatzpflicht der Person vorsieht, die eine vorsorgliche Massnahme erwirkt, wenn sich später herausstellt, dass diese ungerechtfertigt war (act. 127 Rz 84 d). Nach Beseitigung der Unsicherheit am 10. Mai 2010 habe es sich ohnehin nicht um Nachbesserungskosten handeln können, so die Klägerin weiter. Die Stützpfeiler habe die Beklagte bis zum 16. Juli 2010 behalten, so dass der Klägerin mindestens vom 10. Mai bis 16. Juli 2010 eine Vergütung im Betrage von mindestens Fr. 330'000.– erhalten müsste (act. 127 Rz 85 b). Zu den Betriebs- und Hilfeleistungen habe sich die Vorinstanz mit dem Hinweis begnügt, dass diese nicht zugesprochen würden, weil auch die Massnahmen, zu denen Hilfe geleistet worden sei, nicht vergütet würden (act. 127 Rz 86).

- 32 - Zu den Vorbringen der Klägerin zu den abgetretenen Forderungen Dritter wird in jenem Zusammenhang Stellung genommen (vgl. unten E. IV./3.). III. 1. Mängelrügen und Gewährleistungs-/Nachbesserungsersuchen a) Mit der Herstellung und Ablieferung (Übergabe) des vollendeten Werkes in der Absicht der Vertragserfüllung erbringt der Unternehmer seine vertragliche Hauptpflicht (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, Rz 87). Das Werk muss den vereinbarten Anforderungen genügen und es muss mängelfrei sein (Gauch, a.a.O., Rz 605); eine Abweichung vom Vertrag ist ein Sachmangel, für den der Hersteller auch haftet, wenn er sorgfältig war und ihn am Mangel kein Verschulden trifft (Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2016, Rz 1703 f.; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2014, Rz 2630). Die Mängelhaftung ist eine Kausalhaftung (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 368), auch gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 (Gauch/Stöckli, a.a.O., Rz 1 zu Art. 169). Kontrovers ist im vorliegenden Fall das Verständnis des Werkvertragsrechts zum Problemkreis Mängelrüge und Nachbesserungsverlangen. Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, in der Lehre werde für unberechtigte Nachbesserungsverlangen des Bestellers – im Gegensatz zu unberechtigten Mängelrügen – kein Schadenersatz des Unternehmers propagiert, was nur bedeuten könne, dass eine ungerechtfertigte Mängelrüge qualitativ gravierender sei (act. 129 S. 35). Das erscheint der Vorinstanz grundsätzlich sachgerecht, da der Besteller bei einem Mangel Anspruch auf Nachbesserung habe und in der Regel nicht zum vornherein feststehe, ob eine Nachbesserung nötig sei oder nicht. Sei ein Mangel zu beheben, würden die Parteien in der Regel in Verhandlungen und bei technisch anspruchsvollen Fragen mittels

Unterstützung von Privatgutachtern versuchen, sich u.a. darüber zu einigen, ob und welche Nachbesserungsmassnahmen ausgeführt

- 33 - werden sollen. Wenn diesbezüglich Kosten entstünden, sei kein Verstoß gegen die vertragliche Treupflicht ersichtlich (act. 129 S. 35). Die Klägerin vertritt genau die umgekehrte Ansicht und wirft der Vorinstanz vor, sie unterscheide nicht zwischen Mängelrügen und Gewährleistungersuchen (act. 127 Rz 31). Angesichts einer Mängelrüge könne der Unternehmer untätig bleiben, während ein Nachbesserungersuchen eine Aufforderung zur Nachprüfung des Werkes enthalte (act. 127 Rz 33 c, Rz 61 c). Denkbar wäre nach der Klägerin auch, dass es aufgrund des im Nachbesserungersuchen enthaltenen Auftrages zur Prüfung des Werkes zu einem konkludenten Vertragsschluss komme (act. 127 Rz 33 c). Die sog. Prüfungspflicht – ausgestaltet als Obliegenheit – treffe den Besteller, der gemäss Art. 376 Abs. 1 OR den Unternehmer über allfällige Mängel in Kenntnis setzen müsse (act. 127 Rz 26 c). Die Bestimmung sage nicht, dass der Besteller das Werk vertieft prüfen müsse; vor der Erhebung einer Mängelrüge könne es der Besteller bei einer raschen und vergleichsweise einfachen Prüfung bewenden lassen. Die Mängelrüge verhindere einzig, dass das Werk als genehmigt gelte (act. 127 Rz 26 S. 18) und nach Eingang einer Mängelrüge könne der Unternehmer einfach untätig bleiben. b) Lehre und Rechtsprechung setzen sich eingehend mit der Mängelrüge als Obliegenheit auseinander. Die Mängelhaftung des Unternehmers wird aktuell nach Ablieferung des Werkes (Art. 367 Abs. 1 OR; Schmid/Stöckli/Krauskopf, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2016, Rz 1732). Den Besteller trifft die Obliegenheit, das abgelieferte Werk zu prüfen und den Unternehmer gemäss Art. 367 Abs. 1 OR über allfällige Mängel in Kenntnis zu setzen (Schmid/Stöckli/Krauskopf, a.a.O., Rz 1753; Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, Rz 167, Rz 597; Gauch, a.a.O., Rz 1324). Der Besteller muss in der Mängelrüge angeben, inwiefern das Werk mangelhaft ist, d.h. den vertraglich vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften nicht entspricht. Die Mängel müssen konkret benannt und möglichst genau bezeichnet, d.h. sachgerecht substantiiert werden. Die Mängelrüge muss allerdings nicht so detailliert und fachmännisch sein, dass der Unternehmer allein aufgrund einer Mängelanzeige die materielle Begründetheit der Rüge prüfen kann; sie muss lediglich die Wahrnehmung des Bestellers vermitteln. Es reicht aus,

- 34 - wenn der Unternehmer verstehen kann, worum es sich handelt, um den Mangel dann selber feststellen und gegebenenfalls nachbessern zu können (Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007, Rz 342). Seitens des Bestellers muss keine Ursachenforschung betrieben werden und die Rüge der äusseren Erscheinungsform genügt, selbst wenn der Besteller sachkundig ist (Gauch, a.a.O., Rz 2131). Zu schildern sind nur die Symptome, nicht aber die vermutete Fehlerquelle: "Die Feststellung der technischen Mängelursache bzw. die Gründe ihrer Entstehung ist Sache des Unternehmers" (Brändli, a.a.O., Rz 343). Unterbleibt eine Mängelrüge, so verwirken allfällige Gewährleistungsansprüche (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, 6. Auflage 2015, Rz 2 zu Art. 367); Art. 370 Abs. 2 OR enthält die gesetzliche Fiktion einer stillschweigenden Genehmigung (KuKo OR-Lehmann, N. 10 zu Art. 371). Unter dem Stichwort "ungerechtfertigte Mängelrüge" schreibt Gauch, a.a.O., Rz 2147a: "Rügt der Besteller einen Werkmangel, den das Werk des Unternehmers, an den sich die Rüge richtet, in Wirklichkeit nicht aufweist, so ist die Mängelrüge ungerechtfertigt. Wird der betreffende Unternehmer durch die ungerechtfertigte Mängelrüge geschädigt, indem er infolge der

Rüge z.B. zu aufwendigen Untersuchungen des Werkes schreitet, so hat er einen Anspruch auf Schadenersatz, falls der Besteller den gerügten Mangel wider besseres Wissen oder zumindest ohne plausiblen Anhaltspunkt für dessen Bestand geltend gemacht hat. Die Grundlage für diesen Schadenersatzanspruch bildet eine vorwerfbare Verletzung der vertraglichen Treuepflicht, die dem Besteller verbietet, ohne Rücksicht auf die Interessen des Unternehmers ungerechtfertigte Mängelrügen zu erheben. Eine derartige Vertragsverletzung liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn der Besteller es unterlassen hat, nach den Ursachen eines von ihm angenommenen Werkmangels zu forschen". c) Die Klägerin macht geltend, dass sie sich auf Art. 97 OR stütze, der die Verletzung von Nebenpflichten auch im Rahmen des Werkvertrags regle (act. 127 Rz 33 c). Gemäss Art. 97 OR wird das Verschulden vermutet und der Schuldner kann sich nur mit dem Beweis entlasten, dass er ohne Verschulden gehandelt hat. Der vom Gläubiger erfolgreich geführte Beweis eines Verstosses gegen (ob-

- 35 - jektive) Sorgfaltspflichten führt (u.a.) bei der Verletzung von Nebenpflichten wegen der Verobjektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabes dazu, dass der Exkulpationsbeweis regelmässig scheitert (KuKo OR-Thier, N. 20 zu Art. 97), wobei allerdings das Gesetz selber das Verschuldenskriterium teilweise modifiziert (KuKo OR-Tier, N. 21 zu Art. 97). Aus der zitierten Literaturstelle von Gauch ergibt sich tatsächlich nicht explizit, warum er die Haftung auf "wider besseres Wissen oder zumindest ohne plausiblen Anhaltspunkt" herabsetzt. Aus der Sicht der Kammer dürfte dies mit dem Verständnis von Art. 367 Abs. 1 OR zusammenhängen, wonach die Prüfung nur mit der nötigen Sorgfalt, d.h. mit der zumutbaren Aufmerksamkeit eines durchschnittlichen Abnehmers erfolgen muss und es im Hinblick auf Mängelrügen keiner Ursachenforschung bedarf (KuKo OR-Lehmann, N. 2 zu Art. 367; Gauch, a.a.O., Rz 2131, Rz 2120; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, 6. Aufl. 2015, N. 9 zu Art. 367, die darauf hinweisen, dass die gesetzliche Regelung auf der Vorstellung beruht, dass der Sachverstand beim Unternehmer liegt [a.a.O., N. 10]). Ist eine Rüge auch ohne letzte Gewissheit und ohne Kenntnis der Ursachen zulässig, sondern genügt nötige Aufmerksamkeit, so geht es nicht an, den Besteller für jegliches Verschulden haften zu lassen. d) Wie für die Klägerin ist es auch für die Kammer nicht nachvollziehbar, warum eine unberechtigte Mängelrüge gravierender sein soll als ein unberechtigtes Gewährleistungsersuchen, wie die Vorinstanz meint. Zwar ist der Unternehmer auch im Falle des Nachbesserungsersuchens nicht gezwungen, die Nachbesserung vorzunehmen, wenn er die von ihm hergestellte Sache nicht für mangelhaft hält, er kann aber auch nicht ohne Folgen einfach nichts tun. Daher hat die Frage der Mangelhaftigkeit bei der Nachbesserung eine unmittelbare Bedeutung, riskiert der Unternehmer doch bei Verweigerung der Nachbesserung den Verlust der Nachbesserungsmöglichkeit (vgl. Art. 169 SIA-Norm 118; Art. 368 OR). Die Nachbesserung ist für den Unternehmer regelmässig vorteilhafter als eine allfällige Ersatzvornahme durch einen Dritten auf seine Kosten, welche der Besteller bei Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Unternehmers auch ohne richterliche Ermächtigung vornehmen lassen kann (KuKo OR-Lehmann, N. 18 zu Art. 368). Aus dieser Sicht müssten die Konsequenzen für ein unberechtigtes Nachbesserungsersuchen allermindestens gleich sein wie für eine unberechtigte Mängelrüge.

- 36 - e) Eine andere Frage ist, ob den Besteller, der Nachbesserung verlangt, gegenüber dem Fall, dass er "lediglich" eine Mängelrüge erhebt, eine intensivere bzw. verschärfte Prüfungspflicht trifft. Im Gesetz ist diesbezüglich nichts erwähnt, und daher ist auch unklar,

was der Besteller tun muss, bevor er Nachbesserung verlangen darf. Nicht nur die Klägerin, sondern auch die Kammer hat diesbezüglich keine einschlägigen Entscheidungen und Literaturhinweise gefunden. Die Klägerin geht davon aus, dass es für die Kostenhaftung des Bestellers, der Nachbesserung verlangt, einzig darauf ankommt, ob es sich bei dem, was er nachgebessert haben will, um einen Mangel im Rechtssinn handelt. Dazu führt sie aus: Halte der Besteller einen Befund mit Recht für einen Mangel, so schulde der Unternehmer den Aufwand der Untersuchung. Die Obliegenheit des Bestellers erhalte jedoch dann praktische Bedeutung, wenn er einen Befund zu Unrecht für einen Mangel halte und vom Unternehmer Gewährleistung verlange, denn der Unternehmer schulde keine Untersuchung eines Befundes, der kein Mangel sei (act. 127 Rz 26 c) S. 18 unten). Untersuche der Unternehmer trotzdem, so tut er etwas, was Sache des Bestellers wäre und daher im Werklohn des Unternehmers nicht enthalten sei (act. 127 Rz 26 c) S. 19). Fordere der Besteller vom Unternehmer Gewährleistung ohne Untersuchung, ob der gerügte Befund tatsächlich ein Mangel sei, so gehe er das Risiko ein, dass der Unternehmer mit seiner Prüfung eine nicht geschuldete Leistung erbringe. Der Unternehmer, der auf Gewährleistung in Anspruch genommen werde und die Ursache des Befundes nicht kenne und also nicht wisse, ob der gerügte Befund ein Mangel sei, habe faktisch keine andere Wahl, als das Werk zu untersuchen, was mit Kosten verbunden sei. Gebe es dann letztlich keinen Mangel, so habe der Unternehmer eine Leistung erbracht, die gemäss Werkvertrag Sache des Bestellers gewesen wäre, was dieser zu entschädigen habe (act. 127 Rz 26 c) S. 19). In diesem Zusammenhang führt die Klägerin weiter aus (act. 127 Rz 61 c) und d) S. 46 f.): "[Das Nachbesserungsverlangen] ist die Aufforderung des Bestellers an den Unternehmer, den gerügten angeblichen Mangel zu beheben und dadurch das Werk vertragskonform zu machen. Ist das Nachbesserungsverlangen berechtigt, erlaubt der Werkvertrag dem Unternehmer nicht, das Nachbesserungsverlangen nur zur Kenntnis und zu den Akten zu legen und abzuwarten, was der Besteller im weiteren erklärt und

- 37 - verlangt. Der Unternehmer muss vielmehr die Nachbesserung ausführen. Ist das Nachbesserungsverlangen offensichtlich berechtigt, gibt es keine Zweifel an der Nachbesserungspflicht. Der Unternehmer muss alsdann alles tun, was zur Mängelbehebung notwendig ist, also eventuell auch die Prüfung der genauen Natur des Mangels. Ist das Nachbesserungsverlangen nicht offensichtlich berechtigt, steht nur der Befund fest, den der Besteller als Mangel bezeichnet. Es steht aber eben nicht fest, ob der Befund ein Mangel und der Unternehmer daher zu Nachbesserung verpflichtet ist. Es muss dann geprüft werden, ob der Befund ein Mangel ist. Artikel 367 Absatz 1 OR ändert daran nichts [...]. Diese Bestimmung macht die Prüfung des Werks und also auch die Kosten der Prüfung des Werks zur Sache des Bestellers und verpflichtet ihn zur Rüge eventueller Mängel. Die Rechtsprechung verlangt für eventuelle Rügen keine umfangreiche Prüfung durch Sachverständige, sondern nur eine rasche und einfache Prüfung des Bestellers selbst mit eventuell anschliessender Rüge – auf dass der Unternehmer rasch Klarheit hat, ob der Besteller das Werk jedenfalls insofern annimmt. Doch erschöpft sich die Prüfungspflicht des Bestellers mit der raschen einfachen Prüfung und eventuellen Rüge gemäss Art. 367 OR keineswegs. Die Prüfungspflicht geht weiter, wenn der Besteller vom Unternehmer Gewährleistung verlangen will. Dann umfasst sie eine Pflicht zur vertieften und gegebenenfalls auch sachverständigen Prüfung. Das zeigt sich spätestens dann, wenn der Besteller und der Unternehmer vor Gericht darüber streiten, ob ein Befund des Bestellers ein Mangel ist. Es ist dann Sache des Bestellers, dem Gericht den als Mangel gerügten Befund zu beweisen. Wenn der Besteller ohne eine eigene vertiefte und

gegebenenfalls auch sachverständige Prüfung Nachbesserung verlangt, nimmt er in Kauf, dass der gerügte Befund kein Mangel im Rechtssinn ist, der Unternehmer also gar nicht nachbesserungspflichtig ist. Ebenso nimmt er in Kauf, dass der tatsächlich nicht nachbesserungspflichtige Unternehmer zur Klärung des gerügten Befunds und dessen Ursache vorab das Werk mit Aufwand untersucht – um letztlich zu finden, dass der Befund kein Mangel im Rechtssinn und er nicht nachbesserungspflichtig ist. In diesem Fall hat er auf Aufforderung des Bestellers hin einen Aufwand betrieben, den der Besteller gemäss Werkvertrag selbst hätte tragen

- 38 - müssen, so dass der Besteller eben gemäss Werkvertrag dem Unternehmer den Aufwand seiner Prüfung erstatten muss". f) Die von der Klägerin namhaft gemachte (gegenüber der Mängelrüge vertiefte) Prüfungspflicht vor Stellung des Nachbesserungsbegehrens ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Gesetz, und nach Ansicht der Kammer trifft dieses Verständnis der Bestellerpflichten auch nicht zu. Wollte man im Sinne der Klägerin dennoch von einer solchen Pflicht des Bestellers ausgehen, dann hätte der Besteller die vom Unternehmer im Zusammenhang mit dem Nachbesserungsersuchen geleisteten Aufwendungen allenfalls zu ersetzen, wenn sich im nachhinein herausstellt, dass die Prüfung nicht genau und intensiv genug war. Das scheint aber nicht das zu sein, was die Klägerin meint, weil es nach ihren Ausführungen nicht auf die Qualität der Prüfung als solche, sondern auf das Vorliegen eines Mangels ankommt. Verantworten müsste der Besteller damit deshalb nicht die Unterlassung der Prüfung als solche, weil die Intensität der vorgängigen Prüfung die Mangelhaftigkeit des Werkes nicht beeinflusst, sondern die Tatsache, dass dem Unternehmer wegen eines letztlich unberechtigten Gewährleistungsersuchens unnötiger Aufwand erwachsen ist. g) Eine andere Frage ist, ob und inwieweit der Unternehmer angesichts eines gestellten Gewährleistungsbegehrens das Werk prüfen muss. Aufgrund des Vertrages war der Unternehmer zur Ablieferung eines mängelfreien Werkes verpflichtet. Wird dies mit der nötigen Genauigkeit und Bestimmtheit bestritten und Nachbesserung verlangt, so muss er selber entscheiden, ob er prüft und welchen Aufwand er für die Prüfung leisten will. Als Ersteller des Werkes musste er dieses ja schon vor der Übergabe an den Besteller auf seine Mängelfreiheit hin prüfen und es ist sehr wohl denkbar, dass er schon aufgrund dieser bereits durchgeführten Prüfung beurteilen kann, ob es den geltend gemachten Mangel gibt oder nicht. Verweigert der Unternehmer auf ein entsprechendes Ersuchen hin – mit oder ohne Grund – die Nachbesserung, entsteht ihm kein Aufwand, und der Besteller kann den behaupteten Nachbesserungsanspruch anderweitig verfolgen bzw. klageweise durchsetzen oder anderweitig Abhilfe (Minderung, Wandelung) verlangen. Leistet der Unternehmer einem Nachbesserungsersuchen Folge, so ist

- 39 - davon auszugehen, dass die damit verbundenen Aufwendungen zu seinen eigenen Lasten gehen, weil er auch aus seiner Sicht als Hersteller des gerügten (und von ihm als mängelfrei übergebenen) Werkes das Nachbesserungsersuchen für gerechtfertigt hält. Erscheint ihm das Nachbesserungsersuchen zweifelhaft und kann er sich nicht ohne Weiteres für oder gegen die Nachbesserung entscheiden, so ist es ihm frei gestellt, wie er vorgehen will. Verschafft er sich mit zusätzlichem Prüfungsaufwand Klarheit und entscheidet er sich danach aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse für die Nachbesserung, so hat er die damit verbundenen Kosten zu tragen. Findet er hingegen nach zusätzlicher Prüfung, dass er die Nachbesserung nicht leisten will und muss, so muss er ebenfalls für die Prüfungskosten aufkommen, und zwar deshalb, weil er sich bereits im Zusammenhang

mit der Übergabe Klarheit über die Mängelfreiheit hätte verschaffen müssen. Hat er dies nicht vor der Ablieferung getan und die Mängelfreiheit nicht überprüft, holt er etwas nach, was er schon früher hätte tun müssen und er kann sich deshalb auch nicht beim Besteller schadlos halten. Der Unternehmer ist der Fachmann, der im Rahmen des Werkvertrages sachkundig tätig wird. Er hat gegenüber dem Besteller in aller Regel einen Fachwissensvorsprung. Dazu kommt, dass er infolge der Herstellung des Werkes dieses kennt, weiss, wie es gefertigt wurde bzw. wie es zustande gekommen ist, wo es bei der Herstellung allenfalls Probleme gegeben hat etc. und hat daher nicht nur einen allgemeinen fachlichen, sondern auch einen konkreten Wissensvorsprung, der ihm bei der Klärung allfälliger Mängelursachen zugute kommt. Der Besteller ist hingegen häufig – anders als hier – ein Laie und war jedenfalls an der Herstellung nicht beteiligt. Zusammengefasst heisst das: Nach Auffassung der Klägerin tut der prüfende Unternehmer etwas, was er nicht schuldet (so dass er dafür entschädigt werden muss), während er nach Auffassung der Kammer auf das Nachbesserungsersuchen hin das tut, was er bereits vor der Übergabe hätte tun müssen (so dass er keine zusätzliche Entschädigung beanspruchen kann). h) Die vorstehend dargestellte Ansicht der Kammer kann allerdings dann nicht befriedigen, wenn es nicht ausschliesslich um das Werk als solches geht, sondern wenn Faktoren hinzukommen, die der Unternehmer nicht kennt und

- 40 - auch nicht kennen muss bzw. kann. Die Klägerin weist in der Berufung (act. 127 Rz 26 a) wie bereits vor Vorinstanz auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshof vom 23. Januar 2008 hin (VIII ZR 246/06/NJW 2008, S. 1147). Nach ihrer Ansicht ist dieser Entscheid der einzige auffindbare Beleg für die von ihr vertretene Ansicht, dass der Käufer (hier: Besteller) dem Verkäufer (hier: Unternehmer) für die Kosten des unberechtigten Nachbesserungsersuchens haftet. Nach dem BGH kann der Verkäufer den Käufer haftbar machen, wenn er unberechtigterweise Mangelbeseitigung verlangt hat und sich herausstellt, dass die Kaufsache (hier: eine elektrische Rufanlage) keinen Sachmangel aufweist. Zwar haftete der Käufer – so der BGH – für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung nicht, werde in gerichtlichen Auseinandersetzungen jedoch mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen belastet. Die Frage, ob dies auch bei aussergerichtlicher Geltendmachung nicht bestehender Forderungen gelte, werde nicht einheitlich beantwortet. Der BGH habe entschieden, dass ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen eine zu Schadenersatz verpflichtende Vertragsverletzung sei, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt habe, dass die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem Verantwortungsbereich liege (Hervorhebung durch die Kammer). In Rz 12 des BGH-Entscheidunges heisst es wörtlich: "Nach Ansicht des Senats stellt jedenfalls ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 I BGB eine zum Schadenersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Kläger erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt [...]" (Hervorhebung durch die Kammer). Für den Käufer liegt es auf der Hand, dass von ihm geforderte Mangelbeseitigungsarbeiten auf Seiten des Verkäufers einen nicht unerheblichen Kostenaufwand verursachen können. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordert deshalb, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen" (Hervorhebung durch die Kammer). Und weiter a.a.O. in Rz 13: "Eine solche Verpflichtung hat entgegen

der Auffassung der Revision nicht

- 41 - zur Folge, dass Käufer ihr Recht, Mängelbeseitigung zu verlangen, so vorsichtig ausüben müssten, dass ihre Mängelrechte dadurch entwertet würden. Der Käufer braucht nicht vorab zu klären und festzustellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Sachmangels ist (vgl. Malotki, BauR 1998, 682, 688). Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkaufs zuzuordnen ist (Hervorhebung durch die Kammer). Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der den Käufer treffenden Prüfungspflicht um den Ausschluss von Ursachen in seinem Einflussbereich geht, kommt es entgegen der Auffassung der Revision auf besondere, die Kaufsache betreffende Fachkenntnisse nicht an, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt [...]. i) Unabhängig davon, dass der BGH-Entscheid die Gewährleistung im Kaufrecht betrifft und als Entscheid eines deutschen Gerichts aufgrund von deutschem Recht nur sehr indirekt Beachtung finden kann, spricht er zudem auch nicht für die Ansicht der Klägerin, dass der Besteller (im deutschen Entscheid: der Käufer) die Kosten der Prüfung im Hinblick auf das Nachbesserungsersuchen – wenn sich dieses als unberechtigt erweist – tragen müsse, im Gegenteil. Ganz offensichtlich geht es im zitierten Entscheid darum, dass die verkaufte Anlage nur deshalb nicht funktionierte, weil der Käufer bzw. das bei ihm tätige Pflegepersonal die Störung durch Vornahme von Einstellungen selber verursacht hatte, so dass sie auf Ursachen im eigenen Verantwortungsbereich des Käufers zurückging. Dem BGH-Entscheid kann also höchstens entnommen werden, dass der Käufer (Besteller) vor dem Gewährleistungsersuchen prüfen muss, ob die aufgetretenen Mängel durch ihn selber oder durch Umstände in seinem Einflussbereich (mit-) verursacht wurden, so dass der Unternehmer sie nicht kennen und sie bei seiner Überlegungen zur Mängelfreiheit des Werkes auch nicht berücksichtigen kann und muss. Dass im vorliegenden Fall die zur Diskussion stehenden Mängel auf die Beklagte zurückzuführen sind, wird nicht behauptet.

- 42 - k) Nicht unproblematisch ist die Situation, wenn es, wie hier, um Nachbesserungen geht, die nicht unmittelbar nach der Ablieferung verlangt werden, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt. Die Klägerin hat im vorliegenden Fall ausgeführt, dass der Riss im Mittelblech des Binders Nr. 15 erst ungefähr zwei Jahre nach der Ablieferung, wahrscheinlich im kalten Januar 2010 entstanden sei, wovon auch die Beklagte ausgeht (act. 127 Rz 58 b). Es kann sich somit um einen versteckten Mangel handeln, es können aber im Laufe der Zeit auch Faktoren hinzukommen, die mit dem Status nach der Herstellung nichts zu tun haben. Die Klägerin hat in der Berufung unter Hinweis auf Gauch (a.a.O., Rz 1451) denn auch geltend gemacht, dass es nicht Sache der Unternehmerin sei, ein abgeliefertes Werk gebrauchstauglich zu erhalten (act. 127 Rz 58 a). Abgesehen vom gerügten Verstoss gegen die Verhandlungsmaxime hat die Klägerin im vorliegenden Fall keine konkretisierten Anhaltspunkte gegeben, ob und inwieweit zusätzliche Ursachen aus dem Einflussbereich der Beklagten mitgewirkt haben könnten, die von der Beklagten zu vertreten wären, so dass der soeben erörterte Entscheid des BGH nicht einschlägig sein kann. Und um auf die von der Klägerin kritisierte Äusserung von Gauch (a.a.O., Rz 2147 a) zurückzukommen: Unbefriedigend wäre es selbstverständlich auch, wenn bei treuwidrigem Nachbesserungsverlangen des Bestellers der Unternehmer die Kosten tragen müsste

(Gauch, a.a.O., N. 1320 mit Hinweis auf BGer 4A\_494/2010 E. 4.1; KuKo OR-Thier, N. 15 zu Art. 97), sodass diesfalls vom Grundsatz der Kostentragung durch den Unternehmer abgewichen werden kann, ja sogar muss. Ob es noch weitere Ausnahmen gibt, ist hier nicht zu erörtern. l) Der Ansicht der Klägerin, dass es bei Stellung eines Gewährleistungsverlangens – zusätzlich zur schnellen, einfachen Prüfung mit Blick auf die Mängelrückgründe – eine vertiefte Prüfungspflicht des Bestellers gibt (so die Klägerin in act. 127 Rz 61 d) und dass der Besteller für einen Befund nur dann "gefahrlos" Gewährleistung verlangen kann, wenn am Vorhandensein eines (rechtlichen) Mangels praktisch keine Zweifel mehr besteht bzw. dieser bewiesen ist (zum Problem des aussergerichtlich zu erbringenden Beweises vgl. E. III./1./m), trifft nach dem Gesagten nicht zu. Der Klägerin ist umso weniger zuzustimmen, wenn sie meint,

- 43 - dass der Besteller vor Stellung des Nachbesserungsersuchens Sachverständigengutachten einholen müsse ("Pflicht zur vertieften und gegebenenfalls auch sachverständigen Prüfung" [act. 127 Rz 54 a), Rz 61 d])), ganz abgesehen davon, dass sich – wie andernorts erwähnt – mit einer sachverständigen Klärung, welche durch nur eine der Vertragsparteien veranlasst wird – in der Regel ohnehin nichts erreichen lässt (vgl. III./1.m) Ist ein Nachbesserungsersuchen gestellt und der Unternehmer lehnt (unmittelbar oder auch in einem späteren Stadium) die Nachbesserung ab, weil es aus seiner Sicht nichts (mehr) zu beheben gibt – so muss der Besteller klagen, ausser er nehme die Ersatzvornahme selber vor (vgl. Gauch, a.a.O., Rz 887 m.w.H.). Klagt der Besteller – und das ist die Regel – so hat er nach h.A. die Mangelhaftigkeit des Werkes zu beweisen (vgl. z.B. Gauch, a.a.O., Rz 1507 m.w.H.; zu SIA-Norm 118 vgl. Art. 174 Abs. 3 vgl. Rz 2696). Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob die Beweislast gleich bleibt, wenn ausnahmsweise der Unternehmer klagt und geltend macht, von ihm im Zusammenhang mit der Nachbesserung erbrachten Leistungen seien letztlich vom Besteller zu tragen. Im Zusammenhang mit dem Werkvertragsrecht finden sich diesbezüglich keine Ausführungen, hingegen finden sich andernorts durchaus vergleichbare Konstellationen. Zu nennen ist etwa die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG – eine Leistungsklage und damit aus der gleichen Kategorie wie die vorliegende Klage –, bei der der (ehemalige) Schuldner unter Betreibungsdruck bezahlt hat. Dabei trägt der Schuldner die Beweislast für die Tatsache, dass er das, was er bezahlt hat, nicht aus freien Stücken geleistet hat (BSK SchKG I-Bodmer/Bangert, 2. Auflage 2010, N. 23 zu Art. 86). Obwohl es bei der Klage des Bestellers und der "Rückforderungsklage" des Unternehmers in beiden Fällen letztlich um die finanziellen Folgen des Vorhandenseins von Mängeln geht, muss gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast hier den Unternehmer treffen. m) Die (vorstehend verworfene) Ansicht der Klägerin, der Besteller müsse dem Unternehmer die Mängel des Werkes, gegebenenfalls mit Sachverständigen, nachweisen, führt zu einer weiteren Überlegung, die auch die Beklagte anspricht, wenn sie in act. 39 Rz 4.8 ausführt: "Der «Beweis» eines Mangels kann nie aus-

- 44 - serprozessual, sondern immer erst in einem Gerichtsverfahren erfolgen; nur ein Gericht kann entscheiden, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht". Die Klägerin und die Beklagte, die beide intern über eigenes Fachwissen verfügten, haben je eine Anzahl Personen und Unternehmungen mit Prüfungsaufgaben betraut. Das hat beträchtliche Kosten verursacht, vermag jedoch keinen Beweis zu erbringen, ausser die jeweilige Gegenpartei würde – wegen der Überzeugungskraft der Argumentation – die Ergebnisse aussergerichtlich "anerkennen". Eine Möglichkeit wäre es gewesen, einen (oder mehrere)

Schiedsgutachter zu bestimmen, was seinen (ihren) Feststellungen bei gegebenen Voraussetzungen Verbindlichkeit für ein später erkennendes Gericht und für die Parteien gegeben hätte (KuKo ZPO- Schmid, 2. Auflage 2014, N. 1 ff. zu Art. 189). Das haben die Parteien aber nicht getan und jede Partei hat selber Fachleute/Sachverständige mit Untersuchungen beauftragt. Das hat trotz der hohen Kosten nicht dazu geführt, dass die Prüfungsergebnisse von der Gegenpartei anerkannt wurden bzw. anerkannt werden mussten und dass dadurch ein gerichtliches Beweisverfahren im späteren Prozess entbehrlich geworden wäre. Sachverständige beizuziehen, ist jedenfalls keine Pflicht und sie können praktisch nur dort hilfreich sein, wo es um die Grundlagen für die eigene Entscheidungsfindung der beziehenden Partei geht. Auch für den nachfolgenden Prozess sind Prüfungsergebnisse einseitig mandatierter Sachverständiger bzw. Fachleute nicht beweistauglich (vgl. allerdings Art. 367 Abs. 2 OR zu behördlich eingesetzten Sachverständigen und Art. 158 ZPO zur vorsorglichen Beweissicherung). Parteigutachten können von der Gegenpartei angezweifelt werden, was an der Tagesordnung ist, und zwar nur schon deshalb, weil ihre Unabhängigkeit durchaus zweifelhaft sein kann, und weil auch nicht transparent ist, wie die den Beauftragten erteilten Aufträge lauten (KuKo ZPO-Schmid, 2. Auflage 2014, N. 18 zu Art. 183). Bestenfalls überzeugen sie wegen der fachlichen Qualifikation des Sachverständigen und der Überzeugungskraft seiner Argumentation (BGer 4A\_193/2008 E. 4.1; vgl. auch Gauch, a.a.O., Rz 1515). Soll festgestellt werden, ob (rechtlich erhebliche) Mängel bestehen, so bedarf es – eine stets mögliche aussergerichtliche Einigung vorbehalten – eines unabhängigen, gerichtlich ernannten Sachverständigen und eines Richter- spruchs, der aufgrund eines Beweisverfahrens verbindlich das Vorliegen eines

- 45 - Mangels bejaht oder verneint. Haben die privat veranlassten Prüfungsergebnisse auch in einem nachfolgenden Zivilprozess keinen höheren Wert als eine Behauptung der sie einbringenden Partei (KuKo ZPO-Schmid, 2. Auflage 2014, N. 18 zu Art. 183), so ist höchst diskutabel, dass solche Kosten bei der Gegenpartei ein- bzw. zurückgefordert werden können, weil damit im Verhältnis zur Gegenpartei nichts (verbindlich) geklärt bzw. nachgewiesen werden kann (zur Geltendmachung als Mangelfolgeschaden in einem späteren Zivilprozess vgl. KuKo OR- Lehmann, N. 10 zu Art. 367 m.H.a. BGE 126 III 388 E. 10b, wobei es im BGE um die Expertentätigkeit gemäss Art. 367 Abs. 2 eines gerichtlich eingesetzten Sachverständigen ging). n) Diese vorstehenden Erwägungen bezüglich des Wertes von Sachverständigen, die von den Parteien eingesetzt werden, wirken sich auch in anderem Zusammenhang aus:

- Da ist einmal die Behauptung der Klägerin bei der Anwendung von Art. 62 OR, wo sie eine Bereicherung der Beklagten (Bestellerin) darin sieht, dass "der Besteller durch die Erkenntnis aus der Werkprüfung bereichert worden ist" (act. 127 Rz 13 b). Angesichts der soeben aufgezeigten Bedeutung von Erkenntnissen aus sachverständigen Berichten/Gutachten der Gegenseite ist damit regelmässig keine bereichernde Erkenntnis verbunden.
- Wenn die Klägerin geltend macht, sie habe der Beklagten spätestens am 10. Mai 2010 bewiesen, dass das Dach gebrauchstauglich und tragsicher sei, hat sie dies getan mit ihrer eigenen Zusicherung (A. \_\_\_\_\_ GU AG), mit den Zusicherungen der E. \_\_\_\_\_ AG, der Planerin des Stadions und des Daches (act. 127 Rz 21 b, act. 39 Rz 2.10), und umstritten, ob auch Subunternehmerin der Klägerin [vgl. act. 34 Rz 1.14; 1.18; act. 68 Rz 199; vgl. auch act. 127 Rz 88 b]), sowie mit drei von ihr selber beauftragten Sachverständigen (Prof. F. \_\_\_\_\_, Prof. AJ. \_\_\_\_\_, Dr. AK. \_\_\_\_\_) (vgl. act. 2 Rz 170). Dass weder mit eigenen Beteuerungen noch mit Beteuerungen von eigenen Sachverständigen Beweis erbracht werden konnte, leuchtet sofort

- 46 - ein. Allerdings ist die Erklärung vom 10. Mai 2010 auch nicht wirkungslos, wie zu zeigen sein wird (E. III./3./c), d) h. o) Kontrovers ist weiter, wie es sich mit dem Verdacht des Mangels verhält. Die Vorinstanz hat die Ansicht von Gauch (a.a.O., Rz 1424) übernommen und erwähnt, dass – stehe die gefahrstiftende Beschaffenheit eines Werkes zwar nicht mit Sicherheit fest, lasse sich diese aber auch nicht ausschliessen und bestehe der begründete Verdacht einer gesundheits- oder lebensgefährdenden Beschaffenheit – die Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs für die Annahme eines Mangels ausreichen könne. Die Klägerin hält dem entgegen, dass höchstens die objektiv fehlende Sicherheit des Bauwerkes ein Werkmangel sein könne, nicht aber die subjektive Unsicherheit des Bestellers oder eines Dritten (act. 129 Rz 27, Rz 55). Die Anerkennung der (subjektiven) "Unsicherheit als Mangel" würde zu einem wesentlichen anderen Mangelbegriff und zu einer radikalen Beweislastumkehr führen. Auch wenn der Ansicht der Vorinstanz gefolgt würde, würde dies nicht bedeuten, dass die Kosten definitiv dem Unternehmer belasten werden könnten, wenn sich später der Verdacht als unberechtigt erweisen würde (act. 129 Rz 55). p) Die Kammer stimmt mit der Klägerin darin überein (act. 129 Rz 55), dass der rein subjektive Mangel, verstanden als die Besorgnis eines allenfalls überängstlichen Bestellers, nicht ausreicht. Gauch (a.a.O., Rz 1424) verlangt denn ja auch explizit eine gefahrstiftende Beschaffenheit des Werkes, was mehr ist als eine subjektive Unsicherheit. A.a.O. schreibt Gauch: "Allerdings muss es sich um eine begründete Gefahr-Besorgnis handeln (um einen Gefahrverdacht, der sich auf nachweislich tatsächliche Risikoelemente stützt), weshalb haltlose Befürchtungen irrelevant sind". Dass sich der Verdacht einer gefährlichen Beschaffenheit auf gewisse objektive Anhaltspunkte stützen muss, ist damit klar vorausgesetzt. Im Moment der Mängelrüge bzw. dem Nachbesserungsverlangen muss letztlich aber auch beim "Mangel der Ungewissheit" gelten, was vorstehend dargelegt wurde: Es liegt am Unternehmer zu entscheiden, was er vorkehren will. Geht er aufgrund seines Kenntnisstandes davon aus, dass es sich um eine unbegründete Besorgnis des Bestellers handelt, wird er nichts prüfen und dem Besteller das

- 47 - weitere Vorgehen überlassen. Ist dem Unternehmer klar, dass das Nachbesserungsverlangen (sei es mit Blick auf die Installation von zusätzlicher Sicherheit, sei es mit Blick auf das Erfordernis zusätzlicher eigener oder fachkundiger Abklärungen) berechtigt ist, so wird er das Erforderliche vorkehren und die Kosten dafür tragen (müssen). Ist auch der Unternehmer selber unsicher, so gilt auch hier, dass der Aufwand, welchen er zur Klärung der Situation betreibt – unter Vorbehalt der vorne besonders erwähnten Fälle – zu seinen Lasten geht. Klarzustellen ist auch, dass – wenn im Nachhinein die erforderliche Sicherheit erlangt wird – die Kosten nicht ohne weiteres dem Besteller angelastet werden können, weil es in dieser Konstellation nicht auf die nachträgliche Sicherheit ankommen kann. q) In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die objektiv bestehende Unsicherheit über eine drohende Gefahr nicht bloss das Problem des Bestellers und des Mängelrechts ist. Eine allfällige gesundheits- bzw. lebensgefährdende Beschaffenheit eines (Bau-)Werkes ist nämlich auch und mindestens ebenso sehr das Problem des Unternehmers. Zu erinnern ist an Art. 221 StGB, welcher fahrlässige bzw. vorsätzliche Verletzungen der Regeln der Baukunst unter Strafe stellt. Weiter ist evident, dass ein Bauunternehmer – wenn ein von ihm erstelltes Werk schlimmstenfalls sogar Personenschäden verursacht – selber mit Schadenersatzansprüchen der Geschädigten konfrontiert wird, so dass für ihn erheblich mehr auf dem Spiel stehen kann als der jedenfalls unvermeidliche Reputationsschaden. Untersucht und prüft der Unternehmer in einer unklaren Situation mit Gefahrenpotential, so tut er dies letztlich auch für sich selbst.

Wäre, wie die Klägerin meint, die Bestellerin zur Kostentragung heranzuziehen, so würde sich jedenfalls in der vorliegenden Situation die unlösbare Frage stellen, ob nun der Unternehmer vorwiegend für sich oder auch für sich untersucht hat und ob er dennoch die Kosten abwälzen kann. r) Um auf die Bestreitung der Klägerin zurückzukommen: Ob es den "Mangel der Unsicherheit" – ausser bei Gauch (a.a.O., Rz 1424) – überhaupt gibt und ob er im vorliegenden Fall bestanden hat, muss nicht geklärt werden, weil sich die Kammer bei ihrem Entscheid auf andere Argumente abstützt als die Vorinstanz. Dass die Beklagte ohne Anlass Nachbesserung, d.h. Klärung und Sicherung ver-

- 48 - langt hätte, ist angesichts der Probleme, insbesondere des Risses im Binder Nr. 15, dessen Ursache unbekannt war/ist (act. 127 Rz 69 a, b), offensichtlich nicht der Fall. 2. Massgebliche Rechtsgrundlagen a) Kontrovers ist auch die Frage, ob sich die Klägerin für den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Schaden neben dem TU-Vertrag (und den daraus folgenden Nebenpflichten) noch auf weitere Rechtsgrundlagen stützen kann. Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, dass Bereicherungsansprüche und Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag ausscheiden würden, wenn eine vertragliche Grundlage bestehe (vgl. act. 129 S. 12, S. 23, S. 39, 51). Die Klägerin hat schon im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass der Besteller bereichert werde, wenn er eine Leistung erhalte, die sonst nur gegen Vergütung erhältlich sei (act. 68 Rz 348). Die Klägerin wiederholt in der Berufung, dass – sollte sie tatsächlich keinen vertraglichen Erstattungsanspruch haben – sie dann einen nicht-vertraglichen Anspruch haben könne. Sofern die Kammer zum Ergebnis kommen sollte, dass die Klägerin vertraglich nicht berechtigt sei, so seien Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus Geschäftsführung ohne Auftrag keineswegs ausgeschlossen (act. 127 Rz 81 b), Rz 35 b). b) Was die angerufene Geschäftsführung ohne Auftrag anbelangt, soll diese zwischen dem Interesse des Geschäftsherrn an Nichteinmischung und dem Kompensationsinteresse des altruistisch Handelnden ausgleichen (KuKo OR-Weber, N. 1 zu Art. 419-424). Mit der Geschäftsführung werden fremde und keine eigenen Angelegenheiten besorgt, wobei untergeordnet mitwirkende Eigeninteressen zulässig sind (KuKo OR-Weber, N. 1 zu Art. 419). Vorausgesetzt ist unter anderem, dass die Geschäftsführung aus objektivierter Sicht des Geschäftsführers geboten ist, wobei ein tatsächlich geäussertes Wille des Geschäftsherrn dem vermeintlich objektivierten Interesse vorgeht. Weiter ist vorausgesetzt, dass der Geschäftsherr das Geschäft nicht selber besorgen kann (KuKo OR-Weber, N. 6 - 8 zu Art. 419). Der letztgenannte Grund ist für die Kammer der offensichtlichste, weil nicht behauptet und nicht ersichtlich ist, warum die Klägerin veranlasst gewesen sein sollte, für die Beklagte zu handeln, war diese doch selber in der Lage, tä-

- 49 - tig zu werden (und hatte ausserdem ja auch eigene Experten eingesetzt). Warum die Klägerin das Problem, das sie nach eigenem Bekunden nicht für ein Problem hielt, für die Beklagte kostenpflichtig hätte regeln sollen, ist für die Kammer nicht nachvollziehbar. Weiter ist daran zu erinnern, dass die Klägerin – wenn es denn entgegen ihrem Bekunden eben doch ein (wirkliches) Problem gab – durchaus auch Veranlassung zur Prüfung für sich selber hatte, jedenfalls soweit sie wegen Verletzung der Regeln der Baukunst und der damit im Zusammenhang stehenden zivilrechtlichen Folgen hätte belangt werden können, so dass es sich nicht nur um untergeordnete Eigeninteressen gehandelt haben dürfte. Schliesslich ist nicht ersichtlich, warum die Treuepflicht gegenüber der Beklagten, deren wohlverstandene Interessen die Klägerin wahrnehmen müssen, die Untersuchungen imperativ verlangt

habe (act. 127 Rz 39), zumal die Beklagte unentgeltliche Nachbesserung verlangte und die Klägerin diese entgeltlich vorzunehmen gedachte. Oder anders und kurz gesagt: Entweder gab es ein Problem und dann handelte die Klägerin auch für sich, oder es gab kein Problem und dann ist auch nicht ersichtlich, warum die wohlverstandenen Interessen der Beklagten umfangreiche und kostspielige Vorkehrungen erfordert hatten, die ihr nachher in Rechnung gestellt werden sollten. c) Für die Klägerin als sachkundig(er)e Unternehmerin muss die Sachlage nach Auftreten des Risses mindestens ebenso klar (oder unklar) gewesen sein wie für die Beklagte als Bestellerin, auch wenn dieser ebenfalls Expertenwissen zur Verfügung stand. Damit stellt sich die Frage, warum die Beklagte als Bestellerin hätte klüger und informierter sein müssen als die Klägerin, die das Bauwerk erstellt hat. Aus der Sicht der Kammer ist nicht ersichtlich, was die Beklagte mehr an Ressourcen gehabt haben könnte und müsste als die Klägerin. Wäre es so einfach gewesen, die Situation und die Konsequenzen abschätzen zu können, so würde sich der Vorwurf eher gegen die Klägerin richten, nämlich dass sie auf ein völlig unnötiges und übersteigertes Ansinnen der Beklagten gelassen hätte reagieren und ihr die Tragfähigkeit und damit die Gebrauchstauglichkeit des Stadionsdaches hätte bestätigen und allenfalls rechtliche Schritte der Beklagten hätte abwarten können. Der Grund für die soeben aus act. 127 Rz 24 a) wiedergegebene Behauptung, dass die Klägerin die Verlangen der Beklagten nicht habe ignorieren

- 50 - können, sondern im wohlverstandenen Interesse habe abklären müssen, wird weder erklärt noch belegt. Die Beklagte weist denn auch darauf hin, dass die Klägerin in keiner Art und Weise dardue, aus welchen Gründen sie derart viel Geld in die Prüfung der gerügten Mängel investieren musste, obwohl angeblich so offensichtliche Nicht-Mängel vorgelegen haben sollen, so dass die Beklagte diese gar nicht hätte rügen dürfen (act. 76 Rz 24). d) Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR kann derjenige, der eine Nichtschuld freiwillig bezahlt hat, das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er sich über die Schulpflicht in einem Irrtum befunden hat (Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, 10. Auflage, Zürich 2010, Band I, Rz 1528), d.h. wenn er sich zu Unrecht vorstellte, dass die Schuld bestehe (a.a.O., Rz 1533). Schon bei Zweifeln über den Bestand der Schuld ist ein Irrtum und damit auch der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen (a.a.O., Rz 1535: "venire contra factum proprium"; BSK OR I-Schulin, 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 63). Nur wenn unter einem Vorbehalt geleistet wird, kann der Bereicherungsanspruch trotz irrtumsfreier Leistung geltend gemacht werden (Gauch/Schluop/Schmid, a.a.O., Rz 1535 m.w.H.). Nach Ingeborg Schwenzer (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, Rz 59.11) kann es eine Konkurrenz zwischen Bereicherungsansprüchen in Form einer Leistungskondition und vertraglichen Ansprüchen nicht geben, wohl aber bei einer Eingriffskondition (vgl. auch BSK OR I-Schulin, 6. Aufl. 2015, N. 38 und 38 a). Eine im Rahmen eines Vertragsverhältnisses irrtümlich erbrachte, nicht vertraglich geschuldete Leistung kann daher via Bereicherungsrecht zurück verlangt werden (BSK OR I-Schulin, 6. Auflage 2015, Rz 31 zu Art. 63; vgl. BGE 133 III 356 E. 3.2.1: "Wer ohne jeglichen Vorbehalt in [vermeintlicher] Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich geschuldete, kann die Differenz nach wie vor nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern [...]"). Was die Bereicherung anbelangt wird nach dem Vorstehenden ein Irrtum des Leistenden vorausgesetzt, nach h.A. entfällt der Bereicherungsanspruch aber schon dann, wenn Zweifel über die Leistungspflicht bestehen. Der Klägerin, musste, soweit sie Mängelfreiheit geltend machte, klar sein, dass sie keinen An-

- 51 - lass zur Finanzierung überflüssiger Gewährleistungsmassnahmen hatte, so dass sie sich nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung berufen kann, weil sie keinem Irrtum erlegen ist. e) Im Zusammenhang mit der bereicherungsrechtlichen Nichtschuld ist der von der Klägerin geltend gemachte Vorbehalt zu erwähnen, wobei auf die Auswirkungen später einzugehen ist. Jedenfalls im bereicherungsrechtlichen Kontext kann ein Vorbehalt – wie soeben erwähnt – dazu führen, dass auch ohne Irrtum Geleistetes zurückgefordert werden kann. Nach den Ausführungen der Klägerin vor Vorinstanz habe sie die Beklagte am 7. April 2010 vor unberechtigten Mängelrügen und Nachbesserungsforderungen gewarnt: "Jegliche Nachbesserungstätigkeit erfolgt unter dem Vorbehalt der Rechnungsstellung, soweit die von Ihrer Seite gerügten Beanstandungen nicht Mängel sind bzw. nicht A.\_\_\_\_\_anzulasten sind" (act. 2 Rz 137 f. mit Hinweis auf act. 6/57 S. 4). f) Die Klägerin erwähnt in der Berufung (act. 127 Rz 34 a), dass die Vorinstanz (act. 129 E. 4.2.4.2., S. 22 f.) fälschlicherweise davon ausgehe, dass es im Mängelrecht keine Vergütungsansprüche für den Fall unberechtigter Mängelrügen gebe. Diese Kritik erfolgt zu Recht: Es trifft nicht zu, dass die "Regelung der Mängel" ein "geschlossenes System" ist, sondern Art. 1 ZGB und der allgemeine Teil des Obligationenrechts können unter gegebenen Voraussetzungen auch in diesem Rahmen Geltung beanspruchen (act. 127 Rz 34 b). Eine andere, später zu beantwortende Frage ist, bezüglich welcher Leistungen der Vorbehalt angebracht wurde, und ob die Ansicht der Vorinstanz zutrifft, dass er sich einzig auf die Stahlkonstruktion bezog (act. 2 Rz 137 ff., act. 6/57) und nicht auf die Kandelaberfüsse (und entsprechend auch nicht auf die weiteren Mängel) bezogen hat (act. 129 S. 44, S. 51). g) Die Beklagte hat vor Vorinstanz ausgeführt, dass sie der Klägerin im Sinne eines Entgegenkommens das Recht eingeräumt habe, Mängel im Rechtssinn nachzubessern, allerdings unter Vorbehalt der späteren gerichtlichen Klärung der Verantwortlichkeit für die Mängel (act. 39 Rz 4.152). In act. 6/64 Rz 12 ff. hat die Beklagte unter dem Titel "Nachbesserung ohne Übernahme der Verantwortlichkeit" ausgeführt: "In Ihrem Schreiben vom 7. April 2010, S. 4, halten Sie Folgen-

- 52 - des fest: «Jegliche Nachbesserungstätigkeit erfolgt unter dem Vorbehalt der Rechnungsstellung, soweit die von Ihrer Seite gerügten Beanstandungen nicht Mängel bzw. nicht A.\_\_\_\_\_anzulasten sind». Dazu, was folgt: "Ihre Klientin hat versprochen, die Mängel an der Dachtragkonstruktion fachgerecht und fristgemäss nachzubessern. Unsere Klientschaft ist Ihrer Klientin insofern entgegengekommen, als sie sich bereit erklärt hat, Ihrer Klientin zu erlauben, dass diese die Nachbesserung ohne Anerkennung der Verantwortlichkeit für die Mängel vornehmen kann [...]. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei den Tätigkeiten ihrer Klientin aber um eine Nachbesserung [...]. Um dies klarzustellen: Es müssen nur aber immerhin sämtliche gerügten Mängel nachgebessert werden. Dass die Nachbesserung seitens Ihrer Klientin «ohne Anerkennung der Verantwortlichkeit» versprochen wurde, hat einzig zur Folge, dass Ihre Klientin auch diejenigen gerügten Mängel nachbessern soll bzw. muss, für welche sie sich – wofür unsere Klientschaft angesichts des Totalunternehmervertrages aber keinerlei Möglichkeit sieht – aus welchen Gründen auch immer für nicht verantwortlich erachtet. Es bedeutet aber nicht, dass Ihre Klientin «Beanstandungen» auf Kosten unserer Klientschaft nachbessern soll, welche – wie Sie schreiben, «nicht Mängel sind». Denn nachzubessern sind selbstverständlich nur Mängel im Rechtssinne". h) Die Klägerin hat schliesslich auf die Schadenersatzpflicht bei ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO hingewiesen (act. 127 Rz 84 d), wonach – in einer vergleichbaren Situation – Ersatz für Aufwendungen wegen ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahmen geschuldet

sein können. Jene und diese Situation sind allerdings nicht vergleichbar. Wer Anordnungen eines Gerichts zu befolgen hat, hat keine Wahl und erleidet daher "gezwungenermassen" einen Schaden. Wer hingegen wie die Klägerin trotz der Tatsache, dass sie ein Werk für mängelfrei hält, dennoch zusätzliche Vorkehren trifft, tut dies jedenfalls aus rechtlicher Sicht aus freien Stücken und hätte die Vorkehren auch einfach unterlassen können. Eine Parallele zu ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen ist daher nicht ersichtlich.

- 53 - 3. Erklärung der Mängelfreiheit, der damit im Zusammenhang stehende Zeitpunkt und der Vorbehalt der späteren Geltendmachung der Kosten für die Mängelbeseitigung a) Die Klägerin hat – wie bereits erwähnt – geltend gemacht, sie habe spätestens am 10. Mai 2010 die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des Stadiondaches nachgewiesen (act. 68 Rz 942, Rz 944, Rz 1348, Rz 1350; vgl. z.B. auch act. 127 Rz 23 a). Und auch in der Berufung (act. 127 Rz 85 a) nennt sie dieses Datum: Wenn das Gericht ihr die Kosten für die Stützpfiler für die Dauer einer angeblichen Unsicherheit aufbürden wolle, "dann können die Kosten nach der Beseitigung dieser Unsicherheit (10. Mai 2010) nicht mehr Nachbesserungskosten sein". Dass es ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens keinen Nachweis geben kann, ist bereits erörtert worden (E. III./1./m). Allerdings heisst das nicht, dass der Erklärung der Mängelfreiheit, hier auch als "Unbedenklichkeitserklärung" bezeichnet, und dem Zeitpunkt, in dem diese erfolgte, keinerlei Bedeutung zukommt. In der Klageschrift, act. 2 Rz 137, hat die Klägerin auf ihr Schreiben vom 7. April 2010 hingewiesen, wonach sie die Beklagte mit folgenden, bereits vorstehend zitierten Worten vor unberechtigten Mängelrügen und Nachbesserungsfordernungen gewarnt habe: "Jegliche Nachbesserungstätigkeit erfolgt unter dem Vorbehalt der Rechnungsstellung, soweit die von Ihrer Seite gerügten Beanstandungen nicht Mängel sind bzw. nicht A.\_\_\_\_\_ angelastet werden können" (act. 2 Rz 138, act. 6/57). Die Beklagte hat entgegnet, dass es keine "Nachbesserungstätigkeit unter dem Vorbehalt der Rechnungsstellung" gebe. Rüge der Besteller einen Mangel mit Fristansetzung zur Nachbesserung und werde der Unternehmer gestützt auf diese Mängelrüge tätig, so sei seine Tätigkeit als (unentgeltliche) Nachbesserung zu qualifizieren (act. 39 Rz 4.171 mit Hinweis auf Rz. 1.64). b) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es nicht nur die Abnahme des Werkes nach seiner Vollendung gibt (vgl. Gauch, a.a.O. Rz 2594 ff.), sondern dass auch nach einer Nachbesserung eine Ablieferung zu erfolgen hat. Brändli (a.a.O., Rz 825) und Koller (a.a.O., Rz 750) weisen darauf hin, dass es bei der Ablieferung des nachgebesserten Werkes die gleichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

- 54 - gibt wie bei der erstmaligen Ablieferung. Der Besteller müsse das nachgebesserte Werk nach der Ablieferung erneut prüfen und insbesondere untersuchen, ob der Werkmangel tatsächlich (vollständig) beseitigt sei. Sei keine vollständige Beseitigung erfolgt, so müsse der Besteller sofort rügen, andernfalls die bezüglichlichen Mängelrechte verwirken würden (h.A.; zur Minderheitsmeinung über die weniger strenge Rügepflicht des Bestellers bei der Ablieferung des nachgebesserten Werkes vgl. Gauch, a.a.O., Rz 2178). Ist für die erstmalige Ablieferung eine empfangsbedürftige, an den Besteller gerichtete Vollendungsanzeige nötig (Koller, a.a.O., Rz 160 f.), so muss eine entsprechende Anzeige auch für die Ablieferung des nachgebesserten Werkes erfolgen (zur Ablieferung allgemein vgl. Gauch, a.a.O., Rz 93, Rz 1846). Zu klären ist demnach, ob und wann die Klägerin eine solche Mitteilung abgegeben hat, die von der Beklagten als Ablieferungserklärung verstanden werden konnte und musste. c) Am 10. Mai 2010 hat die Klägerin der Beklagten

folgenden Text vorgelegt (act. 6/39/1 S. 49): "Empfehlung A.\_\_\_\_-Expertenteam: Die A.\_\_\_\_ und ihre Experten haben bewiesen, dass die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des Stadion Letzigrund zu jedem Zeitpunkt gewährleistet war und ist. Die Hilfs- stützen sind nicht notwendig und können nach Vorschlag A.\_\_\_\_ umgehend ausgebaut werden, so dass am 7. Juli 2010 (gemäss unserem Ablaufprogramm) das Stadion wieder ohne jede Behinderung genutzt werden kann". Unterzeichnet ist die Erklärung von A.\_\_\_\_ GU AG, Prof. Dr. F.\_\_\_\_, Prof. Dr. AJ.\_\_\_\_, Dr. AK.\_\_\_\_ sowie die E.\_\_\_\_ AG. Mit der Abgabe dieser Erklärung hat die Klägerin der Beklagten gesagt, dass aus ihrer – und aus ihrer Experten Sicht, auf die es allerdings nicht entscheidend ankommt – die Gebrauchstauglichkeit gegeben ist, was funktional eine Ablieferungserklärung sein kann. d) Die Klägerin macht allerdings geltend, die Mängelfreiheit habe nicht erst am 10. Mai 2010 festgestanden, sondern schon früher. Prof. F.\_\_\_\_ vom AL.\_\_\_\_ (AL.\_\_\_\_) an der K.\_\_\_\_ Zürich habe als Sachverständiger der Beklagten – wie bereits im vorinstanzlichen Entscheid erwähnt (act. 129 S. 24) – unmittelbar nach dem Auftreten des Risses am 11. Februar 2010 die Statik des angerissenen Binders Nr. 15 und des übrigen Stadionsdaches geprüft. Die Beklag-

- 55 - te habe seit dem 22. Februar 2010 von Prof. F.\_\_\_\_ gewusst, dass der Binder Nr. 15 statisch-rechnerisch und seit den Versuchen vom 25. Februar 2010 und 2./3. März 2010 auch praktisch tragsicher und gebrauchstauglich gewesen sei. Dennoch habe die Beklagte die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit nach dem 22. Februar 2010, nach dem Entlastungsversuch vom 25. Februar 2010, nach dem Belastungsversuch vom 2. und 3. März 2010 und auch nach der Sach- verständigen-Präsentation vom 10. Mai 2010, an der die Klägerin mit der dazuge- hörigen Dokumentation nachgewiesen habe, dass die Tragfähigkeit der Dachkon- struktion zu keinem Zeitpunkt beeinträchtigt gewesen sei (act. 127 S. 17 Mitte), weiter gerügt und damit die Pflicht zu loyalen Verhalten verletzt, was sie ersatz- pflichtig mache (act. 129 S. 26 f.). Auf die bezüglichen Erwägungen der Vorinstanz zur Präsentation vom 10. Mai 2010 (act. 129 S. 37) nimmt die Klägerin in der Berufung ebenfalls Bezug: Wenn das Bezirksgericht annehme, aus den Ausführungen der Klägerin zum Nachweis am 10. Mai 2010 sei zu schliessen, dass vorher Unsicherheit bestanden habe, sei das verkehrt. Die Klägerin habe er- klärt, die Beklagte habe seit den Ent- und Belastungsversuchen am 25. Februar und 2./3. März 2010 mit Sicherheit gewusst, dass der Dachbinder Nr. 15 tragsi- cher und gebrauchstauglich sei, sodass die Vorinstanz nicht habe darauf schlies- sen dürfen, dass (mindestens) vor diesem Zeitpunkt Unsicherheit bestanden ha- be. Die Erklärung der Klägerin besage für die Zeit vor dem 3. März 2010 nur, dass die Beklagte bis dahin vielleicht keine völlige Gewissheit über Dachbinder Nr. 15 gehabt habe. Die Vorinstanz übergehe, dass die Klägerin den Belastungsversuch vom 2./3. März 2010 als Nachweis bezeichnet, aber die Beklagte den Belastungs- versuch nicht als Nachweis anerkannte und ständig nach Nachbesserung und al- so auch nach Nachprüfung gerufen habe. Die Klägerin habe deshalb auch nach dem 3. März 2010 bis zum 10. Mai 2010 die Gebrauchstauglichkeit weiter geprüft, weil die Beklagte das so gewollt habe (act. 127 Rz 69 c). Die Treuepflicht gegen- über der Beklagten, deren wohlverstandene Interessen sie zu wahren gehabt ha- be, habe die Untersuchungen imperativ erfordert (act. 127 Rz 39) e) Zu den von der Klägerin vor dem 10. Mai 2010 genannten Daten (22. Februar 2010, 25. Februar 2010, 2./3. März 2010) ist Folgendes zu bemer- ken: Am 22. Februar 2010 war Prof. F.\_\_\_\_ noch der Experte der Beklagten (er

- 56 - wurde erst per 26. Februar 2010 von der Beklagten entlassen und wurde danach Sachverständiger der Klägerin; act. 127 Rz 21). Unbestrittermassen hatte Prof. F. \_\_\_\_\_ damals zusätzliche Versuche für nötig gehalten, so dass das "letzte Wort" damals ohnehin noch nicht gesprochen war. Aus der Sicht der Kammer ist jedoch entscheidend, dass Prof. F. \_\_\_\_\_ nicht für die Klägerin sprechen und die von ihr geschuldete "Ablieferungserklärung" abgeben konnte. Am 25. Februar 2010 und am 2./3. März 2010 wurden die Versuche am Binder Nr. 15 durchgeführt. Dass das Dach hielt, ist bekannt, ebenso die Tatsache, dass die Versuche durch die E. \_\_\_\_\_ AG bis ca. 12. März 2010 ausgewertet wurden (act. 127 S. 17 f.). f) Für die Kammer ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, ob die Klägerin anlässlich der Versuche der Beklagten gegenüber die "Unbedenklichkeit" bestätigt hat. Die Sichtung der in act. 127 Rz 69 c von der Klägerin genannten Belegstellen ergibt, dass sie die Aussagen betreffen, wonach die Beklagte ständig Nachbesserungen/Nachprüfungen verlangt habe, dass die Belegstellen aber nichts zur Behauptung enthalten, die Klägerin habe den Belastungsversuch vom 2./3. März 2010 als Nachweis der Gebrauchstauglichkeit bezeichnet. Dazu die nachfolgende Übersicht: act. 2 Rz 122 11. März 2010 (act. 6/47): Übermittlung von Befunden der Q. \_\_\_\_\_ AG von der Bekl. an die Kl. Rüge v.a. von Materialfehlern in den Zugstützenköpfen, Fehler in den Schweissnähten der Obergurte über den Druckstützen (keine Qualität B). act. 2 Rz 126 17. März 2010 (act. 6/50): Weitere Mängelrügen. act. 2 Rz 128 19. März 2010 (act. 6/51). Gerügt wurde das Material der Zugstützen und Binder, die Schweissnähte der Binder und Flickstellen. act. 2 Rz 130 24. März 2010 (act. 6/53): Rügen betreffend Material aufgrund von Befunden der Q. \_\_\_\_\_ AG, Rüge betreffend Gefahrenpotential der Binder Nr. 14 und 18, ohne Berufung auf Experten der Statik, des Stahlbaus oder der Bruchmechanik. act. 2 Rz 133 30. März 2010 (act. 6/54): Weitere Befunde der Q. \_\_\_\_\_ AG zu Material, Dachaufhängung, Schweissnähten, etc., ohne Befunde von Sachverständigen für Stahlbau, für Statik und für Bruchmechanik. act. 2 Rz 142 8. April 2010 (act. 6/59): Weitere Befunde der Q. \_\_\_\_\_ AG über Einbrennungen, Kerben und Fehlstellen des Korrosionsschutzes. act. 2 Rz 143 13. April 2010 (act. 6/60): Rügen betreffend Schweissnähten, thermischen Trennungen, Stützpfeilern, Erklärungen zum "Rauswurf" von Prof. F. \_\_\_\_\_, der betreffend Tragsicherheit anderer Meinung war als Prof. M. \_\_\_\_\_ als Experte mit Weltruf, der sich wegen der Möglichkeit eines plötzlichen Gewaltbruches gegen die Entfernung der provisorischen Stützen ausgesprochen habe. act. 2 Rz 147 15. April 2010 (act. 6/61): Rüge von Schweissnähten und Löffelohren. act. 2 Rz 149 16. April 2010 (act. 6/63). Weitere Rügen aufgrund eines weiteren Schlussberichts der Q. \_\_\_\_\_ AG. act. 2 Rz 150 19. April 2010: Zusendung von anonymem Blatt mit zwei Excel-Darstellungen, bezeichnet als Ergebnisse der K. \_\_\_\_\_ aus Messungen der Kerbschlagzähigkeit der Löffelbleche der Zugstützen. Rüge der Normwidrigkeit des Stahls. act. 2 Rz 153 23. April 2010: Verlangen der Anerkennung der gerügten Fehler als Mängel bis zum 30. April 2010.

- 57 - act. 2 Rz 157 30. April 2010 (act. 6/68): Weiterer Schlussbericht der Q. \_\_\_\_\_ AG; Rüge der Sprödbruchgefahr der gesamten Dachkonstruktion, ohne dies sachverständig zu belegen. act. 2 Rz 160 4. Mai 2010 (act. 6/70): Mit Befunden der Q. \_\_\_\_\_ AG erneut Rüge der Sprödbruchgefahr. act. 2 Rz 162 7. Mai 2010 (act. 6/71): Zusendung Bericht K. \_\_\_\_\_, Laboratorium für Nanometallurgie, Bruchmechanische Untersuchung, betreffend Stahl einer Zugstütze, die im Stadion aber gar nicht verwendet worden sei. g) Die Behauptung der Klägerin, sie habe nach dem Belastungsversuch vom 2./3. März 2010 die Gebrauchstauglichkeit bestätigt, wird aufgrund der zitierten Stellen nicht untermauert, und es fehlen andere Hinweise auf Belegstellen, wonach die Klägerin eine solche Erklärung

(vor dem 10. Mai 2010) gegenüber der Beklagten abgegeben hat. Dass es eine Erklärung der Klägerin gewesen sein muss und nicht die Erkenntnis aus irgend einer anderen Quelle (insbesondere Resultate der Versuche, Aussagen von Dritten, insbesondere von Sachverständigen) ergibt sich aus der Tatsache, dass nur die Klägerin gegenüber der Beklagten den Abschluss der Nachbesserung – die Unbedenklichkeit – erklären konnte. Und zu der in act. 127 Rz 70 c) vorgetragenen Behauptung der Klägerin, dass sie die Behauptung der Beklagten bestritten habe, dass nach dem 3. März 2010 (weiterhin) Unsicherheit bestanden habe, ergibt sich aus den zitierten Verweisen auf act. 68 Rz 184-187, 972, 1367 1420 und 2033-4 ebenfalls nichts, was diese Behauptung belegen könnte: act. 68 [In Rz 183 geht es um das Einschweissen im Mittel- und Seitenblech der Binder Nr. 15 Rz 184-187 und 18]. Rz 184: Falsch, bestritten und nicht logisch nachvollziehbar. Rz 185: Der Stadtrat kann keinen Verdacht als Mangel gelten machen. Bereits dargelegt. Ein "Verdacht" als Mangel [...] gegen die Obergurt-Schweissnähte bestand zu keinem Zeitpunkt. Rz 186: Der Stadtrat behauptet auch zu Unrecht, nur durch das, was der Stadtrat als "Sanierung" bezeichnet, hätte die Unsicherheit über die Tragsicherheit der Obergurt-Schweissnähte beseitigt werden können. Das ist Unsinn und nicht richtig. A. \_\_\_\_\_s Sachverständigen beseitigten mit ihren Prüfungen nach den Regeln der Technik schon im April und Mai 2010 jegliche Unsicherheit; und sie übergaben dem Stadtrat die Prüfungsergebnisse mit einer Dokumentation am 10. Mai 2010. Rz 187: Die Obergurt-Schweissnähte waren bereits vor dem 10. Mai 2010 (und damit vor der scheinheiligen Alibi-Sanierung durch den Stadtrat) tragsicher und hatten Belastungsversuche bestanden. Ein Belastungsversuch war, wie erwähnt, am 25. Februar und 2. und 3. März 2010 mit Binder Nr. 15 erfolgreich ausgeführt worden. A. \_\_\_\_\_ kann nicht beurteilen, ob die Obergurt-Schweissnähte nach (!) der Alibi-Sanierung des Stadtrats noch tragsicher sind, weil sie keinerlei Prüfungen mehr vornehmen durfte. act. 68 Rz 972 Gleichwohl: Auch Binder Nr. 15 überstand – mit seinem Riss – diese Belastungsversuche und zeigte damit seine vollumfängliche Gebrauchstauglichkeit. act. 68 Rz 1367 Der Entlastungstest vom 25. Februar 2010 und der Belastungstest vom 2. und 3. März 2010 bewiesen die Richtigkeit von Professor F. \_\_\_\_\_s Erklärung und Berechnungen. act. 68 Rz 1420 Und man beachte: Kaum war die Besprechung vom 1. März 2010 vorbei, da wies der Belastungstest vom 2. und 3. März 2010 bereits die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit der Aufhängung des Binders Nr. 15 nach und damit – wegen der überall gleichen Konstruktion – die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit aller (!) Aufhängungen aller Binder! Damit hatte sich der zentrale Gegenstand des Gesprächs vom 1. März 2010 - erledigt! Die Hilfsstützen waren für jedermann offensichtlich überflüssig und konnten beseitigt werden. act. 68 Rz 4.122 Falsch.

- 58 - Rz 2033-2034 Und selbst wenn es auf einen Versuch ankam, dann nur auf einen einzigen; denn – wie bereits oben erwähnt – sind die Aufhängungen aller Binder gleich. Der Ent- und Belastungsversuch mit Binder Nr. 15 vom 25. Februar und 2. und 3. März 2010 erwies also sowohl die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit der Aufhängung des Binders Nr. 15 mit Bezug auf den Riss seines Mittelstegs als auch die Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit der Aufhängung aller anderen Binder mit Bezug auf eventuelle Risse ihrer Mittelstege. Soweit diese Hinweise überhaupt einschlägig sind, folgt daraus nur, was die Klägerin an den zitierten Stellen im Prozess zu den Versuchen sagte. Hingegen ist damit nicht dargetan, in welchem früheren Zeitpunkt des Jahres 2010 die Klägerin der Beklagten die Gebrauchstauglichkeit und Tragsicherheit erklärt bzw. bestätigt hatte. h) Die Kammer geht davon aus, dass die Beklagte erst die "Unbedenklichkeitserklärung" vom 10. Mai

2010 als Bestätigung der (nachträglichen) Mängel- freiheit verstehen musste, wenn auch nicht im Sinne eines Beweises, sondern im Sinne einer Klarstellung gegenüber der Beklagten. Der Hinweis der Klägerin, dass die Beklagte über keinen Sachverständigen verfügt habe, der die von der Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit und Ein- sturzgefahr überzeugend hätte begründen können (act. 127 S. 17 f.), hilft ihr des- halb nichts, weil es – wie schon verschiedentlich erwähnt – ausschliesslich auf die Erklärung der Klägerin selbst ankommt. Es geht hier nicht entscheidend darum, was die Beklagte gewusst hat bzw. hat wissen müssen, sondern um das, was die Klägerin gewusst und gesagt hat, so dass die Kammer zur Kontroverse, ob und inwieweit sich die Beklagte allfälliges Wissen ihrer Mitarbeiter und insbesondere ihrer Sachverständigen hätte anrechnen lassen müssen, keine Stellung nehmen muss. Selbst wenn Prof. F.\_\_\_\_\_ die Tragfähigkeit und Gebrauchstauglichkeit am 22. Februar 2010 ohne wenn und aber (und ohne die nach seiner Ansicht noch durchzuführenden Ent- und Belastungsversuche) bestätigt hätte, so wäre dies im System von Mängelrüge und Nachbesserung nicht entscheidend gewesen, weil die Erklärung der Mängelfreiheit und Gebrauchstauglichkeit von der Klägerin und nicht von irgend jemandem – auch nicht von einem sachverständigen Dritten – abgegeben werden konnte.

- 59 - Die von der Klägerin für ihre Behauptung, das Stadiondach sei zu keinem Zeitpunkt einsturzgefährdet gewesen, (erneut) offerierte gerichtlich anzuordnende Expertise ist nach dem Gesagten jedenfalls für die Zeit vor dem 10. Mai 2010 nicht nachzuholen. 4. Tragweite des Vorbehaltes der Klägerin a) "Am 7. April 2010 warnte A.\_\_\_\_\_ den Stadtrat vor unberechtigten Män- gelrügen und Nachbesserungsaufforderungen: «Jegliche Nachbesserungstätig- keit erfolgt unter dem Vorbehalt der Rechnungsstellung, soweit die von Ihrer Seite gerügten Beanstandungen nicht Mängel sind bzw. nicht A.\_\_\_\_\_ anzulasten sind»" (act. 2 Rz 137). Da im vorinstanzlichen Entscheid ein neuer Vertrags- schluss diskutiert wurde, ist zu erwähnen, dass dieser Vorbehalt kein Antrag zu einem neuen Vertrag ist, sondern lediglich eine einseitige Erklärung, um sich eine (Rück-) Forderung offenzuhalten und sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, irr- tumsfrei eine Nichtschuld beglichen zu haben. Der Vorbehalt ist demnach grundsätzlich zu berücksichtigen. Im angefoch- tenen Entscheid (act. 129 S. 31) wird erwähnt, die Beklagte bestreite, eine Anzei- ge der Klägerin erhalten zu haben, in welcher die Geltendmachung der Prüfkos- ten vorbehalten wurde. Das ist aktenwidrig. In der Klageschrift (act. 2 Rz 137 f.) nimmt die Klägerin auf act. 6/57 (S. 4) Bezug, d.h. auf ihr Schreiben vom 7. April 2010, in welchem steht: "jegliche Nachbesserungstätigkeit erfolgt unter dem Vor- behalt der Rechnungsstellung (...)". Auf eben dieses Schreiben nimmt die Beklag- te ihrerseits in der Klageantwort (act. 39 Rz 3.79) ausdrücklich Bezug und sagt, die Klägerin habe die Mängelrügen vom 23. März 2010 (u.a.) mit Schreiben vom 7. April 2010 (S. 3-4) beantwortet: es kann also nicht zutreffen, dass sie dieses Schreiben nie erhalten hat. Rechtlich bestehen gegen den Vorbehalt keine Be- denken, lehnt er sich doch ans Bereicherungsrecht an. Gleich wie die Klägerin die Nachbesserung vollständig hätte verweigern können, weil sie keine Mängel er- kannte, konnte sie auch unter Vorbehalt tätig werden. D.h. mit der vorliegenden Klage kann die Klägerin die von ihr bisher getragenen Nachbesserungskosten einklagen und (zurück-)fordern, jedoch hängt die gerichtliche Zusprechung davon ab, dass feststeht, dass die Klägerin nur Mängel im Rechtsinn behoben hat. Die

- 60 - Klägerin konnte sich durchaus vorbehalten, letztlich nicht für mehr aufkommen zu wollen, als sie durch das Werkvertragsrecht und den geschlossenen TU-Vertrag verpflichtet war. Indem die Beklagte – sozusagen als Antwort darauf festgehalten hat, dass die Klägerin nur Mängel nachbessern dürfe (vgl. E. III./4./g), hat sie ihrerseits darauf hingewiesen, dass sie nicht bereit sein würde, dafür zu bezahlen, was die Klägerin zur Behebung von Nicht-Mängeln aufwende. b) Die Klägerin hat den Vorbehalt, dass sie für Leistungen zur Behebung von Nicht-Mängeln der Beklagten Rechnung stelle, am 7. April 2010 angebracht (act. 2 Rz 137). Das ist geraume Zeit vor dem 10. Mai 2010, an dem die Klägerin selber der Beklagten gegenüber die "Unbedenklichkeit" des Stadionsdaches bestätigt hat. Damit stellt sich die Frage, ob der Vorbehalt bereits ab dem 7. April 2010 wirken kann, mithin unmittelbar ab dem Zeitpunkt, in dem die Klägerin ihn geäußert hat. Die Kammer geht davon aus, dass der Vorbehalt erst ab dem 10. Mai 2010 Wirkung entfalten kann, weil die Klägerin zuvor die Gebrauchstauglichkeit und Tragsicherheit noch nicht erklärt/bestätigt hatte und deshalb – wie vorne erwähnt – für die Nachbesserungskosten einstehen muss. Wenn die Klägerin das nachgebesserte Werk erst mit der Erklärung der "Unbedenklichkeit" am 10. Mai 2010 abgeliefert hat, kann der Vorbehalt, obwohl schon früher erklärt, erst nach diesem späteren Datum wirken. c) Die Vorinstanz hat zum Vorbehalt – sie nennt ihn "die von der Klägerin angekündigten Vergütungsansprüche für unberechtigte Mängelrügen" (act. 129 E. 4.4.3 S. 44) – die Ansicht vertreten, dass er sich nur auf den Binder der Stahl-dachkonstruktion und nicht auf die Kandelaber bezogen hätte, wofür sie sich auf act. 2 Rz. 137 ff. und act. 6/57 bezieht. Ob diese Ansicht zwingend ist, muss dahingestellt bleiben, weil, soweit für die Kammer ersichtlich, diese Erwägung aus dem vorinstanzlichen Urteil in der Berufungsschrift unkommentiert blieb und nicht bestritten wurde. Die Wirkungen des Vorbehalts gelten demnach nicht für die Kosten, welche mit den Kandelaberfüßen, dem Korrosionsschutz und der Spannungskorrosion verbunden sind. Bei den Betriebs- und Hilfsleistungen wird es davon abhängen, ob und inwieweit eine Aufteilung dieser Kosten auf die einzelnen

- 61 - Tätigkeitsbereiche erfolgt bzw. durch das Gericht vorzunehmen ist. Für die abgetretenen Forderungen von Dritten hat ein in einem anderen Rechtsverhältnis erklärter Vorbehalt hingegen keine Bedeutung. Dort, wo der Vorbehalt nach dem Gesagten wirkt, können aus dieser Sicht für die Zeit nach dem 10. Mai 2010 bei der Beklagten Nachbesserungskosten geltend gemacht werden, wenn dafür Vorkehren abzugelten sind, mit denen keine Mängel behoben worden sein sollten. 5. Zeitliche Abgrenzungen: vor und nach dem 10. Mai 2010 a) Die Klägerin weist in der Berufung darauf hin, dass nicht erkennbar sei, inwiefern sich die Situation vor und nach dem 10. Mai 2010 unterscheide. Die Vorinstanz habe erklärt, dass die Klägerin keine Angaben dazu mache, welche Zeiträume die in den diversen Rechnungen fakturierten Leistungen betreffen [...]. Es fehle daher an Behauptungen der Klägerin, welche Arbeiten zu welchen Kosten nach dem 10. Mai 2010 ausgeführt worden seien (act. 129 Rz 73 a). Das ist nach der Klägerin aktenwidrig und falsch, wofür die Klägerin auf eine in ihre Berufungsschrift a.a.O. eingefügte Tabelle verweist. Aus dieser Tabelle ergeben sich die massgeblichen Zeiträume allerdings nicht explizit und direkt, sondern gegebenenfalls durch Nachschlagen verschiedener Randziffern, vorwiegend in act. 90. Act. 90 ist die Stellungnahme zu den Noven in der Duplik vom 16. Juni 2015. Mit einem solchen dritten Parteivortrag konnte allerdings nichts Neues vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). b) Die Klägerin moniert, dass die Vorinstanz mit der zeitlichen Abgrenzung der Kosten bis zum 10. Mai 2010 und ab dem 10. Mai 2010 ein Problem geschaffen habe, das nicht Gegenstand des Verfahrens sei: Die

Klägerin habe die Erstattung sämtlicher Prüfkosten verlangt und sie habe nie behauptet, ihre Ansprüche für Prüfungen vor dem 10. Mai 2010 würden sich in irgendetwas von Prüfkosten nach dem 10. Mai 2010 unterscheiden. Die Klägerin habe nur behauptet, dass sie am 10. Mai 2010 nicht für sich, sondern für die Beklagte einen enorm umfangreichen Nachweis der Gebrauchstauglichkeit des Stadionsdaches erbracht habe. Bekanntlich habe die Klägerin schon am 10. und 26. Februar 2010 der Beklagten die

- 62 - Sicherheit des Stadionsdaches zugesichert (act. 127 Rz 74 a mit Hinweis auf act. 2 Rz 97 [S. 40]; act. 39 Rz 2.55). act. 2 Rz 97 S. 40 In act. 2 Rz 97 wird die Sitzung vom 26. Februar 2010 geschildert, an der Prof. F. \_\_\_\_\_ (damals noch als Experte der Beklagten) erklärt hatte, der Binder Nr. 15 erfülle trotz Riss seine konstruktiven Aufgaben, wobei Prof. F. \_\_\_\_\_ – wie bereits mehrfach erwähnt – Ent- und Belastungsversuche für nötig hielt. act. 39 Rz 2.55 Die Klägerin weist in der Berufung auf das Schreiben der Beklagten an die Klägerin (vgl. auch act. 76 vom 10. Februar 2010 (act. 6/33 Rz 12-13) hin und auf das Schreiben der Beklagten Rz 1843) vom 11. Februar 2010, dem ein Schreiben der E. \_\_\_\_\_ ebenfalls vom 11. Februar 2010 beigelegt war (act. 41/27). Aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin (act. 6/33) ergibt sich, dass am 8. Februar 2010 seitens der Klägerin kommuniziert worden ist, dass im Steg des Binders Nr. 15 ein Riss aufgetreten sei, der sich über das Wochenende verlängert habe (Rz 1-2). Die E. \_\_\_\_\_ AG habe der Klägerin gegenüber die Sicherheit der Stahlkonstruktion bestätigt und die Freigabe erlaubt (act. 41/27 zweites Blatt). Die Klägerin habe sich unter Bezugnahme auf das Schreiben der E. \_\_\_\_\_ AG dieser angeschlossen. Allerdings hat die Klägerin im gleichen Schreiben auch die Schaffung eines Konzepts für eine Nachbesserung in Aussicht gestellt. c) Soweit ersichtlich hat sich die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht – auch nicht für eine Erklärung betreffend Sicherheit des Stadions – auf das von der Beklagten eingereichte act. 41/27 berufen. Das tut sie auch in der Berufung nicht, sondern verweist lediglich auf den Text der Klageantwort (act. 39 Rz 2.55), wo die Beklagte auf dieses Dokument Bezug genommen hat, so dass sich dort ein Weiterverweis auf act. 41/27 findet. Klarerweise war das Dokument act. 41/27, das von der Beklagten mit der Klageantwort eingereicht wurde, schon vor Vorinstanz im Prozess und jede Partei (auch die Klägerin) kann sich ohne weiteres auf ein Beweismittel der Gegenpartei berufen, wenn sie dazu eine eigene Behauptung aufstellt und in unmittelbarer Nähe der aufgestellten Behauptung selber auf das betreffende Beweismittel verweist (vgl. OF ZPO-Engler, 2. A., N. 4 zu Art. 221 [S. 475 Mitte]; ZK ZPO-Leuenberger, 3. A. 2016, N. 51 zu Art. 221; BGer; BGer 4A\_452/2013 E. 2.1; BGer 4A\_56/2013 E. 4.4), und zwar im erstinstanzlichen Verfahren, solange die Novenschranke zur Aufstellung neuer Behauptungen mit neu angerufenen Beweismitteln noch nicht gefallen ist. Das ist allerdings seitens der Klägerin nicht geschehen.

Anzumerken ist ausserdem, dass im Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 2010 (act. 41/27) von der Ausarbeitung eines Nachbesserungskonzepts die Rede ist, was nur dann einen Sinn macht, wenn es Mängel zu beheben gab. Und schliesslich ist auch hier wiederum darauf zu verweisen, dass – wer trotz selber behaupteter Mängelfreiheit trotzdem nachbessert – keinen Vergütungsanspruch hat, jedenfalls wenn und solange er keinen

- 63 - Vorbehalt anbringt. Dass der Vorbehalt erst am 7. April 2010 angebracht wurde, ist bereits erwähnt worden (vgl. E. III./3./a); E. III./4./a). Nach dem Vorstehenden ist die Behauptung der Klägerin, dass die Situation vor und nach dem 10. Mai 2010 gleich und daher auch gleich zu beurteilen sei, nicht zutreffend. Ist die Ausgangslage anders, so ist auch nicht zu beanstanden, dass die Kosten der Klägerin, welche je in einer anderen Phase

angefallen sind, unterschiedlich beurteilt werden. Ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, wenn sie dieser keine Gelegenheit gab, zur Abgrenzung per 10. Mai 2010 Stellung zu nehmen (vgl. die Kritik der Klägerin in act. 127 Rz 74 a), muss nicht abschliessend geklärt werden, da die Klägerin, das, was sie auf eine Aufforderung der Vorinstanz hin hätte vorbringen wollen, in der Berufungsschrift hätte nachholen können und auch müssen (BGer 5A\_516/2018 E. 2.3. und E. 2.4.; OGer ZH, Urteil vom 10. Juli 2013, RU130042). 6. Bejahung von Mängeln durch die Vorinstanz, Beweiserhebung bzw. Rückweisung an die Vorinstanz Nach der Klägerin hat die Beklagte beharrlich und zu Unrecht behauptet, dass beim Stadiondach Einsturzgefahr bestehe, und die Vorinstanz habe dann tatsächliche Mängel ohne weiteres bejaht. Das habe dazu geführt, dass die Vorinstanz einen begründeten Anlass für die von der Beklagten erhobenen Rügen und Nachbesserungsverlangen habe annehmen können und damit der Klägerin die Berechtigung abspreche, die Kosten für die Prüfung des Binders Nr. 15, der statischen und bruchtechnischen Prüfung der gesamten Dachkonstruktion, der Schweissungen der Kandelaberfüsse sowie der Grundierung des Korrosionsschutzes von der Beklagten ersetzen zu lassen (act. 127 Rz 18 a). Weiter lasse sie die Vorinstanz auf den Kosten für die 31 unnötigen Stützpfiler sitzen, weil auch diesbezüglich ein Verdacht des Mangels bestanden habe (act. 127 Rz 17 b). Zu den einzelnen Mängeln hat die Vorinstanz zusammengefasst Folgendes ausgeführt:

- 64 - a) Tragsicherheit des Stadiondachs Die Vorinstanz ist nach Darstellung von Sachverhalt und Parteistandpunkten (act. 129 S. 23 ff.) in E. 4.3.3. zum Schluss gekommen, dass der Binder Nr. 15 im hoch belasteten Knotenbereich einen Riss von 15 cm Länge aufweise, so dass ein Mangel zu bejahen sei, auch wenn statische und bruchtechnische Überprüfungen zum Ergebnis führten, dass auf eine Nachbesserung verzichtet werden konnte. Die Beklagte habe den Mangel rügen und Nachbesserung verlangen dürfen, so dass ein diesbezüglicher Schadenersatzanspruch für die Prüfung der Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des Stadiondaches zu verneinen sei (act. 129 S. 34 f.). Die gerügten Schweissnähte würden nicht die Qualität B gemäss EN ISO 5817 aufweisen, welche in den Ausschreibungsunterlagen genannt worden seien. Auch wenn gemäss der Klägerin Fehler toleriert werden könnten, ändere dies am Vorhandensein von Mängeln allerdings nichts. Mängelrüge und Gewährleistungsersuchen seien damit berechtigt gewesen und die Statik bzw. Tragsicherheit der Dachkonstruktion habe gutachterlich geprüft werden müssen. Nachbesserungsmassnahmen und Nachbesserungskosten für die Beseitigung des Mangels der Unsicherheit würden zusammenfallen und der Klägerin sei kein Schadenersatz zuzusprechen (act. 129 S. 36). b) Prüfung der Schweissungen der Kandelaberfüsse Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang Folgendes ausgeführt: Die 31 Beleuchtungsmasten seien am unteren Ende der jeweiligen Fussplatte angeschweisst. Am 4. Juni 2010 habe die Beklagte an 18 von 31 Masten am Übergang vom Mastrohr und der Schweissnaht zum Flansch Risse gerügt (act. 129 S. 40), am 8. Oktober 2010 habe sie sich zusätzlich auf die Schweissnorm EN ISO 5817 berufen (act. 129 S. 40 f.). Das sei zulässig und kein Verstoß gegen die vertragliche Treupflicht gewesen, so dass kein Schadenersatz in Frage komme (act. 129 S. 45). Nachdem die Beklagte am 15. Februar 2010 die Q.\_\_\_\_\_ AG mit einer Untersuchung der Dachkonstruktion und materialtechnischen Abklärungen beauftragt hatte, habe die Beklagte erstmals mit Bezugnahme auf die Befunde der Q.\_\_\_\_\_ AG Korrosionsschutz, Material, Schnitte, Einsätze (Flicken) der Dachbinder und Zugstützen gerügt. Nach der Vorinstanz habe die Klägerin angesichts

- 65 - der Mängelrügen und Gewährleistungsverlangen der Beklagten keinen Vertragsabschluss über die entgeltliche Mängelprüfung annehmen dürfen und der von der Klägerin angekündigte Vergütungsanspruch für unberechtigte Mängelrügen hätte sich auf die Binder der Stahldachkonstruktion und nicht auf die Kandelaber bezogen (vgl. dazu act. 129 E. 4.4.3.). Die Beklagte habe sich auf den Prüfbericht der Q.\_\_\_\_\_ AG vom 3. Juni 2010 berufen können, der plausible Anhaltspunkte enthalten habe, so dass der Beklagten kein Handeln wider besseres Wissen vorgeworfen werden könne. EN ISO 5817 sei auch für Schweissnähte anwendbar. c) Korrosionsschutz und Spannungsrisskorrosion Nachdem die E.\_\_\_\_\_ AG in ihrem Bericht vom 1. Juli 2009 schnell voranschreitende Korrosion festgestellt habe, habe die Beklagte am 21. August 2009 Korrosionsschäden an den Zugstützenköpfen (act. 129 S. 45) und am 10. September 2010 am Korrosionsschutz aller Dachbinder gerügt (act. 129 S. 46). Die Rüge der Gefahr einer Spannungsrisskorrosion sei zu Recht erfolgt und es habe zahlreiche Berechnungen erfordert, um eine akute Gefahr ausschliessen zu können. Dabei sei erkannt worden, dass Korrosionsschutzmassnahmen nötig seien (act. 129 S. 50). Die Rüge der Gefahr einer Spannungsrisskorrosion sei zu Recht erfolgt, seien doch umfangreiche Korrosionsschutzmassnahmen erforderlich gewesen, um eine solche Gefahr in Zukunft verhindern zu können (act. 129 S. 50 ff.). Das führe letztlich zur Abweisung der Klage (act. 129 S. 53). d) 31 Stützpfiler Es habe wegen des Risses am Binder Nr. 15 und der Tatsache, dass diverse Schweissnähte der Obergurte über den Druckstützen nicht die Qualität B gemäss EN ISO 5817 aufweisen würden, einen begründeten Verdacht gegeben, dass die Tragsicherheit des Stadionsdaches hätte eingeschränkt sein können (act. 129 S. 56). Am 3. März 2010 habe die Klägerin mit der B.\_\_\_\_\_ AG, der C.\_\_\_\_\_ AG und der A.\_\_\_\_\_ Bau AG nach Plänen und Anweisungen der E.\_\_\_\_\_ AG mit dem Aufstellen von (zusätzlichen) Stützpfilern begonnen (act. 129 S. 56 f.). Aufgrund der Mängel (Riss in Binder Nr. 15, Qualitätsmängel bei diversen Schweissnähten der Obergurte) habe das Risiko für Leib und Leben

- 66 - von Stadionbesuchern nicht ausgeschlossen und mit den Stützpfilern beseitigt werden können (act. 129 S. 59), und zwar für solange, als die Ungewissheit nicht durch eine gutachterliche Prüfung beseitigt worden war. Massgeblich sei der Zeitraum der bestehenden Unsicherheit und nicht eine rückwirkende Sichtweise nach Beseitigung der Unsicherheit (act. 129 S. 60). Da das Aufstellen der Stützen am 6. März 2010 und damit vor dem 10. Mai 2010 (Beseitigung der Unsicherheit) beendet gewesen sei, hätten sämtliche Kosten der Mängelbehebung gedient (act. 129 S. 60 f.). e) Betriebs- und Hilfslieferungen der Klägerin Es geht um 989 Stunden Arbeitszeit von namentlich genannten Mitarbeitern der Klägerin sowie Sachleistungen (Kopien, Transporte, Unterbringung von Sachverständigen, Autospesen etc.). Gebe es keine Ansprüche gegenüber der Beklagten wegen Mängelrügen bzw. Nachbesserungsverlangen, so müssten auch die damit im Zusammenhang stehenden Betriebs- und Hilfslieferungen nicht ersetzt werden (act. 129 S. 61) 7. Die Ansicht der Kammer Die Klägerin hat in der Berufung die von der Vorinstanz bejahten Mängel insgesamt in Abrede gestellt und hält es für grundsätzlich unerlässlich, die Frage der Mangelhaftigkeit im Rahmen eines Beweisverfahrens zu klären. Zur Nachholung des Beweisverfahrens beantragt die Klägerin denn auch, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Berufungsbegehren Ziff. 3). Die Kammer vertritt zwar bezüglich der Tragweite von Mängelrügen und Nachbesserungsverlangen eine eigene Meinung. Es kann die Frage der Mangelhaftigkeit letztlich dann insofern doch eine Rolle spielen, als die Klägerin sich eine nachträgliche Geltendmachung der (nach ihrer Ansicht unnötigen) Prüf- und Sicherungskosten vorbehalten hat (E. III./3./a). Klarzustellen ist, dass die

Mängelfreiheit mit der schriftlichen "Unbedenklich- keitserklärung" vom 10. Mai 2010 keineswegs verbindlich feststeht und dass Um- strittenes im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens mit einem Beweisverfahren

- 67 - geklärt werden muss (vgl. act. 127 Rz 38 c), wenn die Frage, wofür die Klägerin die Beklagte in Anspruch nehmen kann, davon abhängt. Ist erstinstanzlich trotz umstrittenem Sachverhalt ohne ein Beweisverfahren entschieden worden, so ist, auch wenn die Rechtsmittelinstanz selber Beweis abnehmen kann, eine Rückwei- sung häufig unerlässlich (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Bevor dies geschieht – oder bevor die Rechtsmittelinstanz allenfalls selber Beweis abnimmt –, muss vor- ab geprüft werden, ob der Beweiserhebung nichts entgegensteht, insbesondere ob die geltend gemachten Ansprüche ausreichend substantiiert sind, damit dar- über überhaupt Beweis abgenommen werden kann. Soweit die Klage nicht sub- stantiiert ist, ist sie nämlich ohne Weiterungen abzuweisen. IV. Substantiierungsfragen 1. Allgemeines, Lehre und Rechtsprechung a) Die Klägerin macht eigene Kosten und Auslagen für Leistungen Dritter geltend, die ihr im Zusammenhang mit den Nachbesserungsersuchen der Beklag- ten entstanden sind. Entsprechend ist sie dafür behauptungs- und beweispflichtig, was genau getan wurde und was dafür aufzuwenden war. b) Die Substantiierung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche hat im vorinstanzlichen Verfahren breiten Raum eingenommen. Die Beklagte hat in act. 39 Rz 4.3 unter Bezugnahme auf die von der Klägerin eingereichten diver- sen Rechnungen (act. 2 Rz 4) auf folgende Stellen in der Klageschrift hingewie- sen: act. 2 Rz 74, act. 2 Rz 96, act. 2 Rz 101, act. 2 Rz 104, act. 2 Rz 105, act. 2 Rz 107, act. 2 Rz 108, act. 2 Rz 109, act. 2 Rz 113, act. 2 Rz 121, act. 2 Rz 127, act. 2 Rz 135, act. 2 Rz 158, act. 2 Rz 182, act. 2 Rz 229, act. 2 Rz 230, act. 2 Rz 231, act. 2 Rz 232, act. 2 Rz 240, act. 2 Rz 246, act. 2 Rz 247, act. 2 Rz 254, act. 2 Rz 260, act. 2 Rz 265, act. 2 Rz 274, act. 2 Rz 283, act. 2 Rz 292, act. 2 Rz 312, act. 2 Rz 322 und act. 2 Rz 326. Hier beziehe sich die Klägerin auf Rech- nungen, deren Beträge (Totale) sie erstattet haben wolle. Allerdings ergebe sich weder an den erwähnten noch an anderen Orten in der Klageschrift in substanti- ierter Weise, welche erbrachten Leistungen den einzelnen Rechnungen zugrunde

- 68 - liegen würden. Das heisse, die Klägerin führe nirgends auf, wer, wann, was, wie lange, und mit welchen Mitteln, zu welchem Zweck getan haben soll und was da- bei erreicht worden sei etc. Fehlen würden auch Ausführungen zur Notwendigkeit und Angemessenheit der fakturierten Leistungen. Der schlichte Verweis auf ir- gendwelche Beilagen sei unzulässig, ganz abgesehen davon, dass den Rech- nungen auch regelmässig keine Regierapporte oder andere nachvollziehbare Leistungsaufstellungen zu Grunde lägen. Das betreffe insbesondere die Klagebei- lagen act. 6/30, 6/31, 6/32, 6/38, 6/41, 6/42, 6/43, 6/44, 6/46, 6/55, 6/69, 6/78, 6/93, 6/94, 6/95, 6/96, 6/97, 6/98, 6/102, 6/103, 6/104, 6/105, 6/106, 6/107, 6/114, 6/115, 6/116, 6/121, 6/127, 6/128, 6/133, 6/146, 6/154 und 6/157. Die Beklagte bestreite daher einstweilen, dass diese Leistungen überhaupt erbracht worden seien, dass sie im Zusammenhang mit der Klage stünden und dass sie notwendig und angemessen gewesen seien. Bezüglich der Rechnungen der Subunterneh- merinnen der Klägerin – das seien insbesondere die E.\_\_\_\_\_ AG, B.\_\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_\_ AG, A.\_\_\_\_\_ Bau AG, P.\_\_\_\_\_ AG, ARGE AM.\_\_\_\_\_, AN.\_\_\_\_\_ AG und D.\_\_\_\_\_ – lege die Klägerin auch nicht dar, dass und warum sie die entspre- chenden Arbeiten/Prüfungen/Leistungen nicht im Rahmen von deren Gewährleis- tungspflicht (unentgeltlich) verlangt habe bzw. mit welcher Begründung ihr die (unentgeltlichen) Leistungen verweigert worden seien. Insofern entfalle der An- spruch aus den Rechnungen (act. 39 Rz 4.4) act. 6/31, 6/32, 6/69, 6/114,

6/115, 6/116, 6/133 und 6/154, auf die in den Randziffern der Klage (act. 2 Rz 74, act. 2 Rz 96, act. 2 Rz 105, act. 2 Rz 107, act. 2 Rz 109, act. 2 Rz 127, act. 2 Rz 158, act. 2 Rz 254, act. 2 Rz 260, act. 2 Rz 292 und act. 2 Rz 322) verwiesen werde, zum Vornherein. In der Duplik (act. 76 Rz 9) hat die Beklagte die Substantiierungsfrage erneut aufgegriffen: Dort, wo die Klägerin Beilagen zum Beweis offeriere, müsse sie den wesentlichen Inhalt derselben im Text der Rechtsschrift selber behaupten, so dass sich die Beklagte mangels einer rechtsgenügenden Substantiierung seitens der Klägerin nicht zu den Dokumenten äussern müsse. Ein blosser Verweis auf die Beilagen genüge nämlich nicht, wenn in der Rechtsschrift nicht dargelegt werde, was genau aus der Beilage abgeleitet werden wolle. Ausserdem wäre der Inhalt der einzelnen Beweismittel in die Replik aufzunehmen gewesen; die Gegenpartei müsse wissen, wozu sie sich äussern müsse und das

- 69 - Gericht müsse die Argumente nicht aus Beilagen zusammensuchen (ZR 111/2012 S. 168 f.). Was sich lediglich aus den Beilagen ergebe, sei unbeachtlich (OGer ZH, Urteil vom 8. Juni 2015, E. 4.3, LB150021, wo auf LB140037, ZR 114/2015 Nr. 2 und auf das Kassationsgericht des Kantons Zürich in ZR 1998 Nr. 87 verwiesen wird). Weiter erinnert die Beklagte daran, dass Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an eine entsprechende Behauptung erfolgen müssten und bezieht sich auf eine Unzahl von Belegstellen (act. 76 Rz 14). c) Auch die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren Ausführungen zur Substantiierung gemacht: Es sei für ihren Anspruch auf Erstattung der Kosten nicht notwendig, in der Klageschrift schematisch darzulegen, wer, wann, was, wie lange, mit welchen Mitteln und zu welchem Zweck getan habe und was dabei erreicht worden sei etc. Die meisten Rechnungen würden die Leistungen genau und nachvollziehbar beschreiben, oft über mehrere Seiten. Die Klägerin erkläre den Inhalt dieser Rechnungen zum integrierenden Bestand ihrer Rechtsschrift. Im Zusammenhang mit den Gutachter-Rechnungen würden als Leistungsbeschreibung die Gutachten selbst dienen und es brauche daher keinen zusätzlichen Leistungsbeschrieb. Eine Beschreibung aller Einzelheiten in Klage oder Replik sei für die rechtliche Beurteilung des anspruchsbegründenden Sachverhalts nicht nötig. Das Gericht könne im Zweifelsfall auf die Beweismittel greifen (act. 68 Rz 1852). Hätte die Klägerin das getan, was die Beklagte verlange, z.B. die Beweisofferte (act. 6/30) aus der Randnummer act. 2 Rz 74 in den Schriftsatz eingearbeitet, so hätte daraus keinerlei zusätzliche Erkenntnis gewonnen werden können. Das Gericht hätte dann aus der Klageschrift erfahren, dass je am 9. und 10. Februar 2010 ein uniformierter Bediensteter der J.\_\_\_\_\_ AG (mit Adresse und Tel.-Nr.) auf Bestellung von Herrn AO.\_\_\_\_\_ von der Klägerin zunächst am 9. Februar 2010 zwischen 14.00 und 17.00 h und am 10. Februar 2010 dann von 7.30 - 12.00 h, d.h. insgesamt 7 ½ h zum Stundenpreis von Fr. 62.50, d.h. Fr. 500.35 für das Bewachungsobjekt des Letzigrund Stahlbau Aufsichts- und Ordnungsdienste geleistet habe. Im Fall einer solch ausführlichen Darlegung hätte die Beklagte dann sicher bestritten, dass ein Wachmann an beiden Tagen nötig, wenn nicht sogar gänzlich überflüssig gewesen sei, weil einer oder mehrere der ohnehin dort tätigen Arbeiter die Bewachung hätten übernehmen können, weil die Klägerin ja gar

- 70 - keine besondere Qualifikation für die Bewachungstätigkeit behauptet habe und kein inländisches Diplom des Wachmannes und keine Gefahr von aggressiven/bewaffneten Störern nachgewiesen habe, etc. (act. 68 Rz 1854). d) Aus Lehre und Rechtsprechung zu den Substantiierungsanforderungen ergibt sich Folgendes: • ZR 111/2012 S. 168: Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO verlangt die Darstellung der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen

und die Bezeichnung der Beweismittel im Sinne von Art. 254 ZPO, welche den behaupteten Tatsachen zugeordnet werden müssen. Weder die Gegenpartei noch das Gericht müssen die Argumente der Klägerin zusammensuchen. • OGer ZH, Urteil vom 8. Juni 2015, LB150021, E. 4.3: Tatsachen sind so- dann in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Wenn sie sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind sie vom Gericht – soweit das Verfahren von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird – nicht zu beachten. Auch der allgemeine Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder die allgemeine Erklärung, dass eingereichte Akten als "integrierender" Bestandteil der Rechtsschrift gelten, genügt nicht. Werden Tatsachenaussagen trotz gerichtlicher Nachfrage oder Hinweis des Prozessgegners auf die ungenügende Substantiierung nicht genügend nachsubstantiiert, hat ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme zu ergehen, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre (ZR 97 Nr. 87; Willisegger, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 221 N 27 und N 30; Naegeli/Richers, KUKO ZPO, Art. 221 N 20 ff.). • OGer ZH, Urteil vom 27. Februar 2015, LB140086, E. 3.1: "[...] Richtig ist, dass die Praxis auch der erkennenden Kammer grundsätzlich streng ist und verlangt, dass die Behauptungen der Parteien grundsätzlich in den Rechtsschriften selber aufgestellt werden und nicht in Beilagen zusammengesucht werden müssen [...]. Was bei komplexen Streit-Verhältnissen in der Rechtsschrift selber stehen muss und was in Beilagen angefügt werden darf, hängt vom einzelnen Fall ab. Es ist nach Treu und Glauben zu beurteilen, was

- 71 - für eine Darstellung für die Gegenpartei zumutbar ist; keinesfalls darf das Risiko entstehen, dass der Gegner etwas Wichtiges übersieht, weil es in den Beilagen geradezu versteckt ist, und/oder weil er bei der Lektüre der Rechtsschrift keinen Anlass hat, die Beilagen zu konsultieren (OGer ZH NE100005). In der Regel erleichtert das Trennen von Behauptungen und Beweisdokumenten die Lesbarkeit einer Rechtsschrift für die Gegenpartei und Gericht. Schon bei einem mehrseitigen Vertrag ist das aber nur bedingt der Fall. Da ist es sinnvoller und für die Adressaten einfacher, in der Rechtsschrift die zentralen Bestimmungen zu zitieren und im Übrigen auf den Vertrag in der Beilage zu verweisen. So ging die Klägerin hier vor, und die Beklagte moniert es richtigerweise nicht. Die Unterlagen zu den Nachträgen füllen wie gesehen zwei Bundesordner. Das einkopiert in die Rechtsschriften hätte diese völlig unlesbar gemacht; dagegen dürfte sich die Beklagte mit Recht wehren. Die von der Klägerin hier gewählte Darstellung war für die Beklagte offenbar verständlich [...]". • OGer ZH, Urteil vom 29. Oktober 2014, LB140037, E. 3.4.: "Dabei sind die Tatsachen in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Wenn sie sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind sie vom Gericht – soweit (wie hier) die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten. Auch der allgemeine Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder die allgemeine Erklärung, dass eingereichte Akten als "integrierender" Bestandteil der Rechtsschrift gelten, genügt nicht (ZR 97 Nr. 87; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27; KUKO ZPO-Naegeli, Art. 221 N 27)". • ZR 97/1998 Nr. 87 (Kassationsgericht des Kantons Zürich zum alten, wenn auch durchaus vergleichbaren Recht): "Die Geltendmachung von Tatsachen muss spezifisch erfolgen, damit für das Gericht und die Gegenpartei der Prozessstoff klar erkennbar wird. Umstände, die sich aus den Beilagen ergeben, können nicht durch einen generellen Verweis auf diese (Beilagen) als Sachverhalt in den Prozess eingebracht werden; denn es würde für die Gegenpartei und das Gericht zu einer unzumutbaren Belastung und Unsicherheit führen, wenn sie die einzelnen Sachverhaltselemente selbst aus

- 72 - den Akten analytisch ermitteln müssten. Im Hinblick auf die Verschiedenartigkeit von eingelegten Beilagen würde oft gar nicht ersichtlich, inwieweit sich aus ihnen überhaupt Elemente des zwischen den Parteien relevanten Sachverhaltes ergeben, insbesondere, wenn die Aktenstücke Sachverhalte oder Beziehungen mit Dritten beschlagen. Durch Verweis auf die eingelegten Akten können Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten soll. Eine bloss allgemeine Bezugnahme auf eingereichte Aktenstücke und die allgemeine Erklärung eingereichte Akten zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift genügt demgegenüber – in Präzisierung zur Rechtsprechung in ZR 95 Nr. 12a – nicht. Geht in einem solchen Fall das Gericht darüber hinaus, indem es seinem Entscheid auch Tatsachen zugrundelegt, die sich zwar aus einer Beilage ergeben, auf die aber in keiner Rechtsschrift erkennbar verwiesen wurde, so verletzt es damit die Verhandlungsmaxime, weil es auf nicht behauptete Tatsachen abstellt".

e) Die vorstehenden Entscheide stecken das Problemfeld ab. Die blosserklärung, die als Beilagen eingereichten Rechnungen würden zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschriften erklärt, wird deutlich und zu Recht als genügende Substantiierung verworfen. Nach der strengen Auffassung muss alles, was in den Rechnungen steht, in die Rechtsschrift übertragen werden. Das hat die Klägerin sozusagen nirgends getan, so dass – würde der strengen Auffassung gefolgt – die Ansprüche der Klägerin zum vornherein an der fehlenden Substantiierung scheitern müssten. Die Kammer hat allerdings schon in LB140086 E. 3.1 dargelegt, dass sie dieser strengen Auffassung nicht ohne weiteres folgt, sondern sich am Massstab von Treu und Glauben orientiert: Die Verweise auf Beilagen muss übersichtlich und es muss gewährleistet sein, dass der Gegner nichts Wichtiges übersehen kann, was in den Beilagen "versteckt" ist. Ausserdem muss aus der Rechtsschrift klar sein, dass es Anlass gibt, die (übersichtlichen) Beilagen, auf die mit einem Direktverweis zugegriffen werden kann, zu konsultieren bzw. bei weni-

- 73 - ger übersichtlichen Verhältnissen müssen die Passagen, auf die verwiesen werden will, klar markiert sein, so dass sie nicht übersehen werden können. Es gibt nämlich – und auch das hat die Kammer in zitierten Entscheid erwähnt – auch das Problem von mit Einzelheiten "überladenen" Rechtsschriften, was der Lesbarkeit und der Verständlichkeit abträglich ist. Grundsätzlich ist das Gericht mit Bezug auf die Rechtsschriften und Beilagen einer Partei in der gleichen Situation wie die Gegenpartei, muss es doch die Vorbringen aufgrund der Rechtsschriften und Unterlagen ebenfalls problemlos und ohne Suchaktionen und Weiterverweise auffinden können. Ist dies nicht oder nur schwer möglich, so fehlt es an der erforderlichen Substantiierung.

f) Die Klägerin, welche sich gegen die strenge(re) Auffassung zur Wehr setzt, nennt in ihrer Replik beispielhaft zwei Situationen; act. 2 Rz 74 mit act. 6/30 betrifft die (Kleinst-)Rechnung für die Bewachung des Stadions (act. 68 Rz 1854), auf die oben bereits Bezug genommen wurde (IV./1./b). Weiter und allgemein erwähnt die Klägerin Gutachter-Rechnungen: Dort seien die Leistungsbeschreibungen die Gutachten selbst, so dass auf zusätzliche Leistungsbeschreibungen verzichtet werden könne (act. 68 Rz 1852). Die Bemerkung der Klägerin zu den Gutachten muss so verstanden werden, dass nach ihrer Ansicht weder die Rechtsschrift noch die Gutachter-Rechnungen einen Leistungsbeschrieb enthalten müssen, sondern dass Gegenpartei und Gericht aus dem beigelegten Gutachten herauslesen sollen, wofür und mit welchen Mitteln es erstellt wurde etc. Darin ist der Klägerin klar nicht zu folgen. Je

nach Detaillierung des Leistungsbeschriebs in einer Gutachter-Rechnung in Kombination mit dem Text in der Rechtschrift selbst, der direkt auf die Gutachter-Rechnung verweist, mag es sein, dass dies zur Substantiierung genügt. Fehlt ein Leistungsbeschreibung in der Rechnung, wie die Klägerin in ihrem Beispiel erwähnt, so ist es unerlässlich, dass die interessierte Partei diesen in der Rechtschrift selber hinzufügt, und zwar ganz unmittelbar beim Verweis auf die einschlägige Rechnung, andernfalls die erforderliche Substantiierung fehlt. Anhand der beiden referierten Fälle zeigt sich, dass die Klägerin den Ernst der Substantiierungsfrage offensichtlich verkennt. Zudem ignoriert die Klägerin, wie sich anhand ihrer Bemerkung im erstinstanzlichen Verfahren zeigt (act. 68 Rz 1852), dass das, was sie an Rechnungen eingereicht hat, punkto De-

- 74 - taillierung und vor allem auch punkto Leistungsbeschreibung nicht den Substantiierungsanforderungen genügt. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, was bei Regierapporten gilt, nämlich Angaben zu Arbeiterzahl, Maschinenstunden, Arbeitsstunden, Materialverbrauch etc. sowie die geleistete Arbeit (Art. 47 Abs. 1 SIA-Norm 118). Auf die einzelnen Rechnungen wird zurückzukommen sein. g) Bevor auf die Substantiierung der einzelnen Positionen der Klage eingegangen ist, ist nochmals auf den 10. Mai 2010, das Datum der massgeblichen "Unverdächtigkeitserklärung" hinzuweisen. Da die Klägerin die Kosten, die ihr vor dem 10. Mai 2010 angefallen sind, ohnehin bei der Beklagten nicht einfordern kann, müsste für Aufwendungen, die vor diesem Datum getätigt wurden, die Substantiierungsfrage nicht geprüft werden. Allenfalls bedarf es einer Abgrenzung der Kosten, sofern sie in der gleichen Rechnung zusammengefasst sind. Im Sinne einer Eventualbegründung wird die Substantiierung aber auch für diejenigen Positionen geprüft, die vor dem 10. Mai 2010 angefallen sind. h) In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Vorinstanz – wenn auch aus etwas anderen Gründen – ebenfalls auf den 10. Mai 2010 abstellt und kritisiert hat, dass die Klägerin Angaben unterlasse, welche Zeiträume die in den diversen Rechnungen fakturierten Leistungen betreffen, mit Ausnahme von vier Rechnungen der H. \_\_\_\_\_ GmbH, zu welchen die Klägerin in der Stellungnahme zur Duplik ausführe, dass zwei Rechnungen die Leistungen vor dem genannten Datum (act. 90 Rz 1591 und 1601) und zwei Rechnungen Leistungen nach dem genannten Datum betreffen (act. 90 Rz 1782 und 1789 ff.). Die Klägerin macht in der Berufung (act. 127 Rz 73 a) geltend, der Entscheid der Vorinstanz sei aktenwidrig und falsch, weil sie zu den genannten Rechnungen Zeiträume angegeben habe. Sie fügt eine tabellarische Darstellung mit einer Spalte "Nachweis Zeit-Betreffnis" ein (act. 127 Rz 73 b), aus der sich ergeben soll, welche Zeiträume die aufgelisteten Rechnungen betreffen. Konkrete Daten sind allerdings auch in dieser Tabelle nicht genannt, sondern es finden sich lediglich Hinweise auf Randnummern in der Klage (act. 2) und in der Stellungnahme zur Duplik (act. 90).

- 75 - Beispielhaft sei die Rechnung von Prof. F. \_\_\_\_\_ mit dem Verweis im "Nachweis Zeit-Betreffnis" in act. 2 Rz 182 i. V. m. Datum 21. Mai 2010 erwähnt. Im erwähnten act. 2 Rz 182 steht folgender Text: "Am 21. Mai 2010 stellte Professor F. \_\_\_\_\_ A. \_\_\_\_\_ für die Prüfungen der Statik des Daches und der Berichte der Q. \_\_\_\_\_ AG und für Beratungen der A. \_\_\_\_\_ Rechnung über CHF 12'486.00 (später berichtigt auf CHF 12'478.15) und Mehrwertsteuer. BO: Professor Dr. F. \_\_\_\_\_, RN 75, Rechnung vom 21. Mai 2010 Beilage K 78". Wird nun die der Klage beigelegte Rechnung (act. 6/78) konsultiert, so enthält diese eine grobe – für eine gehörige Substantiierung zu knappe – Leistungsübersicht (fast ausschliesslich schlichte Stichworte wie Sitzung, Brief, Telefon etc.), die auch im Text der

Klageschrift nicht zusätzlich erläutert werden. Was die Abgrenzung per 10. Mai 2010 anbelangt, ergibt sich aus der Rechnung zwar, dass nach dem 10. Mai 2010 nur noch eine Sitzung stattgefunden hat (act. 6/78 S. 2). An sich könnte der Aufwand damit auf die beiden Perioden (vor/nach dem 10. Mai 2010) aufgeteilt werden, was allerdings nicht Aufgabe der Kammer ist. Schon die Vorinstanz hat erwähnt, dass die Klägerin die Unklarheiten zur Abgrenzung vertreten müsse (act. 129 S. 38 Mitte), was umso mehr gilt, nachdem auch in der Berufung die durchaus mögliche Abgrenzung unterblieb. 2. Prüfung der Substantiierung anhand der einzelnen Klagepositionen/Rechnungen Nachfolgend ist die Substantiierungsfrage anhand der einzelnen Rechnungen und der Art und Weise, wie sie in den Rechtsschriften im direkten Zusammenhang beschrieben sind, zu prüfen. Wie erwähnt macht die Klägerin geltend, die meisten Rechnungen würden die Leistungen ohnehin genau und nachvollziehbar umschreiben (act. 68 Rz 1852). Die Beklagte hält die Substantiierung im Zusammenhang mit den geltend gemachten Positionen unter Hinweis auf eine grosse Anzahl von Aktenstellen für ungenügend (vgl. insbesondere act. 39 Rz 4.4). Für die Kammer, die die Übersichtlichkeit im vorliegenden Fall höher wertet, als die Darstellung aller erforderlichen Angaben in der Rechtsschrift selbst, genügt es – entsprechend der weniger strengen Auffassung – wenn die Rechnungen, auf die im Text der Rechtsschrift direkt verwiesen wird, zusammen mit

- 76 - den unmittelbar im Zusammenhang stehenden Ausführungen in der Rechtsschrift – je pro geltend gemachten Anspruch – eine genügende Substantiierung ergeben. a) Kosten für Leistungen Dritter zur Prüfung der Belastbarkeit des Binders Nr. 15 Ent- und Belastungsversuch Binder Nr. 15 99'260.85 Prüfung der Belastbarkeit des Binders am 25.02.10, am 02.03.10 und am Nr. 15 am 25.2. + 2./3.3.2010 gemäss Rechnungen von B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, 03.03.10 A.\_\_\_\_ Bau AG, Arch. D.\_\_\_\_, die E.\_\_\_\_ AG (act. 2 Rz 9, act. 129 S. 34) Der Betrag von Fr. 99'260.85 setzt sich gemäss act. 2 Rz 261 aus folgenden Rechnungen zusammen: aa) 2 Rz 74 mit Rechnung C.\_\_\_\_ Beklagte: Text: Nach Schliessung des Stadions verlangt Bkl. Si- Verweis auf (für ARGE T.\_\_\_\_) 39 Rz 4.3 cherung von Binder Nr. 15, 14 und 16 (2 Rz 73). ARGE 6/31 18.3.10 über 76 Rz T.\_\_\_\_ stellt nach Plänen der E.\_\_\_\_ AG 3 Stützpfel- Fr. 51949.50 1821 f. 1er auf. (S. 3 der Rechnung; "Revision Stadion". Die Kosten der Versuchsrechnung vom 25.2./3.3. und für Hilfsstützen sind separat nicht ausgewiesen. Der Text zu praktisch jeder Position gelegt, heisst: "Projektleitung, Werkstatt, Montage, Zeichner, was inkl. Nacharbeit", verschiedentlich wird hinzugefügt: stimmt) "Kran, Transport, Gegengewicht". Die Zuordnung der 76 Rz Stunden auf die einzelnen Tätigkeiten ist unklar. 1818 Die Rechnung ist ungenügend substantiiert. Zeitliche Abgrenzung (vor/nach 10.5.10) ist nicht erforderlich, da die zeitlich letzte fakturierte Rechnung vom 5. März 2010 datiert. bb) 2 Rz 74 mit Verrechnung A.\_\_\_\_ Beklagte: Text: gleich wie bei aa) weis auf act. 6/32 Bau AG 7.9.10 über 39 Rz 4.3, Rechnung: Gemäss angehängtem Schlussausfr. 12034.35 76 Rz mass geht es um Leistungen zwischen 8.2.- 1821 f. 30.7.10, nach Daten geordnet. Die Leistungen sind nach Tagen aufgeteilt in Arbeitsstunden, ausführende Personen (Bauingenieur, Polier, Zimmermann etc.), je mit Stundenansatz, Lieferung von Platten, Kantholz, Kranarbeit, Transport, Hebebühne etc.). Die Rechnung ist nicht ausreichend substantiiert: Es fehlt insbesondere der Leistungsbeschrieb, d.h. detaillierte Angaben bezüglich der ausgeführten Arbeiten (sowohl in der Rechnung als auch in den Rechtsschriften). Zeitliche Abgrenzung (vor/nach 10.5.) erforderlich, da Leistungen zwischen 8.2.10 bis 30.7.10 erfasst sind. Die Abgrenzung (vor/nach 10.5.10) wäre von der Klägerin vorzunehmen gewesen.

- 77 - cc) 2 Rz 158 Rechnung D.\_\_\_\_\_ Beklagte: Text: Planungsarbeiten zu den Versuchen Feb- Mit Verweis auf 30.4.10 über 76 Rz ruar/März 2010 zur Belastbarkeit Binder Nr. 15 6/69 Fr. 1020.00 1916 Rechnung: Stundenaufwand Februar 2010: Be- reitstellung Pläne, Detailschnitte, Teilnahme Be- sprechung vom 22.2. im Stadion: März 2010 Be- reitstellung Pläne, Detailschnitte, Mailversand Die Rechnung ist nicht ausreichend substantiiert: Keine Aufteilung der Zeit auf die verschiedenen Verrichtungen, keine genauen Datumsangaben, ausser für die Besprechung im Stadion. Eine zeit- liche Abgrenzung ist nicht erforderlich, da die fakturierten Leistungen vor dem 10.5.10 erbracht worden sind. dd) 2 Rz 260 mit Ver- Rechnung E.\_\_\_\_\_ Beklagte: Text: Am 11.8. teilte die Beklagte der E.\_\_\_\_\_ weis 6/116 AG 30.6./13.8./14.9. 39 Rz 4.3, AG mit, dass sie einen grossen Teil der Rech- 6/116 (=Rechnung 76 Rz nungen vom 1.7.10 nicht bezahle, da sie nicht 5980e) über 2017 mehr Auftraggeberin sei. Fr. 34257.00 Rechnung: Belastungsversuch Binder Nr. 15, Woche 5-22, aufgeteilt nach leistenden Personen und Anzahl Stunden. Die Rechnung ist nicht ausreichend substantiiert, insbesondere fehlt jegliche Leistungsbeschrei- bung und der konkrete Tätigkeitsnachweis der Beschäftigten. Zeitliche Abgrenzung: Rechnung für Leistungen zwischen Woche 5 und Woche 22, so dass Leistungen (grösstenteils) vor dem 10.5.10 erbracht worden sind (der 10. Mai 2010 liegt in der Woche 19); Abgrenzung wäre Sache der Klä- gerin gewesen. b) Statische und bruchtechnische Prüfung der gesamten Dachkonstruktion statische und bruchtechnische Prüfung 274835.50 Prüfung für statische + bruchtechnische der gesamten Dachkonstruktion (act. 2 Prüfungen der gesamten Dachkon- struktion gemäss Rechnungen Prof. Rz 327) F.\_\_\_\_\_ (Rechnung v. 21.5.10 = Fr. 12486), G.\_\_\_\_\_ (Rechnung 30.6.10 = Fr. 57187.50; und Rechnung v. 12.8.10 = Fr. 2913.50), H.\_\_\_\_\_ (fünf Rechnungen: 22.7.10 = Fr. 59850 + 29536.50, v. 22.7.10 = Fr. 31050 + 23515, v. 10.5.11 Fr. 2580), E.\_\_\_\_\_ AG (14.9.10 = Fr. 55717 (act. 129 S. 34, 38)

- 78 - aa) 2 Rz 182 mit Ver- Prof. F.\_\_\_\_\_ Beklagte: Text: Rechnungsstellung für Prüfung der Statik weis auf 6/78 v.21.5.10 an Klägerin 39 Rz 4.3, des Dachs, Prüfung der Berichte der Q.\_\_\_\_\_ (17.3. bis 21.5.10) 4.241 AG, Beratungen der Klägerin Fr. 12486.00 76 Rz Rechnung: Zu rudimentäre Kurzbeschreibung 1950 der Tätigkeit (insb. Sitzungen bei A.\_\_\_\_\_, Kon- trolle Bericht Belastungsversuche und anderer Berichte (Q.\_\_\_\_\_, AK.\_\_\_\_\_), aufgewendete Zeit, Stundenansatz, Spesen und gefahrene Ki- lometer sowie 3 Stunden für den Beizug einer Hilfsperson). Im Wesentlichen fehlt in der Rech- nung die Angabe, was Gegenstand der Sitzun- gen, der Tätigkeiten etc. war. Es wird nichts dazu gesagt, was Prof. F.\_\_\_\_\_ letztlich genau ge- macht hat bzw. worum es bei den Sitzungen ging. Für die Zeit nach dem 10.5.10 gibt es einen Ein- trag vom 19.5.2010 für Sitzung bei AP.\_\_\_\_\_/AQ.\_\_\_\_\_ und im Stadion Letzigrund (4.5 h/18 km/Fr. 3 Spesen). Die Rechnung ist nicht ausreichend substantiiert, insbesondere fehlt eine genaue Leistungsbe- schreibung bzw. ein konkreter(er) Tätigkeitsnachweis. Zeitliche Abgrenzung: Rechnung für Leis- tungen zwischen Woche 5 und Woche 22, so dass Leistungen (grösstenteils) vor dem 10.5.10 er- bracht worden sind (der 10. Mai 2010 liegt in der Woche 19); Abgrenzung wäre Sache der Kläge- rin gewesen. bb) 2 Rz 229 mit Ver- Rechnung G.\_\_\_\_\_ Beklagte Text: Rechnungsstellung vom 30.6.10 erwähnt: weis auf 6/93 30.6.10 39 Rz 4.3 Bruchmechanische Berechnungen, Expertisen Fr. 57187.50 76 Rz und Beratung. Beiblatt zur Rechnung "Zusam- 1916 menstellung Zeitaufwand v. 26.2.10-28.6.10", aufgeschlüsselt nach Daten, Arbeits- und Weg- zeit. Rudimentäre Stichwörter zu den erbrachten Tätigkeiten und den beschäftigten Personen. Ungenügende Substantiierung, insbes. Hinweise auf ausgeübte Tätigkeit bestimmter Perso- nen/Fachleute; Abgrenzung vor/nach 10.5.10 ist an sich möglich, jedoch nicht Aufgabe der Kam- mer. cc) 2 Rz 246 mit Ver-

G.\_\_\_\_\_ 12.8.10 Beklagte Text: Rechnung für bruchmechanische Berechnung auf act. Fr. 2913.50 39 Rz 4.3 nungen, Expertisen und Beratung. 6/104 76 Rz Rechnung: Laborkosten für fraktographische 2009 Analyse gem. Rechnung (ohne Berechnungsgrundlage) Studium Gutachten AI.\_\_\_\_\_ (durch wen?), Antwort zu Fragen RA Z.\_\_\_\_\_ Ungenügende Substantiierung, insbesondere keine Angaben zur konkreten Tätigkeit der Personen/Fachleute. Zeitliche Abgrenzung: Leistungen teilweise nach dem 10.5.10, teilweise unklar, sie ist nicht Aufgabe des Gerichts.

- 79 - dd) 2 Rz 240 mit Ver- 2 Rechnungen Beklagte: Text: Beurteilung des Sicherheitszustandes der weis auf 6/102 H.\_\_\_\_\_ GmbH 39 Rz 4.3 Dachkonstruktion von März bis Mai 2010 und 6/103 22.7.10, umgerechnet 76 Rz Rechnung 6/102: Beurteilung des Sicherheitszustandes der geschädigten Anschlüsse der Zugstangen an die Dachkonstruktion pauschal EUR 29'536.50 45'000.00. Keine beigelegte Detaillierung. Rechnung 6/103: Detaillierte Reisekosten AJ.\_\_\_\_\_/AR.\_\_\_\_\_ vom 5.3. - 10.5.10 (6/103) Rechnung "pauschal gemäss Auftrag" ist ungenügende Substantiierung. Detaillierte Reisekostenabrechnung zu undetaillierter Leistungsabrechnung: Ist die Leistungsabrechnung nicht korrekt detailliert, so können die an sich detaillierten zugehörigen Reisekosten auch nicht ersetzt werden. Keine zeitliche Abgrenzung nötig; Leistungen stammen aus der Zeit vor dem 10.5.10. ee) 2 Rz 283 mit Ver- 2 Rechnungen Beklagte: Text: Beurteilung des Sicherheitszustandes der weis auf 6/127, H.\_\_\_\_\_ GmbH vom 39 Rz 4.3 Dachkonstruktion 6/128 23.11.10 u. 76 Rz Rechnung 6/127: Zusätzliche Beurteilungen zur 22.7.10 = Fr. 31050 2038 Dachkonstruktion, Leistungen Mai - November + Fr. 23515 10, pauschal, keinerlei Detaillierung Rechnung 6/128: Beurteilung des Sicherheitszustandes der geschädigten Anschlüsse der Zugstangen an der Dachkonstruktion. Reisekosten vom 19.5.-15.6.10, detailliert nach Reisedaten, Personen, Flug, Taxi, Parken Bus samt Reisezeit, Zusätzliche Beratung unter Angabe der Berater und der Zeit. Rechnung "pauschal für die Poss. 1, 2 und 3" ist ungenügende Substantiierung. Detaillierte Reisekostenabrechnung zu undetaillierter Leistungsabrechnung: Ist die Leistungsabrechnung nicht korrekt detailliert, so können die an sich detaillierten zugehörigen Reisekosten auch nicht ersetzt werden. Keine zeitliche Abgrenzung; Leistungen stammen aus der Zeit nach dem 10.5.10. ff) 2 Rz 326 mit Ver- Rechnung H.\_\_\_\_\_ Beklagte Text: Würdigung der Vorwürfe der Beklagten im weis auf 6/157 GmbH, 10.5.11 39 Rz 4.3 Schreiben an das Audienzrichteramt Fr. 2580 (umgerechnet 39 Rz 326 Rechnung: Stellungnahme zum Schriftsatz von net) 76 Rz AS.\_\_\_\_\_/AT.\_\_\_\_\_ v. 31.01.2011 und zur Gefährdungsfahrt von Spannungsrissen durch Korrosion. Leistungen von März-April 2011. Pauschal für Stellungnahme von Prof. AJ.\_\_\_\_\_ Rechnung "pauschal für Stellungnahme von Prof. AJ.\_\_\_\_\_" ist ungenügende Substantiierung. Leistungen wurden nach dem 10.5.10 erbracht.

- 80 - gg) 2 Rz 260 mit Ver- E.\_\_\_\_\_ AG Beklagte: Text: Am 11.8. teilte Beklagte der E.\_\_\_\_\_ AG weis auf 6/114 30.6./13.8./14.9. 39 Rz 4.3. mit, dass sie einen grossen Teil der Rechnungen (act. 129 S. 34, 6/114 (= Rechnung act. 76 vom 1.7.10 nicht bezahle, da sie nicht mehr Auftragsgeberin sei. Fr. 55717 Rechnung 6/114: Honorar für Belieferung/Begleitung der Experten mit Beilage "Zusammenfassung des Stundenerfassungssystems WG", aufgeteilt nach Wochen (1-23) und nach leistenden Personen und nach Stunden. Unzureichende Substantiierung: Leistungen nur nach Wochen, Arbeitsstunden und Personen detailliert, keinerlei Angaben zu den ausgeübten Tätigkeiten, keine Leistungsbeschreibung. Zeitliche Abgrenzung: Rechnung für Leistungen

bis Woche 23 (10.5.10 liegt in der Woche 19). Aufteilung vor/nach 10.5.10 ungenau möglich, ist aber nicht Sache der Kammer. c) Prüfung Kandelaber bzw. Schweissnähte Prüfung der Kandelaber-Schweissnähte 6292.48 act. 2 Rz 9; act. 129 S. 44 zusätzlicher Nachweis der Mängelfreiheit 73442.54 act. 129 S. 44 der Kandelaber aus der Zeit nach dem 21.10.2010, vgl. act. 68 Rz 2 und Rz 1706- 1716) aa) 2 Rz 322 mit Ver- P. \_\_\_\_\_ AG 12.4.11 Beklagte Text: Prüfung der mangelfreien Schweissnähte weis auf 6/154 Fr. 6292.48 39 Rz 4.3 der Kandelaberfüsse am 6.9.2010 76 Rz Rechnung: Lieferung aus Auftrag [...], ohne De- 2053 tails. Unzureichende Substantiierung. Zeitliche Abgrenzung: Gemäss Angaben im Text liegt das Aus- führungsdatum nach dem 10.5.10. bb) 68 Rz 1715 mit Diverse Rechnungen Beklagte: Text: Erstattung der neuen Kosten der weiteren Verweis auf aus den Jahren 76 Rz Nachweise der Sicherheit der Kandelaber von 69/222 2013/4 gemäss Zu- 1670 f. insgesamt Fr. 73442.54 sammenstellung Die Sammelbeilage 69/222 enthält: (Blatt 1) zuvorderst • Rechnung AU. \_\_\_\_\_ (28.5.13) für Überset- in act. 69/222 zung Ital./dt. (Übersetzung des Schreibens der Herstellerin, 90 Rz 1495). Herstellerin wovon?) • Rechnung H. \_\_\_\_\_ (28.6.13) für Lichtmasten (Reisekosten sind detailliert, angehängt ist ein Stundennachweis, mit sehr schematischen mit immer wiederkehrenden und wenig aussagekräf- tigen Stichworten (Bericht/Gutachten erstellen, Berechnungen durchführen, Versuch/Messung durchführen, Besprechung/Termin ausser Haus, Unterlagen sichten, Keine Leistungsbeschrei- bung) • Rechnung H. \_\_\_\_\_ (9.1.14) für Lichtmasten

- 81 - (act. 91/350: Reisekosten detailliert, Stunden- nachweis mit Datum, Person, Stichwort (Be- richt/Gutachten erstellen, Telefona- te/Schriftverkehr/Emails, Berechnungen durch- führen), Stundenzahl, Stundenansatz) zu wenig detailliert. • Rechnung A. \_\_\_\_\_ Schweiz AG (6.6.13) Vermessungsleistungen 1.5.13-31.5.13, ohne Detaillierung (90 Rz 1490), nicht gesagt wofür. • AV. \_\_\_\_\_ AG (13.11.13) Korrosionsschutz an den Bindern ausbessern unter Nennung der Produkte, (Datum, PW, Stückpreis, 90 Rz 1491) • Rechnung Stadion Letzigrund (3.7.13) für Raummiete für Mittwoch, 26.6.13 (90 Rz 1492). Keine Angaben wofür. • Rechnung AW. \_\_\_\_\_ AG Skyworker (31.5.13) (90 Rz 1488) Angaben der Daten, Stunden, Preis. Kontrollarbeiten/Messungen an Beleuch- tungskörper. Kein Leistungsbeschrieb • Rechnung BA. \_\_\_\_\_ AG (10.6.13) Halter- rahmen, unklar wofür (90 Rz 1489) • Rechnung BB. \_\_\_\_\_ für Getränke (27.6.13) (90 Rz 1493). Getränke detailliert. Kein Anlass bezeichnet. Rechnungen zu wenig substantiiert. Zeitliche Abgrenzung: Die Leistungen stammen alle aus der Zeit nach dem 10.5.10. d) Prüfung der Grundierung des Korrosionsschutzes Prüfung der Grundierung des Korrosions- 62500.10 Rechnungen I. \_\_\_\_\_ vgl. act. 129 S. 4, schutzes (act. 2 S. 9) S. 51 (1.7. 10 ■ 9354.63; 22.10.10 ■ 2178; 28.2.11 ■ 50967.47; alles zuzüglich 7.6 % MWST) aa) 2 Rz 231 mit Ingenieurbüro ...- Beklagte Text: Rechnung Beratung Korrosionsschutz Verweis auf Rz I. \_\_\_\_\_ 1.7.10 39. Rz 4.3 Rechnung: Begutachtung Stadion v. 6/98 EUR 6'541.- = 76 Rz 1999 3.6.10, Begutachtung und Vorbereitung Be- Fr. 9'354.63 sichtigung, Erstellung Gutachten für Korro- sionsschutzkonzept, Bewertung der Sanie- rungsmassnahmen, 5,5 x Tagessatz, De- taillierte Reisekosten (Flug, Auto zum Flug- hafen, Parken, Taxi). Keine ausreichend genauen Zeitangaben, zu summarischer Leistungsbeschrieb. Keine zeitliche Abgrenzung möglich. bb) 2 Rz 274 mit Ver- Ingenieurbüro ...- Beklagte: Text: Prüfung der Expertise der S. \_\_\_\_\_ AG weis auf 6/121 I. \_\_\_\_\_ 22.10.10 39 Rz 4.3, (aufgrund Expertise wurde Grundierung Korrosi- EUR 1650.00 = 39 Rz 5.2, onsschutz als mangelhaft gerügt und Gesamter- Fr. 2178 76 Rz neuerung verlangt) 2025 Rechnung: Schriftliche Stellungnahme zum Gut- achten Fa. S. \_\_\_\_\_ AG inkl. Literaturübersicht 15 h à EUR 110, ohne Daten des Tätigwerdens

- 82 - Keine ausreichend detaillierten Zeitangaben, zu summarischer Leistungsbeschreibung, keine zeitliche Abgrenzung möglich. cc) 2 Rz 312 f. mit Rechnung ...- Beklagte Text: Rechnung für Prüfung des Korrosions- Verweis auf I. \_\_\_\_\_ 28.2.11 39 Rz 4.3, schützes durch Prof. I. \_\_\_\_\_ und W. \_\_\_\_\_ 6/146, EUR 39509.67 = 76 Rz Rechnung: Begutachtung des Stadions vom 90 Rz 1783 ff. mit Fr. 50967.47 2047 11.10. - 15.10. und Vorbereitung der Besichti- Verweis auf 6/124 gung, Gutachten für Korrosionsschutzkonzept, (Inspektions- Bewertung der Sanierungsmassnahmen je 5 Ta- bericht), 6/129 gessätze, Vorstellung Ergebnisse in ZH am (Prüfbericht ...), 16.11.10 in ZH, 10 Tagessätze, Reisekosten de- 91/362 tailliert. Kosten BC. \_\_\_\_\_-Duisburg für die Unter- suchungen zur Qualität des Korrosionsschutzes auf dem Dach, Berichte, inkl. Reisekosten und Hotel. Kostenbelege (nur Reisekosten) sind gemäss 90 Rz 1786 als 91/362 eingereicht worden. Nach- reichen von Belegen mit der Stellungnahme (act. 90) ist verspätet. Es fehlt insbesondere die detaillierte Arbeitsbeschreibung und die Detaillierung der Kosten der BC. \_\_\_\_\_ Duisburg. Zeitliche Abgrenzung: Die Ausgaben stammen aus der Zeit nach dem 10. Mai 2010. e) 31 Stützpfiler 31 Stützpfiler 679393.65 act. 129 S. 59: B. \_\_\_\_\_/C. \_\_\_\_\_ 493'321.80, J. \_\_\_\_\_ AG 465.-, A. \_\_\_\_\_ Bau AG 165'247.85, E. \_\_\_\_\_ AG 20'359, je mit 7.6 % MWST aa) 2 Rz 263 mit Teil der Rechnung Beklagte: Text: Klägerin zahlte Rechnungen (nament- Verweis auf 6/31, C. \_\_\_\_\_ 18.3.10 39 Rz 4.3 lich erwähnter) Dritter 2 Rz 127 Fr. 493'321.80 76 1818, 1821 Rechnung: 1.3. -5.3.10 Hilfsstützen: Pro- jektleitung, Werkstatt, Montage, Zeichner inkl. Nacharbeit, Transport, Kran. Kleinma- terial, Miete Rohrstockel fix für 3 Monate. 4.-5.6.10: Einbau Futterbleche Bolzen. Pro- jektleitung, Werkstatt, Montage, Zeichner Keine ausreichende Substantiierung (standardisierte, immer wiederkehrende Stichworte ohne konkreten Aussagewert, kein Tätigkeits-/Leistungsbeschrieb). Leistungen wurden vor dem 10.5.10. erbracht. bb) 2 Rz 74 mit Ver- Teil der Rechnung Beklagte Text: Klägerin zahlte Rechnungen (nament- weis auf act. 6/32, A. \_\_\_\_\_ Bau AG 39 Rz 4.3 lich erwähnter) Dritter Rz 263 . 7.9.10 76 Rz 1818, Rechnung: Notstützen gemäss angehäng- Fr. 165'247.85, 1821 tem Schlussermass geht es um Leistungen zwischen 8.2.-31.7.10, nach Daten geordnet. Die Leistungen sind nach Tagen aufgeteilt in Anzahl Arbeitsstunden, ausführende Funktio-

- 83 - nen (Bauingenieur, Polier, Zimmermann etc., je mit Stundenansatz), Lieferung von Platten Kantholz, Kranarbeit, Transport, Hebebühne, Hubstapler Toyota, Betonelemente, Miete ...- turm mit Betonelementen etc. Kein Leis- tungsbeschrieb, d.h. keine detaillierte Anga- ben bezüglich der ausgeführten Arbeiten, der Verwendung von Material und Einsatz von Gerätschaften Keine ausreichende Substantiierung. Zeitliche Abgrenzung erforderlich und möglich, ist aber nicht Sache der Kammer. cc) 2 Rz 74 mit Ver- J. \_\_\_\_\_ 28.2.10 ■ Beklagte: Text: Bei Anlieferung Stützpfiler: Bewa- weis auf 6/30 Fr. 465.00 39 Rz 4.3, chung Stadion gegen unerwünschte Besu- 76 Rz 1821 f. cher. Rechnung: Unsere Dienste vom 9. 2.10 (v. 14-17 h) und 10.2.10, 1 (v. 7.30 - 12 h) 1 uni- formierter Sicherheitsangestellter, Knapp ausreichende Substantiierung. Leistungen vor dem 10. Mai 2010 erbracht. dd) 2 Rz 260 mit E. \_\_\_\_\_ AG Beklagte: Text: Am 11.8. teilte Beklagte der E. \_\_\_\_\_ AG Verweis auf 30.6./13.8./14.9. 39 Rz 4.3 mit, dass sie einen grossen Teil der Rechnungen 6/115 6/115 (= Rechnung 76 Rz vom 1.7.10 nicht bezahle, da sie nicht mehr Auf- 5980d) 2017 traggeberin sei. Rechnung 6/115: Honorar für die Montage der Hilfsstützen. Beilage: Zusammenfassung des Stundenerfassungssystems WG, aufgeteilt nach Wochen (5-10) und nach leistenden Personen und Stunden. Keine ausreichende Substantiierung, es fehlt jeglicher Hinweis, was von den genannten Personen gemacht wurde, kein Leistungsbeschrieb. Zeitliche Abgrenzung erforderlich (2010 ■Wochen 5- 10,

2011■ Wochen 8-9), was aber nicht Aufgabe des Gerichts ist. ee) Mietzins für Stützen: Die Klägerin hat geltend gemacht, dass die Beklagte die Stützen erst ungefähr am 16. Juli 2010 entfernt habe (act. 2 Rz 236). Die Beklagte habe die Pfeiler zuerst für die eigene Mängelsuche und seit Juni 2010 für ihrer "Sanierung" genutzt, was regelmässig nur gegen Entgelt erhältlich sei (act. 68 Rz 1691). Die Klägerin habe nie Stützpfeiler geschuldet, so dass die Beklagte diese nur gegen Vergütung behalten durfte (act. 68 Rz 1971, Rz 2017). Sie habe die Stützen wie ein Mieter genutzt, wofür sie einen Mietzins (Art. 253 OR) bezahlen müsse (act. 68 Rz 1691 f.), der proportional zum Zeitablauf (10. Mai 2010 bis

### **E. 3**

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein und von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Sind die Anforderungen erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Ihre Kognition ist umfassend, sie kann sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dabei kann sich die Berufungsinstanz abgesehen von offensichtli-

- chen Mängeln darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A\_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2015 E. 5 unter Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014 E. 2.4; BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; Reetz/Theiler, ZK ZPO, 3. A. 2016, Art. 310 N 5 und 6; Art. 311 N 36). Es ist nachstehend auf die erhobenen Einwendungen soweit erheblich einzugehen.

### **E. 4**

In der Berufung (act. 127 Rz 17 e) hat die Klägerin mitgeteilt, "dass [sie] die Forderung für die Prüfung der Warmwasserversorungen (CHF 7'148.28) fallen lässt, weil hier sicherer Aufwand und ungewisser Ertrag zu weit auseinanderklaffen". Der zuletzt vor Vorinstanz eingeklagte Betrag hat Fr. 1'863'920.86 betragen, die mit der Berufung verlangte Summe Fr. 1'856'229.31, was eine Differenz von Fr. 7'691.55 ergibt. Eine Erklärung für die Differenz der Beträge findet sich in der Berufung nicht, anzunehmen ist, dass der Unterschied auf die Mehrwertsteuer zurückzuführen ist. Da das mit der Berufung reduzierte Rechtsbegehren massgeblich ist, wird die Reduktion auf diesem Betrag, d.h. Fr. 1'856'229.31 berechnet, was Fr. 7'691.35 ergibt.

### **E. 5**

Eine Antwort der Beklagten wurde gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO nicht eingeholt. Die Sache ist spruchreif. II. 1. Übersicht zu den eingeklagten Forderungen Der eingeklagte Betrag setzte sich ursprünglich aus folgenden Teilbeträgen zusammen (vgl. auch Übersicht act. 2 S. 9): Zuordnung Vorinstanz Ent- und Belastungsversuch Binder Prüfung der Belastbarkeit des Binders Nr. 15 am Nr. 15 am 25.02.10, am 02.03.10 und 99260.85

25.2. + 2./3.3.2010 gemäss am 03.03.10 Rechnungen von B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ Bau AG, Arch. D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ (act. 129 S. 34)

- 7 - statische und bruchtechnische Prü- Prüfung für statische + bruchtechnische Prüfungen fang der gesamten Dachkonstruktion 274835.50 der gesamten Dachkon- struktion gemäss Rech- nungen Prof. F.\_\_\_\_\_ (Rechn. v. 21.5.10 = Fr. 12486), G.\_\_\_\_\_ (Rechn. 30.6.10 = Fr. 57187.50; Rechn. v. 12.8.10 = Fr. 2913.50), H.\_\_\_\_\_ (Rechn. 22.7.10 = Fr. 59850 + 29536.50, v. 22.7.10 = Fr. 31050 + 23515, v. 10.5.11 Fr. 2580), E.\_\_\_\_\_ (14.9.10 = Fr. 55717 (act. 129 S. 34, 38) Prüfung der Kandelaber- 6292.48 vgl. act. 129 S. 44 Schweissnähte Prüfung der Grundierung des Korrosi- 62500.10 Rechnungen I.\_\_\_\_\_ vgl. act. 129 S. 49; S. 51 (1.7. onsschutzes

## **E. 10**

Mai 2010 von den Sachverständigen nachgewiesen worden, lasse sich ablei- ten, dass mindestens zuvor Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs der Dachkonstruktion bestanden habe, so dass eine Mängelrüge mit Aufforderung zur Nachbesserung begründet gewesen sei. Zum Teilbetrag von Fr. 274'835.50 nennt die Vorinstanz die verschiedenen Rechnungsdaten und Rechnungsbeträge und führt an: "Mit Ausnahme von vier Rechnungen der H.\_\_\_\_\_ GmbH, zu welchen die Klägerin in der Stellungnahme zur Duplik ausführt, dass zwei Rechnungen Leistungen vor dem 10. Mai 2010 (act. 90 Rz. 1591 u. 1601) und zwei Rechnun- gen Leistungen danach (act. 90 Rz. 1762 u. 1769 ff.) betreffen [...], macht sie le- diglich Angaben zum Rechnungsdatum und pauschal zu den ausgeführten Arbei- ten. Damit fehlt es an Behauptungen der Klägerin, um zu bestimmen, welche Ar- beiten zu welchen Kosten nach dem 10. Mai 2010 ausgeführt wurden. Fest steht jedenfalls, dass die Klägerin die CHF 274'835.50 für statische und bruchtechni- sche Prüfungen der gesamten Dachkonstruktion verlangt. Daraus ist zu folgern, dass es sich zumindest bei einem Teil dieser Leistungen um Mangelbehebungs- bzw. Nachbesserungskosten zur Ausräumung der Ungewissheit über die Risiken der Dachkonstruktion handelt, welche die Klägerin zu tragen hat. Da angesichts der fehlenden Behauptungen unklar ist, welchen Betrag der andere Teil der Rechnungen ausmacht, kommt auch deswegen kein Schadenersatzanspruch der Klägerin in Frage" (act. 129 S. 38). In act. 129 S. 38 weist die Vorinstanz noch- mals darauf hin, dass Dr. L.\_\_\_\_\_, Prof. M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_ und Prof. O.\_\_\_\_\_ als Privatgutachter und nicht als Stellvertreter bzw. Entscheidungsträger der Beklag- ten gehandelt hätten, so dass deren Wissen bzw. allfälliger böser Glaube nicht

- 11 - der Beklagten zugerechnet werden könne, zumal seitens der Klägerin keine An- haltspunkte vorgebracht worden seien, dass sie die Beklagte anders informiert hätten als es sich aus ihren Berichten und Gutachten ergebe, wobei es massge- blich auf den Zeitpunkt der Mängelrügen bzw. des Gewährleistungsverlangen an- komme und nicht auf spätere Gegengutachten. Da wegen des Risses am Binder Nr. 15 sowie der Schweissnähte der Obergurte Mängel zu bejahen seien, hätte die Klägerin aufzeigen müsse, welche Kosten die Spannungsrisskorrosion betref- fen würden. Ein konkludenter weiterer Vertragsschluss betreffend Mängelbehe- bung sei ausgeschlossen, unberechtigte Bereicherung und Geschäftsführung oh- ne Auftrag kämen nicht in Frage (act. 129 S. 39). Der vorinstanzlichen Entscheid (act. 129) behandelt ab S. 40 das Problem betreffend die Kandelaberfüsse. Dabei handle es sich um Beleuchtungsmasten aus Stahl, die je auf der stadioninnenseitigen Spitze der 31 Binder stehen. Die Beklagte habe am 4. Juni 2010 (und nochmals am 17. August 2010) gerügt, dass sich bei 18 von 31 Masten am Übergang vom Mastrohr und der Schweissnaht zum Flansch (näher beschriebene) Risse gebildet hätten.

Am 6. September 2010 habe die Klägerin eine sachverständige Prüfung der Verschweissungen der Kandelaber-Füsse vornehmen lassen. Am 10. September 2010 habe die Beklagte an der Rüge festgehalten, am 14. September 2010 habe die Klägerin geantwortet, dass es keine Risse und damit auch keinen "Rissmangel" gebe; die Beklagte habe die Rüge am 8. Oktober 2010 wiederholt und sich auf die Schweissnorm EN ISO 5817 berufen; die Klägerin habe das am 22. November 2010 bestritten. Für die Prüfung der Schweissnähte habe die P.\_\_\_\_\_ AG Rechnung über Fr. 6'770.70 gestellt (act. 129 S. 40 f.). Die Vorinstanz weist darauf hin (act. 129 S. 44), dass angesichts der beklagtischen Mängelrügen und Gewährleistungsverlangen nicht von einem konkludenten (weiteren) Vertragsschluss betreffend entgeltlicher Prüfung der gerügten Mängel ausgegangen werden könne, zumal sich die von der Klägerin vorbehaltenen Vergütungsansprüche auf die Binder und nicht auf die Kandelaber bezogen hätten. Q.\_\_\_\_\_ AG/bzw. N.\_\_\_\_\_ seien Privatgutachter und nicht Stellvertreter der Beklagten, so dass ein allfälliger böser Glaube nicht der Beklagten zuzurechnen sei. Wegen des Prüfberichts der Q.\_\_\_\_\_ AG vom 3. Juni 2010 hätten plausible Anhaltspunkte für Mängel bestanden. Es habe

- 12 - genügt, wenn die Beklagte – ohne sich auf eine Norm zu stützen – das gerügt habe, was äusserlich von der Q.\_\_\_\_\_ AG festgestellt worden sei. Die Erwähnung von EN ISO 5817 ändere daran nichts (act. 129 S. 45). Der vorinstanzlichen Entscheid (act. 129) behandelt ab S. 45 die Fragen von Korrosionsschutz und Spannungsrisskorrosion. Die Beklagte habe die E.\_\_\_\_\_ AG im Dezember 2008 mit der Überwachung der Dachkonstruktion und insbesondere deren Korrosionsbeschichtung beauftragt, welche im März/April 2009 begonnen habe. Im Bericht vom 1. Juli 2009 sei schnell voranschreitende Korrosion und die Gefahr von Spannungsrisskorrosion (= Keimbildung und Wachstum von Rissen in Werkstoffen) genannt worden, worauf die Beklagte am 21. August 2009 Korrosionsschäden an den Zugstützenköpfen (Rüge Nr. 2.26) gerügt habe. Im September 2009 seien die frei zugänglichen Korrosionsbeschichtungen saniert worden, wobei allerdings der grössere Teil nicht frei zugänglich sei. Die Klägerin habe am 21. September 2009 (u.a.) eine Beschädigung des Korrosionsschutzes der Zugstützenköpfe anerkannt. Am 15. Februar 2010 habe die Beklagte die Q.\_\_\_\_\_ AG mit der Untersuchung der Dachkonstruktion und materialtechnischen Abklärungen beauftragt, was am 19. Februar 2010 unter Bezugnahme auf die Befunde der Q.\_\_\_\_\_ AG zur Rüge näher bezeichneter Mängel an Dachbindern und Zugstützen und zur Geltendmachung der Gefahr eines Einsturzes geführt habe. Prof. I.\_\_\_\_\_ habe der Klägerin am 1. Juli 2010 für die Begutachtung des Korrosionsschutzes Rechnung von Fr. 9'354.63 gestellt. Am 17. August 2010 habe die Beklagte generell mangelhafte Korrosionsbeschichtung gerügt und ganzflächige Nachbesserung aller Dachbinder verlangt; am 10. September 2010 sei die Rüge unter Vorlage einer Expertise von R.\_\_\_\_\_ (S.\_\_\_\_\_ AG) wiederholt worden. Die Klägerin sowie die ARGE T.\_\_\_\_\_ (B.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_) hätten zwischen dem 1. und 4. Oktober 2010 von Ingenieur U.\_\_\_\_\_/U1.\_\_\_\_\_ GmbH ein Gutachten erstellen lassen. Prof. I.\_\_\_\_\_/Labor für Korrosionsschutztechnik und V.\_\_\_\_\_/W.\_\_\_\_\_ hätten vom 12.-15. Oktober 2010 den Korrosionsschutz der Dachbinder geprüft. Am 28. Februar 2011 habe Prof. I.\_\_\_\_\_ der Klägerin für sich und die W.\_\_\_\_\_ für die Prüfungen des Korrosionsschutzes Rechnung für Fr. 50'967.47 gestellt (act. 129 S. 47). Die Vorinstanz wiederholt auch in diesem Zusammenhang, dass es angesichts der beklagtischen Mängelrügen und Ge-

- 13 - währleistungsverlangen keinen (konkudenten) Vertragsschluss gegeben haben könne (act. 129 S. 51), zumal sich die vorbehaltenen Vergütungsansprüche nicht auf den Korrosionsschutz bezogen hätten. Wiederholt wird auch, dass wegen des bestehenden TU-Vertrages keine Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage komme. Nochmals erwogen wird, dass Privatgutachter nicht als Stellvertreter/Entscheidungsträger der Beklagten gehandelt hätten, so dass ihr weder deren Wissen noch ein allfälliger böser Glaube zugerechnet werden könne. Expertenberichte seien gegebenenfalls plausible Anhaltspunkte für berechnete Mängelrügen und Gewährleistungsverlangen und sprächen gegen ein Handeln wider besseres Wissen (act. 129 S. 51). Die drei Rechnungen I. \_\_\_\_\_ würden sich auf Leistungen für die gesamten Dachbinder beziehen. Die Rechnung vom 1. Juli 2010 (Fr. 9'354.63) betreffe die Erstellung eines Gutachtens für ein Korrosionsschutzkonzept und die Bewertung von Sanierungsmassnahmen und zeitlich auf Rügen nach dem 17. August 2010 und die Folgezeit. Da Leistungen vom 3.,

#### **E. 14**

und 29. Juni 2010 erwähnt seien, seien spätere Rügen und Gewährleistungsverlangen nicht erfasst. Auch bei der Rechnung vom 22. Oktober 2010 (Fr. 2'178.-) geht die Vorinstanz davon aus, dass diese nicht nur die bewitterten Knoten betrifft. Auch bei der dritten Rechnung I. \_\_\_\_\_/W. \_\_\_\_\_ sei es nicht nur um die Knoten gegangen, sondern – wie die Klägerin selber ausführe – um die Korrosionsschutzbeschichtung des gesamten Stadionsdachs (20'500 m<sup>2</sup>), was nicht nur Leistungen für die Prüfung der nicht bewitterten Dachaufhängungen bzw. Knoten betreffe, auf die sich die Klägerin beziehe (act. 129 S. 52). Die Klägerin hätte anzeigen müssen, welcher Teil der Rechnung sich auf die Knoten beziehe, so dass die Klage auch aus diesem Grund abgewiesen werden müsse. Eine Anpassung der Forderung um die Reduktion für die Auslagen für Korrosionsschutz sei ebenfalls nicht erfolgt. Zu den Stützpfeilern hat die Vorinstanz Folgendes ausgeführt (act. 129 S. 56): Nach der Meldung der Verlängerung des Risses im mittleren Stegblech des Binders Nr. 15 durch die E. \_\_\_\_\_ AG am 8. Februar 2010 habe die Beklagte das Stadion geschlossen, und die ARGE ... T. \_\_\_\_\_ sowie A. \_\_\_\_\_ Bau AG hätten nach Anweisung der E. \_\_\_\_\_ AG drei Stützen unter die Binder Nr. 14, 15 und

#### **E. 16**

Juli 2010) zu vergüten sei. Die Klägerin nennt – soweit ersichtlich – erstmals in der Berufung einen Betrag, nämlich mindestens Fr. 330'000.- (act. 127 Rz 85 a) b). Auf welcher Zahlenbasis sich dieser Betrag ermittelt, ist nirgends erwähnt, auch nicht an den verwiesenen Stellen in der Replik, wo überhaupt keine Zahlen genannt sind. Die Beklagte hat zu Recht eingewendet, dass es keinen Konsens über ein Mietverhältnis gebe (act. 76 Rz 1645). Im Zusammenhang mit der Substantiierung ist festzuhalten, dass die Klägerin mit der Bezifferung des Anspruch zu spät kommt und ohnehin erläutern müsste, wie genau sie den Anspruch berechne, ganz abgesehen davon, dass kein diesbezügliches Rechtsbegehren gestellt wurde. Der Betrag von Fr. 330'000.- kann jedenfalls nicht berücksichtigt werden. f) Betriebliche Leistungen und Hilfsleistungen betriebliche Leistungen und Hilfsleistungen 327794.05 act. 129 S. 61: Aufwand bis 31.10.10 ■ Klägerin 223652.50, Aufwand bis 31.12.10 ■ 104141.55 2 Rz 275, Rz 460 Interner Beleg 6/122 Beklagte Zusammenstellung der Arbeitsleistung in act. 39 Rz 4.3 2 Rz 275, Zeitraum nach Monaten, Anzahl 76 Rz 2160 Arbeitsstunden von 7 A. \_\_\_\_\_ - Mitarbeitenden (insg. 989 h) zwischen 1.2.10 und 31.10.10 = 223652.50 Spesen: Kopien, Auto, div. Spesen v. 1.2.10- 31.12 10 = 104141.55 Inhaltlich (was wurde von wem gemacht und warum) bei

weitem keine ausreichende Substantiierung. Zeitliche Abgrenzung ist Sache der Klägerin. Anzumerken ist, dass nach ZR 88/1989 Nr. 94 E. 9.2. der Arbeitsaufwand eines Mitarbeiters nur dann ein Vermögensschaden ist, wenn ein Mehreres an Lohnkosten anfällt oder der Mitarbeiter dadurch von anderen Arbeiten abgehalten wird. Der Zeitaufwand als solcher ist nicht schon Schaden, sondern es muss nachgewiesen werden, welcher Nettogewinn der Unternehmung durch die anderweitige Beanspruchung der Mitarbeiter entgangen ist. Auch diesbezüglich ist keine Substantiierung erfolgt. 3. An die Klägerin abgetretene Forderungen unbezahlt gebliebene Rechnungen der E.\_\_\_\_\_ AG (act. 2 Rz 358) 185772.75 unbezahlt gebliebene Rechnung von Prof. F.\_\_\_\_\_ (act. 127 Rz 12b). Gemäss act. 2 Rz 498 betrifft dies Leistungen vom 3535.60 23.-26.2.10 unbezahlt gebliebene Rechnung vom 22.9.10 der K.\_\_\_\_\_ an die Beklagte für Messungen am Stadion Letzigrund vom

- 85 - 24.02.-8.3.10 (act. 6/38) 17480.00 a) Das geltend gemachte Guthaben von E.\_\_\_\_\_ AG setzt sich wie folgt zusammen: Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5976 (act. 6/94) vom 1.7.10 für Tragwerküberwachung, Erweiterung Inspektionen, Aufnahmen = Fr. 58'499.50 ./ 33'290 ./ 10'836 14370.00 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5977 (act. 6/95) vom 1.7.10, Honorar für Aufwand vom 8.2.- 4.6.10, Begleitung der Experten der Stadt Zürich 9'790.00 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5978 (act. 6/96) vom 1.7.10, Honorar für Aufwand vom 8.2.10-4.6.10, Verstärkung Obergurte, Belastungsproben inkl. Vorarbeiten (z.B. Kon- 26288.00 zept Galgen, Auswertung, 51'725 ./ 25'437.00 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5979 (act. 6/97) vom 1.7.10. Durch die E.\_\_\_\_\_ AG bezahlte Leistungen Dritter für Endoskopische Untersuchungen Ohren 35012.25 Keine Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG machen bis Ende März 2010 488 Mannstunden, berechnet zu Kostenansätzen KBOB geltend. Rissaufnahme der Aufhängung des Binders Nr. 15 und Inspektion der Aufhängungen aller anderen Binder (act. 2 Rz 481 - 484) 85804.00 Keine Rechnung Berechnung alternativer Lastpfad (76.5 h) Instruktion, Beratung und Belieferung der Sachverständigen des Stadtrates (21 h) nach Ansätzen KBOB (act. 2 14508.00 Rz 486 ff.) durch E.\_\_\_\_\_ AG Die Vorinstanz hat zu den der E.\_\_\_\_\_ AG an die Klägerin abgetretenen Forderungen Folgendes ausgeführt: Im November 2009 habe die Beklagte die E.\_\_\_\_\_ AG mit einer visuellen Untersuchung des Korrosionsschutzes des Stadionsdaches beauftragt. Der bezügliche Bericht sei in seiner Schlussfassung am 14. Dezember 2009 vorgelegt worden. Am 11. Januar 2010 habe die Beklagte von der E.\_\_\_\_\_ AG Unterlagen und Informationen sowie die Begleitung der Sachverständigen der Beklagten verlangt. Die am 16. Dezember 2009 zwischen den Vertretern der Parteien vereinbarte Untersuchung der Aufhängung der 31 Dach-Binder mit einem Endoskop sei ca. am 11. Januar 2010 vorgenommen worden und am 15. Januar 2010 hätten die Parteien eine gründliche Sichtung sämtlicher Dachaufhängungen durch die E.\_\_\_\_\_ AG und eine bruchmechanische Prüfung der Spannungsrissgefahr durch einen von der Beklagten zu beauftragenden Sachverständigen beschlossen. Am 9. Februar 2010 habe die Beklagte die Sicherung der Binder Nr. 14-16 verlangt. Die E.\_\_\_\_\_ AG habe unter Beizug Dritter Untersuchungen durchgeführt, sie habe die Beklagte beraten und an Besprechungen teilgenommen etc. Sie habe die Arbeiten unter den Augen der Beklagten durchgeführt und angenommen, sie arbeite für die Beklagte gegen Vergütung (act. 129 S. 64 f.). Da Ursache und Länge des Risses im Binder Nr. 15 unbekannt geblieben seien, habe Prof. F.\_\_\_\_\_ Versuche mit Binder Nr. 15 mit Lasten empfohlen, womit die Beklagte einverstanden gewesen sei, und Prof. F.\_\_\_\_\_ und AC.\_\_\_\_\_ hätten das Einverständnis als einen zu vergütenden Auftrag verstanden. Der Ent-

- 86 - lastungsversuch vom 25. Februar 2010 habe die Sicherheit bestätigt, die Beklagte habe trotzdem Stützpfiler für alle Binder verlangt, was die E.\_\_\_\_\_ AG als entgeltlichen Auftrag verstanden habe (act. 129 S. 65). Die abgetretene Forderung stütze die Klägerin auf den Vertrag der E.\_\_\_\_\_ AG mit der Beklagten, allenfalls müsse die Beklagte den ihr zugekommenen Vorteil gestützt auf andere Rechtsgrundlagen vergüten. Die Beklagte gehe von einer Beendigung des von ihr der E.\_\_\_\_\_ AG erteilten Auftrages mit dem Bericht vom 25. November 2009 aus. Nur die Überwachungs-Tätigkeit sowie die periodische Prüfung der Dachkonstruktion sowie die Mitwirkung bei den Belastungstests ab Juni 2010 habe die E.\_\_\_\_\_ AG im Auftrag der Beklagten erledigt. Die Vertreter der E.\_\_\_\_\_ AG hätten anlässlich des Fachgespräches vom 16. Dezember 2009 versprochen, dass die E.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin der Klägerin bis zum 15. Januar 2010 ein System zur Inspektion der Knoten präsentieren würde. Vereinbart worden sei gar nichts; vielmehr habe die Klägerin diese Leistung unentgeltlich als Nachbesserungsvorschlag zu erbringen gehabt (act. 129 S. 66 f.). Die Meldung des sich schnell vergrössernden Risses am Binder Nr. 15 habe bei sämtlichen Beteiligten grösste Unsicherheit ausgelöst. Dass die Beklagte in dieser Situation die Abklärungen durch die Klägerin und die E.\_\_\_\_\_ AG zugelassen habe, liege auf der Hand. Die E.\_\_\_\_\_ AG habe daraus aber nicht auf einen Vertrag mit der Beklagten schliessen können. Aus der Tatsache, dass die Stadionverwaltung oder sie im Rahmen der angeblichen Untersuchungen nicht eingeschritten seien, könne die Klägerin nichts ableiten (act. 129 S. 68). b) Die Vorinstanz hat dazu in ihrer Würdigung ausgeführt, dass die Klägerin eine Vereinbarung vom 16. Dezember 2009 und einen Beschluss vom 15. Januar 2010 zwischen den Parteien behaupte (act. 129 S. 68). Das sei kein Vertrag zwischen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ AG, aus dem die E.\_\_\_\_\_ AG etwas ableiten könne. Im Übrigen sei die E.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der Mängelrügen der Beklagten tätig geworden; der Beizug der E.\_\_\_\_\_ AG als verantwortliche Bauingenieurin durch die Klägerin zur Prüfung der gerügten Mängel sei durchaus naheliegend. Die Beklagte habe von der Klägerin Sicherung verlangt und die E.\_\_\_\_\_ AG hätten jeweils verstanden, von der Beklagten zur Erbringung der Leistung gegen Vergütung beauftragt worden zu sein, was kein Vertrag sei. Der Konsens

- 87 - erfordere gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung, so dass das einseitige Verständnis der E.\_\_\_\_\_ AG nicht genüge. Bei der Herbeiziehung der verantwortlichen Bauingenieurin durch die Totalunternehmerin sei kein Entschädigungsanspruch ersichtlich (act. 129 S. 69). Hinsichtlich der in der vorstehenden Tabelle erstgenannten Rechnung (act. 6/94) führt die Vorinstanz aus, dass mit dem Bericht "Stahldachkonstruktion, Zugstützenköpfe – Beurteilung des Korrosionszustandes nach Instandstellung der beschädigten Beschichtung" vom 25. November 2009 der E.\_\_\_\_\_ AG die von der Beklagten in Auftrag gegebenen Arbeiten zur Inspektion, Dokumentation und Überwachung abgeschlossen gewesen seien, wogegen die Klägerin nichts Schlüssiges vorbringe (act. 129 S. 71 f.). Die Prüfung der Aufhängungen der 31 Dachbinder seien aufgrund der festgestellten Korrosionsschäden von der Beklagten der Klägerin gegenüber gerügt worden, so dass davon auszugehen sei, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die Arbeiten im Auftrag der Klägerin ausgeführt habe. Eine schriftliche Mängelrüge der Klägerin gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG datiere vom 11. Juni 2010 (act. 41/10). Es gebe keinen Anspruch der E.\_\_\_\_\_ AG gegenüber der Beklagten, den diese der Klägerin hätte abtreten können (act. 129 Rz 72). c) Teilanspruch 1 Rechnung Nr. 5976 vom 1.7.10 (act. 6/94) Tragwerküberwachung, Erweiterung Inspektionen, Aufnahmen = Fr. 58'499.50 ./ 33'290 ./ 10'836 14370.00 (gerundet) aa) Die Klägerin hat in der Berufung geltend gemacht, dass sie sich auf ein

vorbestehendes Auftrags- (oder ein sonstiges Vertrags-)Verhältnis zwischen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ AG berufe, das sich im Bericht vom 1. Juli, vom 26. November oder 14. Dezember 2009 (act. 2 Rz 38) manifestiert habe. Die E.\_\_\_\_\_ AG sei immer im Auftrag und mit Weisung der Beklagten tätig gewesen, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 und auch 2009 und 2010 und auch heute noch (act. 127 Rz 88 b). Die Vorinstanz habe nicht geklärt, für wen die E.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet habe und auch keine Beweise dazu abgenommen. Die Klägerin habe nämlich bestritten, dass die Beklagte das Auftragsverhältnis mit der E.\_\_\_\_\_ AG beendet hatte und die Beklagte habe das auch nicht bewiesen (act. 127 Rz 88 c).

- 88 - bb) Die Klägerin weist darauf hin, dass sie und die Beklagte über die weitere Tätigkeit der E.\_\_\_\_\_ AG keinen Vertrag geschlossen hätten (act. 127 Rz 88 c). Auch habe es keinen Beschluss der Parteien vom 15. Januar 2010 zur Sichtprüfung gegeben (act. 127 Rz 89 a) und bb) und die Klägerin mache keine Leistungen aus dem Jahr 2009 geltend. Die Klägerin verwehrt sich auch gegen einen Vertragsschluss am 16. Dezember 2009 (act. 127 Rz 90 b) und bestreitet, dass die E.\_\_\_\_\_ AG als verantwortliche Bauingenieurin für die gerügten Mängel einzustehen habe (act. 127 Rz 92 a) und b). Entscheidend sei, dass das seit dem Jahr 2005 bestehende ständige Auftragsverhältnis zwischen der Beklagten einerseits und der E.\_\_\_\_\_ AG andererseits im Jahr 2009 noch bestand und bis mindestens im Sommer 2010 weiter bestanden habe (act. 127 Rz 93 a) und b). Sei das Auftragsverhältnis zwischen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ AG nicht ausdrücklich beendet worden, so habe die E.\_\_\_\_\_ AG anfangs 2010 neue Weisungen im Rahmen des bestehenden Auftrags oder als dessen Erweiterungen versehen dürfen und mit der Erfüllung dieser Aufforderung einen vertraglichen Anspruch auf Vergütung erworben (act. 127 Rz 93 b). Die Klägerin habe die Beweisabnahme zur Frage verlangt, "für wen die E.\_\_\_\_\_ AG nach eigener Einschätzung – Stadt Zürich oder A.\_\_\_\_\_ – im Februar 2010 arbeitete", was die Vorinstanz übergangen habe (act. 127 Rz 98 a). Es sei nicht zu erkennen, warum die E.\_\_\_\_\_ AG mit dem Bericht "Stahldachkonstruktion, Zugstützenköpfe – Beurteilung des Korrosionszustandes nach Instandstellung [...]" ihre Arbeiten zur visuellen Inspektion, Dokumentation und Überwachung der Dachkonstruktion abgeschlossen haben sollte (act. 127 Rz 98 b) bb), sodass die E.\_\_\_\_\_ AG "ihre Arbeiten zur Inspektion und Überwachung der Dachkonstruktion" fortgesetzt hätte (act. 127 Rz 98 b) cc). Die E.\_\_\_\_\_ AG habe die Rechnung Nr. 5976 denn auch zuerst an die Beklagte gerichtet und damit ihre Auffassung manifestiert, dass sie ihre Leistung im Auftrag der Beklagten erbracht hatte. Die dazu offerierten Beweise seien nicht abgenommen worden (act. 127 Rz 100 d). Die Mängelrüge, welche die Klägerin ihrerseits gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG am 11. Juni 2010 ausgesprochen hatte, datiere aus der Zeit vor den hier in Frage stehenden Leistungen; ausserdem habe die Klägerin in der Replik (act. 68 Rz 373) erklärt, dass das nur vorsorglich für den Fall gerügt worden sei, dass die Gerichte die E.\_\_\_\_\_ AG für die

- 89 - Planerin der Klägerin halten würden und ausserdem habe die Klägerin Beweis dafür angeboten, dass die E.\_\_\_\_\_ AG immer nur für die Beklagte gearbeitet habe (act. 127 Rz 101 b). cc) Die Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass sie die Offerte zur Inspektion/Überprüfung der E.\_\_\_\_\_ AG am 11. Dezember 2008 angenommen habe (act. 39 Rz 4.49; act. 41/14 ist die [angenommene] Offerte von E.\_\_\_\_\_ AG). Diese sei für sie nur im Rahmen des Inspektionsauftrages tätig gewesen (act. 39 Rz 4.49). Die E.\_\_\_\_\_ AG sei nach Abschluss der Nachbesserung der Korrosionserscheinungen im September 2009 (Schlussbericht vom 25. November 2009) nicht mehr für das Mandat der

Beklagten zur periodischen Inspektion tätig gewesen, sondern wieder in ihrer Funktion als Bauingenieurin der Klägerin (act. 39 Rz 4.99). Die E.\_\_\_\_\_ AG habe (als Subunternehmerin der Klägerin) versprochen, ein System zur Inspektion der Knoten zu präsentieren (act. 39 Rz 4.71), was unentgeltlich als Nachbesserung zu tun gewesen sei. Wenn die Klägerin sage, die E.\_\_\_\_\_ AG sei unter den Augen des Stadtrates tätig gewesen, so bedeute dies nur, dass die Beklagte die Untersuchungen geduldet habe (act. 39 Rz 5.299). Ingenieur AC.\_\_\_\_\_ habe für die E.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin der Klägerin in Kenntnis der am 8. Februar 2010 erhobenen Mängelrüge mit seinen Berechnungen begonnen (act. 39 Rz 5.300). Die Klägerin sei für die Sicherheit der Dachkonstruktion verantwortlich gewesen und habe die dafür anfallenden Kosten tragen müssen, was die Beklagte der Klägerin am 10. Februar 2010 mitgeteilt habe (act. 6/33 Rz 8). Die E.\_\_\_\_\_ AG gehöre zum Generalplanerteam und sei von der Klägerin mit dem Abschluss des TU-Vertrages übernommen worden (act. 39 Rz 170). Die Klägerin versuche zu unterstellen, die Beklagte habe mit der E.\_\_\_\_\_ AG Belastungstests vereinbart. Die Vertreter der Klägerin seien an der Besprechung vom 22. Februar 2010 anwesend gewesen, als die E.\_\_\_\_\_ AG die Idee eines Belastungstests vorgestellt und die Beklagte dessen Duldung erklärt habe (act. 39 Rz 4.108). dd) Nach Ansicht der Kammer gab es für die Vorinstanz keinen Grund, Beweis über die Frage abzunehmen, für wen – Beklagte oder Klägerin – die E.\_\_\_\_\_ AG nach eigener Einschätzung im Februar 2010 gearbeitet

- 90 - habe (act. 127 Rz 98 a). Beweis könne über (bestrittene) Tatsachen abgenommen werden, nämlich welche Tatsachen für die Annahme gesprochen hätten, der E.\_\_\_\_\_ AG sei ein entgeltlicher Auftrag erteilt worden. Weiter ist es für die Kammer nicht entscheidend, ob es den geltend gemachten "ständigen Auftrag" (noch) gegeben hat bzw. ob dieser im fraglichen Zeitpunkt noch "pendent" war. Anzumerken ist lediglich, dass ein Dauerschuldverhältnis, welches die Klägerin wohl geltend machen will, einen bestimmten Vertragsgegenstand hat, was hier nach ihrer Sachdarstellung "Inspektion und Überwachung der Dachkonstruktion und insbesondere der Korrosionsbeschichtung" war. Das hat offensichtlich die "periodische Kontrolle" eines komplexen öffentlichen Bauwerkes betroffen. Wenn es – wie hier – etwas anderes zu tun gab, dann musste darüber ohnehin eine Einigung erzielt werden. Auch wenn der Vertrag "weitergelaufen" wäre, wie die Klägerin geltend macht, hätte es sich zumindest um eine Vertragserweiterung gehandelt, was ebenfalls eine neue diesbezügliche Einigung erfordert hätte. Und eine solche Einigung bestreitet die Beklagte (vgl. act. 76 Rz 1836 zu act. 68 Rz 2007-8). Die Klägerin behauptet denn auch keinen tatsächlichen Konsens, sondern macht geltend, dass die E.\_\_\_\_\_ AG einen entgeltlichen Auftrag verstanden habe. Mit Blick auf einen normativen Konsens, bei dem es darum geht, was der Empfänger vernünftiger- und redlicherweise verstehen durfte (vgl. KuKo OR-Wiegand, N. 18 zu Art. 1), wäre hier insbesondere zu berücksichtigen, dass der Riss im Binder Nr. 15 von der Beklagten als Mangel gerügt und Gewährleistung verlangt worden war, was der E.\_\_\_\_\_ AG nicht verborgen geblieben war (vgl. z.B. act. 41/33, wo die Klägerin eine fachgerechte Sanierung durch sie selbst und die E.\_\_\_\_\_ AG in Aussicht stellte). Ohne die Frage hier abschliessend beantworten zu wollen und zu müssen, ist darauf hinzuweisen, dass die Verantwortlichkeit der Beklagten für die Klärung der aufgetretenen Probleme keineswegs feststand (und die Kammer hat sie auch nicht bejaht). Letztlich steht auch die Frage im Raum, wie es sich mit der eigenen Verantwortlichkeit der E.\_\_\_\_\_ AG als Planerin hätte verhalten können. Die Klägerin will die Mängelrüge gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG nur vorsorglich ausgesprochen haben, für den Fall dass die Gerichte die E.\_\_\_\_\_ AG für die Planerin der Klägerin halten würden (act. 127 Rz 101 b),

was dem eigenen Stand- punkt der Klägerin an anderer Stelle der Berufung widerspricht, wo sie die

- 91 - E.\_\_\_\_\_ AG selber als Planerin bezeichnet hat (act. 127 Rz 21 b). Angesichts dieser zugegebenermassen komplexen Situation erscheint es zweifelhaft, ob die E.\_\_\_\_\_ AG angesichts eines früher erteilten Inspektionsauftrages in der neuen Situation ohne weiteres annehmen konnte, sie hätte von der Beklagten einen ent- geltlichen (neuen oder zusätzlichen) Auftrag erhalten. Dass eine weitere Erörte- rung hier unterbleiben kann, beruht darauf, dass die Rechnung Nr. 5976 vom 1.7.10, die wie alle Rechnungen der E.\_\_\_\_\_ AG nach dem gleichen System "Zu- sammenfassung aus Stundenerfassungssystem WG" erstellt wurde, für Behaup- tungen und Beweis vor Gericht unzureichend detailliert bzw. substantiiert ist (act. 6/94; vgl. dazu auch die Beklagte in act. 76 Rz 1997). Act. 6/94 enthält eine grosse Anzahl Posten aus dem Jahr 2009 (um die es gemäss der Klägerin vorlie- gend gerade nicht geht), welche offensichtlich den entgeltlichen Überwachungs- auftrag von 2008/9 betreffen, der mit dem von der Beklagten bezahlten Betrag abgegolten worden sein dürfte. Die Honorarrechnung enthält je die Studentotale der ausführenden Personen, multipliziert nach einem Stundenansatz gemäss KBOB. Für die Positionen aus dem Jahr 2010 (aufgeteilt nach Kalenderwochen und nicht nach genau Daten) erscheinen als Tätigkeitsnachweis nur vier Stich- worte "Führung Team, Endoskopie Dach, Zugstützenkopf Angaben an M.\_\_\_\_\_, Beurteilung Beobachtungen". Darüber kann kein Beweis abgenommen und der eingeklagte Betrag daher auch nicht zugesprochen werden. d) Teilanspruch 2 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5977 (act. 6/95) vom 1.7.10, Honorar für Aufwand vom 8.2.- 4.6.10, Begleitung der Experten der Stadt Zürich 9790.00 aa) Neben dem Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen in der Berufung (Rz 87 ff.) weist die Klägerin darauf hin, dass es für die Vorinstanz fälschlicher- weise (auch) von Bedeutung gewesen sei, dass die Beklagte betreffend Binder Nr. 15 Nachbesserung verlangt habe (act. 127 Rz 105 a) b), so dass nicht ersicht- lich sei, warum die Beklagte danach noch einen Prüfauftrag hätte erteilen sollen. Die Annahme der Vorinstanz, dass die Klägerin nach erfolgter Mahnung und ver- langter Nachbesserung jedes Interesse gehabt habe, die Mängel prüfen zu las- sen, sei falsch (act. 127 Rz 105). Die Kammer sieht dies anders: Würde auf die Interessenlage abgestellt, so wäre es im Sinne der vorstehenden Erwägungen

- 92 - zum normativen Konsens (KuKo OR-Wiegang, N. 18 zu Art. 1) weniger nahelie- gend, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die Prüfung für die Beklagte durchgeführt hätten als für die Klägerin. bb) Ohnehin gilt aber, dass Stichworte wie "Letzigrund Besprechung Stadt, Letzigrund (ohne weiteres Stichwort)", "Letzigrund mit O.\_\_\_\_\_", "Letzigrund Be- sprechung BD.\_\_\_\_\_" den Anforderungen an die Detaillierung bzw. Substantiie- rung des Aufwandes nicht genügen (vgl. auch die Beklagte in act. 76 Rz 1997). e) Teilanspruch 3 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5978 (act. 6/96) vom 1.7.10, Honorar für Aufwand vom 8.2.10-4.6.10, Verstärkung Obergurte, Belastungsproben inkl. Vorarbeiten (z.B. Kon- zept Galgen, Auswertung, 51'725 ./ 25'437.00 26288.00 Die Vorinstanz verweist auf ihre Erwägungen 7.1.3, so dass die Klägerin ebenfalls auf ihre Ausführungen dazu verweist (act. 127 Rz 87 ff.). Die (ungenügende) Detaillierung bzw. Substantiierung der Rechnung (vgl. auch die Beklagte in act. 76 Rz 1997) ist in der gleichen Weise zu summarisch wie die Rechnung gemäss Teilanspruch 1 und 2 (z.B. Letzigrund Führung Team, Messungen/Darstellung, Detail Zeichnen, Pläne Binder + Verstärkung). f) Teilanspruch 4 Rechnung E.\_\_\_\_\_ AG Nr. 5979 (act. 6/97) vom 1.7.10. Durch die E.\_\_\_\_\_ AG bezahl- te Leistungen Dritter für Endoskopische Untersuchungen Ohren 35012.25 Die Klägerin bringt

keine neuen, bisher nicht vorgebrachten Argumente vor (act. 127 Rz 108 f.). Für die Kritik der Beklagten an der unzureichenden Substantiierung kann auf act. 39 Rz 4.93; act. 76 Rz 1823, 1997 verwiesen werden: Insbesondere – so die Beklagte – habe die Klägerin auch die Notwendigkeit der Tätigkeiten nicht belegt. In act. 6/97 sind die Rechnungen der Dritten (AA.\_\_\_\_\_ GmbH, AB.\_\_\_\_\_ AG, BE.\_\_\_\_\_ AG) beigelegt. Diese sind zum Teil nur knapp ausreichend detailliert, hingegen fehlt im Zusammenhang mit dem Verweis insbesondere eine Begründung für die Notwendigkeit des Bezugs der E.\_\_\_\_\_ AG als solchen über die äussere Inspektion hinaus.

- 93 - g) Teilanspruch 5 Keine Rechnung. Bis Ende März 2010 = 488 Mannstunden, berechnet zu Kostenansätzen KBOB. Rissaufnahme der Aufhängung des Binders Nr. 15 und Inspektion der Aufhängungen aller anderen Binder (act. 2 Rz 481 - 484) 85804.00 Dazu (act. 127 Rz 110) gibt es keine neuen, bisher nicht vorgebrachten Argumente der Klägerin. Das, was die Klägerin zum Teilanspruch 5 anführt, ist offensichtlich keine ausreichende Substantiierung (vgl. dazu die Beklagte in act. 76 Rz 1894). h) Teilanspruch 6 Keine Rechnung. Berechnung alternativer Lastpfad (76.5 h) Instruktion, Beratung und Belieferung der Sachverständigen des Stadtrates (21 h) nach Ansätzen KBOB (act. 2 Rz 486 ff.) 14508.00 Dazu (act. 127 Rz 110) gibt es keine neuen, bisher nicht vorgebrachten Argumente der Klägerin. Die Aufwendungen sind nicht genügend detailliert bzw. substantiiert, worauf auch die Beklagte hingewiesen hat (act. 39 Rz 5.301 ff.). i) Honorar von Prof. F.\_\_\_\_\_ unbezahlt gebliebene Rechnung von Prof. F.\_\_\_\_\_ (act. 127 Rz 12b, act. 6/41). Gemäss act. 2 Rz 498 betrifft dies Leistungen vom 23.-26.2.10 3535.60 aa) Die Beklagte hat mit der Klageantwort die Offerte (Email vom 17. Februar 2010) für die Expertise von Prof. F.\_\_\_\_\_ an die Beklagte eingereicht (act. 41/165), wonach diese umfasst (1.) die statische Überprüfung der Krafteinleitung in die Hauptträger/Feststellung der Schadenursache (2.) Stellungnahme zu möglichen Instandsetzungsvarianten bzw. zum Instandsetzungskonzept. Das Email enthält ausserdem Honoraransätze für Prof. F.\_\_\_\_\_ und sein Sekretariat und den Hinweis, dass Spesen extra abgerechnet werden. Ausserdem werden Angaben zu einem Kostendach gemacht. Gemäss der Klägerin hat die Beklagte am 11. Februar 2010 Professor F.\_\_\_\_\_ gegen Vergütung mit einer raschen Prüfung der Statik des angerissenen Binders und des übrigen Stadiondachs beauftragt (act. 2 Rz 500). Die Beklagte hat in der Klageantwort (act. 39 Rz 4.107) ausgeführt, dass sie die Durchführung des Belastungstests zwar gebilligt habe, was aber nicht bedeute, dass sie Prof. F.\_\_\_\_\_ einen über den Gegenstand des laufenden Mandatsverhältnisses hinausgehenden Auftrag erteilt habe (act. 39 Rz 4.140, Rz 5.41, Rz 5.308 f., Rz 5.311), was die Klägerin als falsch und unbe-

- 94 - wiesen kritisiert hat (act. 68 Rz 2007). In act. 76 Rz 1836 weist die Beklagte darauf hin, dass Prof. F.\_\_\_\_\_ weder mit der Durchführung oder der Begleitung der Tests betraut worden war. Nach der Klägerin wiederum hat Prof. F.\_\_\_\_\_ am 22. Februar 2010 der Beklagten den Belastungsversuch vorgeschlagen und diese habe zugestimmt. Weil die Beklagte eigener Darstellung zufolge nichts gesagt habe, habe Prof. F.\_\_\_\_\_ gemäss der Klägerin annehmen dürfen, dass er als derjenige, der die Berechnungen angestellt und den Belastungstest vorgeschlagen hatte, auch im Rahmen seines Auftrages daran teilnehmen solle und dafür auch honoriert werde (act. 68 Rz 2008). bb) Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin die weitere Beauftragung von Prof. F.\_\_\_\_\_ aus dessen einseitigen Verständnis ableite, womit sie keinen Konsens geltend mache, der aber für die von der Klägerin behauptete vertragliche Anspruchsgrundlage Voraussetzung wäre. Prof.

F.\_\_\_\_\_ habe im Interesse der Klägerin teilgenommen, die mit diesen Versuchen habe nachweisen wollen, dass kein Mangel vorliege und keine Nachbesserung erforderlich sei. Die (zusätzlichen) Kosten für Prof. F.\_\_\_\_\_ seien daher Mangelbeseitigungskosten (act. 129 E. 7.2.3.). cc) In der Berufung beanstandet die Klägerin diese Erwägungen als nicht haltbar und führt aus, dass Prof. F.\_\_\_\_\_ jedenfalls bis zum 26. Februar 2010 anerkanntermassen ein Vertragsverhältnis mit der Beklagten gehabt habe. Dieses Zugeständnis zusammen mit dem dringenden Wunsch der Stadt, rasche Klarheit über die Bedeutung des Anrisses des Binders Nr. 15 und über die Standsicherheit des Stadionsdaches zu erhalten, habe dafür gesprochen, dass Prof. F.\_\_\_\_\_ habe meinen dürfen, im Rahmen seines Auftrages zusammen mit der E.\_\_\_\_\_ AG die Versuche planen, die K.\_\_\_\_\_ zu den Versuchen vom 25. Februar 2010 und vom 2./3. März 2010 einladen und selber am Versuch vom 25. Februar 2010 teilnehmen zu dürfen. Weil er das nach pflichtgemäßem Ermessen als seine Aufgabe habe ansehen dürfen, habe er damit einen Anspruch auf Vergütung erworben (act. 127 Rz 112 b). dd) Die Kammer geht davon aus, dass die (wohl) von Prof. F.\_\_\_\_\_ neu vorgeschlagenen Versuche nicht vom ursprünglichen Auftrag gedeckt sind, wie

- 95 - sich aus act. 41/165 ergibt. Ein (natürlicher) Konsens für eine über die äussere Inspektion hinausgehende Beschäftigung und Teilnahme von Prof. F.\_\_\_\_\_ an den Versuchen wird nicht geltend gemacht, und die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das einseitige Verständnis von Prof. F.\_\_\_\_\_ kein Konsens sei (act. 129 E. 7.2.3). Inwieweit die Beteiligung von Prof. F.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den Ent- und Belastungsversuchen dazu beigetragen hat, rasche Klarheit zu erhalten, ist nicht ersichtlich, wird doch nicht geltend gemacht, dass seine Anwesenheit und seine Mitwirkung überhaupt nötig war. Die blosser Tatsache, dass die Versuche die rechnerischen Ergebnisse von Prof. F.\_\_\_\_\_ bestätigt haben sollen (act. 127 Rz 112 b), ist kein Argument für die Notwendigkeit seiner Beteiligung an den Versuchen. Angesichts der Tatsache, dass im Prozess nichts vorgebracht wurde, was auf die Notwendigkeit einer Teilnahme von Prof. F.\_\_\_\_\_ an den Tests hinweist, kann mit Blick auf die normative Auslegung (KuKo OR-Weigand, N. 18 zu Art. 1) nicht davon ausgegangen werden, dass er – besonders in der bestehenden Mängelrüge- und Nachbesserungssituation – für die Versuche ein Entgelt von der Beklagten erwarten konnte. k) K.\_\_\_\_\_ unbezahlt gebliebene Rechnung vom 22.9.10 der K.\_\_\_\_\_, Institut für Baustatik und Konstruktion, an die Beklagte für Messungen am Stadion Letzigrund vom 24.02.-8.3.10 (act. 6/38) 17480.00 aa) Die Klägerin hat sich für die Beauftragung der K.\_\_\_\_\_ durch Prof. F.\_\_\_\_\_ darauf berufen, dass der Stadtrat eine rasche Prüfung des Binders Nr. 15 und des Stadionsdaches verlangt habe. Die Hinzuziehung habe der Beschleunigung und Sicherheit gedient. Es seien zwei namentlich genannte Mitarbeiter entsandt worden (act. 2 Rz 510 ff.). Der Projektleiter der Stadt und der Ingenieur der Stadt seien am 25. Februar 2010 und am 2./3. März 2010 mit der Hinzuziehung der K.\_\_\_\_\_ einverstanden gewesen, und mit der Teilnahme an den Versuchen habe die K.\_\_\_\_\_ einen Vergütungsanspruch erworben. Ohne Substitution hätte die K.\_\_\_\_\_ einen Anspruch gegen F.\_\_\_\_\_ und dieser seinerseits gegen die Beklagte (act. 2 Rz 511 f.). Die Beklagte weist darauf hin, dass die Auftragserteilung an Prof. F.\_\_\_\_\_ diesen nicht berechtigt habe, die K.\_\_\_\_\_ in ihrem Namen beizuziehen (act. 39 Rz 5.322 f., vgl. auch Rz 4.113, 5.314), so

- 96 - dass ihm (bzw. der Klägerin nach erfolgter Zession) kein Vergütungsanspruch zustehe, auch nicht aus der Duldung der Teilnahme durch Vertreter der Beklagten, zumal

nicht ersichtlich sei, inwiefern der Beizug zur "Beschleunigung und Sicherheit des Belastungsversuchs" gedient habe (act. 39 Rz 5.324). Die Vorinstanz hat ausgeführt, dass die Beklagte die Bezahlung der Rechnung der K. \_\_\_\_\_ vom 22. September 2010 (act. 6/38) verweigert habe mit der Begründung, dass die Beklagte Prof. F. \_\_\_\_\_ nicht zum Beizug ermächtigt habe (act. 129 E. 7.3.1). Da die Beklagte eine rasche Prüfung verlangt habe und der Projektleiter der Stadt und der Ingenieur der Stadt mit der Hinzuziehung einverstanden gewesen seien, sei der Beizug durch Prof. F. \_\_\_\_\_ Substitution – so die Beklagte weiter – gewesen, ohne die der Vergütungsanspruch von Prof. F. \_\_\_\_\_ höher ausgefallen wäre. Die Beklagte bestreitet die Befugnis von Prof. F. \_\_\_\_\_ zur Beauftragung der K. \_\_\_\_\_; bei einer Substitution – so die Beklagte weiter – erwerbe der Substitut keinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Oberauftraggeber (act. 39 Rz 5.323, 325; act. 129 E. 7.3.2.). bb) Die Vorinstanz geht davon aus, dass (auch) die K. \_\_\_\_\_ im Interesse der Klägerin an den Versuchen teilnahm, da die Klägerin damit die Mängelfreiheit bzw. die nicht erforderliche Nachbesserung nachweisen wollte, was die Klägerin in Abrede stellt (act. 127 Rz 114). Wie es sich damit verhält, muss hier nicht abschliessend geklärt werden. Die Beklagte weist nämlich zu Recht auf die praktisch komplett fehlende Detaillierung/Substantiierung der Rechnung der K. \_\_\_\_\_ (act. 6/38) hin (act. 39 Rz 5.323 ff.), was offensichtlich zutrifft. Die Rechnung enthält lediglich 4 Positionen (Diplomingenieur, Kat. C, 57 h à Fr. 145; Techniker, Kat. D; 57 h à Fr. 125; Technische Ausstattung 40 h à Fr. 50 sowie zusätzlich Fr. 90 für Transport) und neben dem Zeitrahmen (24.2. bis 8.3.2010) keinerlei datumsmässigen Angaben und keinerlei Tätigkeitsnachweise/Leistungsbeschreibung.

- 97 - IV. 1. Ergebnis des Berufungsverfahrens Die Kammer geht davon aus, dass die Klägerin den Aufwand, den sie aufgrund von Nachbesserungsersuchen veranlasst und bezahlt hat, selber tragen muss. Grund dafür ist – kurz zusammengefasst – Folgendes: Die Klägerin hatte als Unternehmerin ein mängelfreies Werk zu erstellen. Auf die Nachbesserungsersuchen der Beklagten als Bestellerin hin hatte die Klägerin als Unternehmerin die Wahl: Das Ersuchen zurückzuweisen, weil sie davon ausging, dass das Stadion mängelfrei war, dem Ersuchen nachzukommen, weil ihr klar war, dass es etwas zu tun gab, oder dem Begehren zu entsprechen, weil sie selber Zweifel an der Mängelfreiheit hatte. Das Untätigbleiben hätte keinen Aufwand verursacht, allenfalls hätte die Klägerin damit ein allenfalls doch bestehendes Nachbesserungsrecht aufs Spiel gesetzt. Die Klägerin ist aber nicht untätig geblieben, und es sind damit Prüfungs- und Sicherungskosten erwachsen. Gab es Mängel, dann hat sie etwas getan, was sie als Herstellerin schon vor der Ablieferung hätte tun müssen. War sie unsicher, ob es Mängel gab, so kann sie die angefallenen Kosten ebenfalls nicht der Beklagten weiter verrechnen, weil sie sich nachträglich diejenige Klarheit verschafft hat, wie sie dies schon vor der Ablieferung eines mängelfreien Werkes hätte tun müssen. Angesichts ihrer eigenen Behauptung, wonach praktisch von Anfang an klar gewesen sei, dass das Werk gebrauchstauglich und tragfähig und damit mängelfrei sei, kann sie die Kosten nicht weiter verrechnen, weil diese (nach dieser Darstellung) unnütz waren und sie das auch wissen musste. Sollte die Behauptung, sie sei sich punkto Mängelfreiheit sicher gewesen, in Tat und Wahrheit nicht zutreffen, dann hat sie die Ausgaben angesichts ihrer eigenen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortung für die Einhaltung der Regeln der Baukunst (Art 221 StGB) getätigt. So oder so steht ihr deshalb kein Anspruch gegen die Beklagte zu.

- 98 - Eine Klärung der Frage, ob das, wofür die Beklagte Nachbesserung/Prüfung/Sicherung verlangt hat, Mängel des Werkes im Rechtssinn betreffen, ist daher nicht erforderlich. Nur so weit der von der Klägerin gemachte Vorbehalt eine Klärung der Mängelfrage erfordern würde, wäre dazu ein Beweisverfahren durchzuführen, wofür substantiierte Behauptungen der zu ersetzenden Ausgaben nötig wären. Da es – wie im Einzelnen aufgezeigt wurde – daran gebricht, ist die Klage abzuweisen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Kosten richten sich nach § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 GerGebV. Der von der Klägerin nicht weiter verfolgte Betrag ist angesichts des verbleibenden Prüfumfanges und der Höhe des Streitwertes bedeutungslos. Der Beklagten ist keine Entschädigung zuzusprechen, da sie keine Berufungsantwort zu erstatten hatte. Es wird beschlossen:

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