



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2004.85
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	16.11.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	16.11.2007

### **Entscheid Kantonsgericht, 16.11.2007**

**Art. 365, 367 bis 371 OR (SR 220). Der Besteller hat das Werk mit der seiner Art und Bedeutung angemessenen Sorgfalt danach zu untersuchen, ob es die vorausgesetzten und die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist. Massgebliches Kriterium ist dabei die Sorgfalt und Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Abnehmers und nicht des Fachmannes. Erkannt ist der Mangel erst dann, wenn Bedeutung und Tragweite ersichtlich sind. Mit Bezug auf ein Werk, an dem mehrere Unternehmer beteiligt sind, fliesst aus diesem Grundsatz, dass die Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit des Gesamtwerkes nicht ausreicht, sondern dass erkennbar sein muss, welcher Unternehmer mangelhaft geleistet hat (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 16. November 2007, BZ. 2004.85). Das Kassationsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Entscheid vom 10. September 2008 abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Das Verfahren vor Bundesgericht ist noch hängig.**

#### **Erwägungen**

I.

1. Am 4. Oktober 1990 schlossen die Parteien einen Vertrag betreffend die Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit einem Anbau - Baderaum mit Sauna im Erdgeschoss und Terrasse im 1. Stock - an das Wohnhaus des Klägers (kläg.act. 2). Für die Arbeiten wurde ein Vorausmasspreis von Fr. 64'089.20 abzüglich 6% Rabatt und 2% Skonto, netto also Fr. 59'038.95 vereinbart. Die Verrechnung sollte aufgrund



des gemeinsamen Ausmasses mit der Bauleitung erfolgen. Am 10. September 1991 erstellte die Beklagte eine Schlussrechnung (bekl.act. 6).

Anfang 1995 stellte der Kläger verschiedene Mängel fest (für welche er u.a. die B als verantwortlich ansah), welche er am 16. Januar 1995 durch die Herren Ha und Hb, beide H-AG, begutachten liess (kläg.act. 3). Gestützt auf eine von den beiden Gutachtern erstellte Mängelliste wurden die hierfür verantwortlich angesehenen Handwerker, u.a. auch die Beklagte, für den 8. Februar 1995 zu einer Mängelbesprechung eingeladen (kläg.act. 4). Die Beklagte nahm nicht teil; mit Schreiben vom 4. April 1995 lehnte sie unter Hinweis auf die erfolgte Besprechung der Schlussrechnung jegliche Garantie ab (kläg.act. 4 und 5).

2. Mit Eingabe vom 30. Juni 1995 stellte der Kläger beim (damaligen) Bezirksgerichtspräsidium den Antrag auf eine vorsorgliche Beweiserhebung im Sinn von Art. 199 ZPO bzw. auf Feststellung des "derzeitigen Zustandes des Anbaus an das Wohnhaus", wobei "insbesondere der Plattenboden auf der Terrasse, der Natursteinboden in der Sauna und das Mörtelbett über der wassersperrenden Schicht zu untersuchen und den Ursachen des an verschiedenen Stellen festzustellenden Wassereintruchs in die Sauna nachzugehen" sei (kläg.act. 1). Der Experte S reichte am 13. Oktober 1995 einen Zwischenbericht (kläg.act. 7), am 30. März 1996 das Gutachten (kläg.act. 8) und am 24. August 1996 eine Ergänzung dazu ein (kläg.act. 9). In der Folge wurde das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweiserhebung mit Entscheid vom 28. Januar 1997 abgeschlossen (kläg.act. 1).

3. Gestützt auf den Leitschein des Vermittleramtes vom 8. Oktober 1997 (alt act. 1) machte der Kläger am 8. Dezember 1997 sein eingangs erwähntes Begehren beim Bezirksgericht anhängig (alt act. 2). Die Beklagte nahm mit Klageantwort vom 24. Februar 1998 Stellung (alt act. 9). Zuvor hatte sie der an den Bauarbeiten ebenfalls beteiligten J-AG (zwischenzeitlich mit Aktiven und Passiven übernommen von der K-AG; act. 94 und 130), mit Schreiben vom 22. Januar 1998 im Sinn von Art. 49 ZPO den Streit verkündet (alt act. 6, 8 und 17). Die Streitgerufene trat dem Verfahren nie (explizit) bei.



Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels fand am 20. November 1998 die Hauptverhandlung statt. Das Gericht beschloss die Einholung einer weiteren Expertise. Der Experte M legte sein Gutachten am 20. Mai 1999 vor (act. 3). Das Gericht kam allerdings zum Schluss, dass das Verhalten des Experten - u.a. hatte er mitgeteilt, für einen Teil der seitens des Klägers gestellten Zusatzfragen nicht zur Verfügung zu stehen - einer faktischen Mandatsniederlegung gleichkomme, weshalb ein neuer Experte zu bestimmen sei (act. 55). Zuvor, nämlich am 12. Juli 2000, hatte der Kantonsgerichtspräsident ein von der Beklagten gegen den Gerichtspräsidenten eingereichtes Ausstandsbegehren abgewiesen (act. 34 und 46). Gegen den Teilentscheid/Beweisbeschluss des Bezirksgerichtes vom 25. Oktober / 27. November 2000 betreffend Absetzung des Experten und Neubestimmung eines Experten reichten sowohl die Beklagte als auch M beim Kantonsgericht Rechtsverweigerungsbeschwerde ein (act. 70 und 72). Mit Entscheid vom 4. Mai 2000 trat das Kantonsgericht auf die Beschwerde der Beklagten nicht ein und wies diejenige von Experte M ab (act. 76 und 77). Nachdem auch der neue Experte O trotz mehrmaliger Versprechungen und zahlreicher mehrheitlich erfolgloser Versuche sowohl schriftlicher wie auch telefonischer Kontaktaufnahme seitens der Gerichtsleitung wie auch des Klägers auch nach einem Jahr noch kein Gutachten eingereicht hatte, musste auch ihm der Gutachtensauftrag entzogen werden (Urteil des Kreisgerichtes vom 16. Oktober 2002; act. 139). Gleichzeitig wurde neu Experte R gewählt. Experte R reichte sein Gutachten am 10. April 2003 ein (act. 154). Am 6. Oktober 2003 beantwortete er die Zusatzfragen der Parteien und des Gerichtes (act. 171). Am 3. Januar 2004 sodann folgte ein zweites Zusatzgutachten (act. 179). Nach Durchführung der Schlussverhandlung vom 21. April 2004 beantwortete der Experte nochmals eine Zusatzfrage (act. 198 und 199). Am 11. Juni 2004 schliesslich eröffnete das Gericht den Parteien das eingangs aufgeführte Urteil (act. 200). In der Folge verzichtete lediglich der Kläger auf die Begründung des Entscheides und dessen Weiterzug (act. 201), worauf das begründete Urteil am 28. September 2004 zugestellt wurde.

4. Dagegen liess die Beklagte mit Eingabe vom 29. Oktober 2004 rechtzeitig Berufung einreichen (act. B/1). In seiner Berufungsantwort vom 14. Januar 2005 beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung und im Rahmen der Anschlussberufung den vollumfänglichen Schutz der Klage und die Neuregelung der



Kosten (act. B/10). Auf die Berufungsantwort/Anschlussberufung reagierte die Beklagte vorerst am 28. Januar 2005 mit einer nachträglichen Prozesseingabe (act. B/13) und am 17. Februar 2005 mit der Anschlussberufungsantwort (act. B/19). Der Kläger seinerseits liess am 10. Februar 2005 beantragen, die nachträgliche Eingabe der Beklagten vom 28. Januar 2005 sei als unzulässig zu erklären (act. B/16). Am 25. Februar 2005 sodann teilte sie mit, dass sie auf eine weitere Stellungnahme im Sinn von Art. 164 ZPO verzichte (act. B/22).

5. Während der Hängigkeit des Berufungsverfahrens begann der Kläger mit den Sanierungsarbeiten. Mit der Begründung, bei dieser Gelegenheit sei er auf Mängel im Beton gestossen, die erst nach Abbruch des Unterlagsbodens und eines Teils der Innendämmung sichtbar geworden seien, liess er am 10. Juli 2006 seinerseits eine nachträgliche Prozesseingabe (act. B/31) einreichen mit dem Begehren, es sei schnellstmöglich, allenfalls vorsorglich und superprovisorisch, ein Augenschein vorzunehmen und der Experte R mit der Begutachtung der neu festgestellten Mängel zu beauftragen. Der Rechtsvertreter der Beklagten beantragte in seiner Stellungnahme vom 9. August 2006 (act. B/38) die Abweisung des Begehrens auf Begutachtung und bestritt - sinngemäss - die Zulässigkeit der nachträglichen Eingabe. In der Folge wurde der Augenschein am 18. August 2006 antragsgemäss durchgeführt unter gleichzeitiger Beauftragung von Experte R mit der Begutachtung der geltend gemachten Mängel (act. B/53 und 54). Der Experte erstattete sein Gutachten am 27. Oktober 2006 (act. B/57). Anschliessend regte der Referent an, dass sich die Parteien auch zur weiteren Ergänzungsexpertise unter Verzicht auf eine Verhandlung - im Rahmen des eigentlichen Berufungsverfahrens hatten die Parteien einem Verzicht zugestimmt - schriftlich äussern könnten (act. B/59). Während der Kläger damit einverstanden war und am 5. Dezember 2006 eine Stellungnahme einreichte (act. B/61), beharrte die Beklagte mit Schreiben vom 6. Dezember 2006 auf der Durchführung einer Verhandlung (act. B/64). Ihr wurde daher die Möglichkeit eingeräumt, sich im Sinn einer Eingabe im Rahmen eines ordentlichen Schriftenwechsels zu äussern. Von dieser Möglichkeit machte sie am 13. Februar 2007 Gebrauch (act. B/70). Darauf, auf die weiteren Vorbringen der Parteien in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung vom 16. November 2007 sowie die Erwägungen der Vorinstanz und die Akten ist, soweit erforderlich, im Folgenden einzugehen.



II.

1. Die J-AG bzw. die K-AG trat, wie ausgeführt, als Streitgerufene dem Verfahren nie explizit bei und erhielt die Eingaben und Entscheide im erstinstanzlichen Verfahren offenbar lediglich orientierungshalber zugestellt. Sie wird daher auch im Berufungsverfahren nicht als Nebenpartei betrachtet.

2. Ebenfalls wie ausgeführt, reagierte die Beklagte im Berufungsverfahren zweimal mit einer nachträglichen Prozesseingabe, und zwar vorerst am 28. Januar 2005 (act. B/13) auf die Berufungsantwort des Klägers vom 14. Januar 2005 und danach am 17. Februar 2005 (act. B/19) auf die Stellungnahme des Klägers vom 10. Februar 2005 zur nachträglichen Prozesseingabe vom 28. Januar 2005. In jener Eingabe (act. B/16) hatte der Kläger beantragt, die nachträgliche Prozesseingabe der Beklagten vom 28. Januar 2005 als unzulässig zu erklären, und mit Bezug auf die nachträgliche Prozesseingabe vom 17. Februar 2005 verzichtete der Kläger mit Schreiben vom 25. Februar 2005 (act. B/22) auf eine formelle Stellungnahme, verbunden immerhin mit der Bemerkung, dass es nicht angehe, unter Berufung auf Art. 164 ZPO endlos Stellungnahmen abzugeben, weshalb ein Teil der Ausführungen der Beklagten in der Eingabe vom 17. Februar 2005 schon aus diesem Grund ohne weiteres aus dem Recht zu weisen und nicht zu hören sei.

Wie es sich mit der Zulässigkeit der verschiedenen nachträglichen Prozesseingaben der Beklagten vor dem Hintergrund von Art. 164 ZPO verhält - danach ist eine nachträgliche Eingabe zulässig, wenn sie erhebliche Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge enthält, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten, oder wenn es das rechtliche Gehör erfordert (Abs. 1) -, kann an dieser Stelle offen bleiben. Soweit relevant, wird auf die betreffenden Ausführungen und ihre prozessuale Zulässigkeit im entsprechenden Zusammenhang einzugehen sein.

3. Die Eingabe des Klägers vom 10. Juli 2006 (act. B/31) ist doppelter Natur. Zum einen stellt sie mit Bezug auf die geltend gemachten neuen Mängel eine eigentliche nachträgliche Prozesseingabe dar, und zum andern ist sie ein Begehren um vorsorgliche Beweiserhebung.



a) Einzelne der vom Kläger in der Eingabe vom 10. Juli 2006 geltend gemachten Mängel wären allenfalls schon früher erkennbar gewesen. Entscheidend ist aber, dass die behaupteten Mängel in ihrer Gesamtheit und in Bezug auf ihre Auswirkungen erst nach den Abbrucharbeiten festgestellt werden konnten. Der Experte erklärte dazu nämlich, dass "die offene Stelle und die Risse zwischen der Stahlkonstruktion und der Wand" erst nach der beidseitigen Freilegung der Betonaussenwand "wirklich erfasst werden" konnten (act. B/57, Gutachten vom 27. Oktober 2006, Antwort zu Frage 4). Damit kann zumindest in prozessualer Hinsicht davon ausgegangen werden, dass die fraglichen Behauptungen und der darauf gestützte Beweisantrag trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten, insofern neu im Sinn von Art. 164 ZPO und damit prozessual zulässig waren.

Die nachträgliche Prozesseingabe erweist sich auch unter dem Aspekt des Verfahrensstadiums als zulässig. Neue Tatsachen dürfen, solange das (Berufungs-) Urteil nicht gefällt ist, auch noch nach der Hauptverhandlung vorgebracht werden (Christoph Leuenberger / Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 3d zu Art. 164 ZPO).

b) Eine vorsorgliche Beweiserhebung ist anzuordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine spätere Beweiserhebung wesentlich erschwert oder unmöglich wäre (Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO). Auch diese Voraussetzung war hier erfüllt, indem dem Kläger ein Zuwarten mit der Fortsetzung der Sanierungsarbeiten bis zu einem entsprechenden Beweisbeschluss des Kantonsgerichtes nicht zumutbar war. Da im Übrigen die Beklagte bei der Nominierung des Experten mitwirken und den Fragenkatalog ergänzen konnte und auch an der Experteninstruktion / am Augenschein anwesend war, steht der Berücksichtigung des Gutachtens R vom 27. Oktober 2006 (act. B/57) in prozessualer Hinsicht nichts entgegen. Dies gilt auch unter dem Aspekt, dass der Experte gewisse Abklärungen in Abwesenheit der Beklagten bzw. ihres Rechtsvertreters vornahm. Dazu war der Experte im Rahmen des Auftrages ohne weiteres ermächtigt, unter der Voraussetzung, dass er seine Abklärungen dokumentieren würde, was er ausreichend getan hat.

III.



Nach der Auseinandersetzung mit zahlreichen Standpunkten kam die Vorinstanz gestützt insbesondere auf die Expertise R zum Schluss, dass auf die Beklagte bzw. deren Subunternehmerin, die J-AG, von den Gesamtkosten von Fr. 143'663.20 für die Sanierung der drei Schadensbilder Fr. 25'812.00 entfielen, nämlich Fr. 15'200.00 auf das Schadensbild 1 (Wasserdurchtritte an der Decke im Untergeschoss), Fr. 3'432.00 auf das Schadensbild 2 (Verfärbungen bei den Bodenplatten im Untergeschoss) und Fr. 7'180.00 auf das Schadensbild 3 (Vermorschungen bei den Fenstern im Untergeschoss/Wassereintritte; vgl. angefochtenes Urteil, S. 14 und S. 30 ff.). Zuzüglich einer in Rechnung gestellten, tatsächlich aber nicht eingebauten Folie (Fr. 595.60) sowie der Mehrwertsteuer (Fr. 851.80) und abzüglich der von der J-AG erbrachten Nachbesserung im Betrag von Fr. 8'800.00 ergäben sich so Kosten zulasten der Beklagten bzw. der J-AG von Fr. 18'459.45 (angefochtenes Urteil, S. 32). Hinzu kämen 1/5 der Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens (Fr. 3'775.20), während 3/5 der angenommenen Parteikosten der Beklagten aus dem vorsorglichen Beweisverfahren (Fr. 2'400.00) abzuziehen seien, sodass insgesamt eine Forderung zugunsten des Klägers von Fr. 19'834.60 resultiere (angefochtenes Urteil, S. 33 f.).

Beide Parteien folgten in ihren Rechtsschriften im Berufungsverfahren im Wesentlichen der Systematik des angefochtenen Urteils. Zu Recht kommt darin auch zum Ausdruck, dass sich die Vorinstanz mit allen relevanten Streitfragen auseinander setzte, weshalb angezeigt erscheint, die Systematik der Vorinstanz grundsätzlich auch dem Berufungsentscheid zugrunde zu legen. Davon ausgenommen sind die Ausführungen zu den von der Beklagten zu tragenden Quoten. Auf sie wird unter Berücksichtigung der ergänzenden Feststellungen im Berufungsverfahren einzugehen sein (vgl. nachfolgend Ziff. 14.d).

1. Unter Ziffer II.3 (angefochtenes Urteil, S. 7 - 10) setzte sich die Vorinstanz mit der Bedeutung der im Rahmen des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweiserhebung erstellten Expertisen und Unterlagen auseinander und kam zum Schluss, dass diese soweit zu berücksichtigen seien, als sie nicht eine Ausweitung der vom Experten gemäss gerichtlichem Auftrag zu behandelnden Fragen darstellten (nachträglich vom Experten S erstellter Kostenverteiler). Der falschen Einschätzung gewisser Mängel



durch den Experten S sodann sei durch die Berücksichtigung der neueren Erkenntnisse der Experten M und insbesondere R Rechnung zu tragen.

Diese Erwägungen blieben im Berufungsverfahren zu Recht unangefochten. Dementsprechend ist auch im Berufungsverfahren gestützt auf die Feststellungen aller drei Experten - im Einzelnen ist, soweit erforderlich, auf die Befunde jeweils im betreffenden Zusammenhang einzugehen - zu entscheiden.

2. Neben der Beklagten wirkte an der Erstellung des Anbaus auch die J-AG mit. Ihre Rechtsstellung ist insofern von Belang, als ihre Verantwortlichkeit je nachdem, ob man sie als Subunternehmerin der Beklagten oder als vom Kläger beigezogene Unternehmerin betrachtet, der einen oder der andern Partei zuzurechnen ist. Die Beklagte argumentierte denn auch im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Klageantwort, S. 6 ff., und Duplik, S. 6) damit, dass sie die J-AG wohl für gewisse Arbeiten - Isolation der Hallenbaddecke sowie Isolation, Abdeckung und Verlegung des Oberlichtes - als Subunternehmerin beigezogen habe, dass die J-AG mit Bezug auf die andern Arbeiten und damit insbesondere für die vom Experten S als mangelhaft bezeichneten Leistungen vom Kläger aber direkt beauftragt worden sei. Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand und hielt dafür, dass die J-AG alle Arbeiten als Subunternehmerin der Beklagten ausgeführt habe (angefochtenes Urteil, S. 10 - 12).

a) Im Berufungsverfahren liess die Beklagte einwenden, aus der Rechnungsstellung ergebe sich, dass der Kläger der J-AG für einen Teil der Arbeiten direkt einen Auftrag erteilt habe. Indem sie ohne jede Begründung angenommen habe, die J-AG habe alle Arbeiten als Subunternehmerin ausgeführt, habe die Vorinstanz willkürlich entschieden und damit auch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstossen, nachdem das schweizerische Regelbeweismass die volle Überzeugung des Gerichtes oder die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlange (Berufungsschrift, S. 5).

b/aa) Der Vorwurf, die Vorinstanz habe ohne jede Begründung angenommen, die J-AG habe bei allen Arbeiten als Subunternehmerin der Beklagten gehandelt, und sei deshalb in Willkür verfallen, ist offensichtlich unzutreffend. Die Vorinstanz hat sich auf eineinhalb Seiten (angefochtenes Urteil, S. 11 f.) mit der Argumentation der Beklagten differenziert auseinandergesetzt. Der Vorwurf der Willkür ist deshalb schon unter



diesem Aspekt unbegründet. Er ist es aber auch inhaltlich, indem, wie nachfolgend zu zeigen ist, mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die J-AG tatsächlich als Subunternehmerin der Beklagten zu betrachten ist.

bb) Die im Zusammenhang mit der Rechtsstellung der J-AG vorgebrachte Argumentation der Beklagten, der Werkvertrag vom 4. Oktober 1990 habe wegen Planungs- und Bauführungsmängel des Architekten geändert werden müssen, ist schon im Ansatz unzutreffend. Wollte man nämlich von einer Vertragsänderung ausgehen, dann läge die Beweislast hierfür bei der Beklagten, d.h. sie hätte den Nachweis dafür zu erbringen, dass sie für die Mängel bzw. Mängelfolgeschäden deshalb nicht aufzukommen hat, weil die betreffenden Mängel wegen der Vertragsänderung nicht mehr in ihren Verantwortungsbereich fallen (vgl. Art. 8 ZGB). Diesen Nachweis hat die Beklagte aber offensichtlich nicht erbracht, bestätigte doch weder der Zeuge T, der ehemalige für die Baustelle A verantwortliche Mitarbeiter der Beklagten, noch Jb, der damalige Arbeiter der J-AG, die behauptete Vertragsänderung (act. 80, S. 2, und act. 82, S. 4). Nicht zu übersehen ist, dass die Beklagte in diesem Zusammenhang auch die Parteieinvernahme von U beantragte (Duplik, S. 6). Darauf ist aber schon deshalb zu verzichten, weil die Beklagte ihrer Substantiierungspflicht nicht im Geringsten nachgekommen ist und mit keinem Wort ausgeführt hat, in welchen Punkten wann eine Vertragsänderung vereinbart worden ist.

cc) Das zum Einwand der Vertragsänderung Gesagte gilt mit Bezug auf die Vertragsergänzung entsprechend. Abgesehen davon, dass Jb als Zeuge die behauptete Vertragsergänzung nicht bestätigte (act. 82, S. 4), fehlt es auch in Bezug auf den Einwand der Vertragsergänzung an jeglicher Substantiierung, weshalb weitere Befragungen schon unter diesem Aspekt zu unterbleiben haben.

dd) In den Akten befinden sich fünf Rechnungen der J-AG: vom 23. August 1991 über Fr. 11'211.15 (kläg.act. 25), vom 24. April 1992 über Fr. 4'439.50 (bekl.act. 3); vom 13. Mai 1992 über Fr. 996.75 (bekl.act. 1); vom 13. Mai 1992 über Fr. 5'894.30 (bekl.act. 2); vom 13. Mai 1992 über Fr. 1'672.65 (bekl.act. 4). In den Rechnungen sind dabei die gleichen Positionen wie in der Rechnung enthalten (mit der zu vernachlässigenden Differenz, dass in der Rechnung die Position Bikutop mit Fr. 131.00 eingesetzt ist, während hierfür in der Rechnung Fr. 13.10 figurieren). Drei der



fünf Rechnungen lauten auf die Beklagte, während die beiden andern an den Kläger adressiert sind. Diese unterschiedliche Rechnungsstellung erklärte die Beklagte mit der Vertragsänderung/-ergänzung. Dem gegenüber stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, die Rechnungen (bekl.act. 3 und 4) seien fälschlicherweise an ihn adressiert worden. Diesen Umstand habe er schon früh moniert, weshalb die Rechnungen dann auch unbezahlt geblieben seien, bis mit der Beklagten bezüglich der Schlussabrechnung eine Lösung habe gefunden werden können. Dies sei im Januar 1993 der Fall gewesen, und zwar in dem Sinn, dass die Beklagte ihr Restguthaben von Fr. 16'804.10 gemäss Schlussabrechnung vom 10. September 1991 auf Fr. 6'000.00 in WIR reduziert habe gegen gleichzeitige Übernahme der beiden strittigen Rechnungen der J-AG über Fr. 6'112.50 durch ihn, den Kläger (vgl. Duplik, S. 5 f. unter Hinweis u.a. auf kläg.act. 22).

Im Gegensatz zur nicht bewiesenen Behauptung der Beklagten bezüglich einer Vertragsänderung/-ergänzung erweist sich die Erklärung des Klägers insofern als nachvollziehbar, als darin zum Ausdruck kommt, dass die in den fraglichen Rechnungen fakturierten Leistungen an sich von der Beklagten hätten bezahlt werden müssen. Damit ist noch nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen, wer Auftraggeber der von der J-AG erbrachten Leistungen war. Einen Anhaltspunkt hierfür bilden die der Rechnung zugrunde liegenden Regierapporte (vgl. kläg.act. 24). Drei der fünf Rapporte nennen nämlich die Beklagte als Auftraggeberin, während zwei Rapporte auf den vom Kläger beauftragten Architekten lauten, wobei der eine dieser beiden Rapporte (vom 8. Mai 1991) auf den Rapport vom 7. Mai 1991 Bezug nimmt, der von der J-AG der Beklagten in Rechnung gestellt worden ist (bekl.act. 2). Bezüglich der Rechnung (bekl.act. 4) fällt schliesslich in Betracht, dass teilweise die gleichen Arbeiten ausgeführt wurden, wie sie in der Rechnung (bekl.act. 2) fakturiert worden waren, was mit dem Kläger für die Annahme einer Nachbearbeitung und damit gegen eine direkte Auftragserteilung durch den Kläger spricht.

Schon die Rechnungsstellung und in diesem Zusammenhang insbesondere der Umstand, dass die im Nachhinein auf den Kläger ausgestellte Rechnung vom 24. April 1992 ursprünglich in der an die Beklagte adressierten Rechnung vom 23. August 1991 enthalten war, lässt demnach mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen, dass die Auftragserteilung an die J-AG durch die Beklagte erfolgte. Ausdrücklich bestätigt wird



diese Annahme durch den Zeugen T, dem damaligen Bauleiter der Beklagten. Er erklärte, dass die J-AG für die gesamte Feuchtigkeitsabdeckung von der Beklagten beauftragt worden sei (act. 80, S. 4 f.).

Beweisen heisst, einen Sachverhalt zur vollen Überzeugung des Richters dartun. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils zu rechnen ist. Das so umschriebene Regelbeweismass kann allerdings variieren. Dazu gehört insbesondere, dass dann, wenn aus Indizien auf eine nicht direkt bewiesene Tatsache geschlossen wird, der aus den Indizien gewonnenen Schlussfolgerung volle Beweiskraft zukommt, wenn der Gegenpartei nicht gelingt, Zweifel im Sinn eines eigentlichen Gegenbeweises zu begründen (ausführlich hierzu Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 4b, 4c und 4f zu Art. 101 ZPO).

Hier bedeuten diese allgemeinen Regeln, dass sich der Kläger auf die Aussage T sowie die damit verbundene und durch die Akten weitestgehend bestätigte Vermutung stützen kann, dass alle Arbeiten im Zusammenhang mit der Feuchtigkeitsabdeckung von der Beklagten in Auftrag gegeben worden sind, während der Einwand der Beklagten, die differenzierte Rechnungsstellung sei auf eine Vertragsänderung/-ergänzung zurückzuführen gewesen, unbewiesen geblieben ist. Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die J-AG in Bezug auf alle Arbeiten als Subunternehmerin der Beklagten gehandelt hat.

3. Unbestrittenermassen handelt es sich bei der L-AG, welche die vom Experten R (ebenfalls) als mangelhaft bezeichnete Stahlkonstruktion für den Anbau lieferte, nicht um eine Subunternehmerin der Beklagten. Ihre Verantwortlichkeit kann daher nicht bzw. nur in dem Mass der Beklagten zugerechnet werden, in dem diese selber vertragswidrig gehandelt hat. Darauf wird im Rahmen der Beurteilung der Anschlussberufung zurückzukommen sein (hinten, Ziff. 12).

4. Wie ausgeführt, bezeichnete die Vorinstanz unter Hinweis auf die Expertise R die folgenden Schadensbilder bzw. deren Ursachen als Mängel (angefochtenes Urteil, S. 14):



## St.Galler Gerichte

### Schadensbild 1

#### Spalte 1

Wasserdurchtritte an der  
Decke im UG

(Ziffer 6.3.2)

### Schadensbild 2

#### Spalte 2

Verfärbungen bei den  
Bodenplatten im UG

(Ziffer 6.3.3)

### Schadensbild 3

#### Spalte 3

Vermorschungen bei den  
Fenstern im UG/Wasser-  
eintritte

(Ziffer 6.3.4)

### Ursachen:

- |   |   |   |
|---|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- Undichtigkeiten bei der darüberliegenden Terrasse</li><li>- Planung zu niedriger An- und Abschlüsse</li><li>- mangelhafte Ausführung der An- und Abschlüsse</li><li>- undichte Blechanschlüsse an den Rinnenenden beim Anschluss an das alte Gebäude</li><li>- mangelhafte Abdichtung der Fenster</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>- Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / Stahlkonstruktion inkl. sämtlicher An- und Abschlüsse</li><li>- Undichtigkeiten bei der darüberliegenden Terrasse</li><li>- nicht fachgerechter Bodenaufbau im Duschenbereich</li></ul> | <p>Undichtigkeiten bei der Stahlkonstruktion; falsche Planung, Konstruktion und Versetzen</p> |
|---|---|---|



### Spalte 1

#### Schadensbild 1

(Ziffer 6.3.2.3; 6.3.2.4)

### Spalte 2

#### Schadensbild 2

(Ziffer 6.3.3.1)

### Spalte 3

#### Schadensbild 3

(Ziffer 6.3.4.1; 6.3.4.5)

Der Beklagten sei es, so die Vorinstanz weiter, nicht gelungen, zu beweisen, dass es sich bei den aufgeführten Mängeln um offene Mängel im Sinn von Art. 370 Abs. 1 OR handle und die Leistungen deshalb mangels rechtzeitiger Rüge als genehmigt zu betrachten seien.

a) In der Berufungsschrift (S. 6 f.) hielt die Beklagte daran fest, dass die zu knapp geplanten und ausgeführten Randaufbohrungen, das Weglassen des Abschlussprofils, die Loslösung der Aufbordungen, die Anschlussfehler sowie die fehlenden und undichten Fugen auf dem Flachdach und bei der Stahlbaufassade offene Mängel seien. Massgebliches Unterscheidungskriterium sei nicht die Erkennbarkeit für den Laien, sondern diejenige für den Fachmann. Es wäre aber Pflicht des Architekten gewesen, das Werk zu prüfen und die feststellbaren Mängel zu rügen; seine Unterlassungen habe sich der Kläger anrechnen zu lassen.

b) Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (Art. 367 Abs. 1 OR). Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Stillschweigende Genehmigung wird dabei angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR). Treten die Mängel erst später zu Tage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 3 OR).



Auf der Grundlage dieser Bestimmungen hat die Vorinstanz die Unterscheidung zwischen offenen und geheimen Mängel zu Recht nach dem Kriterium der Augenfälligkeit bei der Abnahme bzw. der Erkennbarkeit bei der ordnungsgemässen Prüfung vorgenommen und bei den geheimen Mängeln die so genannten einfachen Folgemängel, die qualifizierten Folgemängel (Sekundärmängel) und die schlicht-verborgenen Mängel unterschieden (vgl. angefochtenes Urteil, S. 13 f., unter Hinweis auf Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Nr. 2074, 2079 und 2715). In der Folge hat sie alle von der Beklagten geltend gemachten Mängel - Randaufbohrungen; Loslösung der Aufbordnung; Abschlussfehler im Untergeschoss - als geheime Mängel im Sinn schlichter Folgemängel oder Sekundärmängel qualifiziert, unter Hinweis darauf, dass die ihnen zugrunde liegenden Ursachen (Primärmängel) als (schlicht-verborgene) Mängel erst im Rahmen der Expertisierung eruiert und erkannt werden konnten.

Was die Beklagte gegen diese Erwägungen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Ausgangspunkt bildet die gesetzliche Regelung, wonach den Besteller die Obliegenheit zu einer üblichen Prüfung trifft. Er hat das Werk daher mit der seiner Art und Bedeutung angemessenen Sorgfalt danach zu untersuchen, ob es die vorausgesetzten und die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist. Massgebendes Kriterium ist dabei die Sorgfalt und Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Abnehmers und nicht des Fachmannes. Aus Art. 367 Abs. 2 OR - darin ist das Recht, die Prüfung durch den Fachmann zu verlangen, ausdrücklich vorbehalten - ergibt sich nämlich deutlich, dass die gesetzliche Regelung auf der Annahme beruht, beim Unternehmer und nicht beim Besteller handle es sich um den Fachmann. Daraus wiederum fliesst, dass es am Unternehmer liegt, sich eine Prüfung durch Sachverständige vertraglich auszubedingen, wenn er sicherstellen will, dass er möglichst rasch Gewissheit über allfällig notwendige Nachbesserungsarbeiten erhält (vgl. zum Ganzen Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel / Genf / München 2007, N 9 f. zu Art. 367 OR, und Gauch, a.a.O., Nr. 2119 ff.). Da hier gerade kein Beizug eines Fachmanns vereinbart war - Gegenteiliges wird auch von der Beklagten nicht behauptet -, bedeuten diese Überlegungen, dass die Wissensvertretung durch den Architekten bei der Beurteilung der Erkennbarkeit der Mängel nicht entscheidend ist



(vgl. auch Ziff. 1.71 Besondere Bestimmungen [kläg.act. 2], wonach die Prüfung und Anerkennung von Baustoffen sowie die Abnahme einzelner Bauteile durch die Bauleitung den Unternehmer in keiner Weise von seiner Verantwortung und Haftung entbinden; vgl. ferner zur Unerheblichkeit der Bauleitung und des Beizugs von Fachleuten im Zusammenhang mit der Pflicht zur Abmahnung Ziff. 5.c Allgemeine Bestimmungen). Vielmehr ist auf das Wissen des Klägers als durchschnittlichen Besteller abzustellen, von dem nicht erwartet werden kann, dass er die fraglichen Mängel bei der von ihm zu erwartenden Prüfung hätte feststellen können.

c) Zu Recht ist die Vorinstanz demnach - zusammenfassend - von geheimen Mängeln ausgegangen.

5. Unter V hat sich die Vorinstanz mit der Frage der Rechtzeitigkeit und genügenden Substantiierung der Mängelrüge auseinandergesetzt (angefochtenes Urteil, S. 15 - 19). Sie hat erwogen, dass der Kläger nach eigener, unbestritten gebliebener Aussage Anfang 1995 verschiedene Mängel an der Gebäudehülle des Anbaus festgestellt habe, so insbesondere Kalkränder an den Steinplatten auf dem Natursteinboden der Sauna, Feuchtigkeit entlang der ursprünglichen Aussenwand im Saunaanbau, eine ungenügende Entwässerung des Plattenbodens beim Sitzplatz, eine teilweise Lockerung der Platten sowie undichte Fugen. Er habe diese Mängel am 16. Januar 1995 von zwei Experten begutachten lassen. Deren Stellungnahme einschliesslich einer Mängelliste habe er am 23./24. Januar 1995 erhalten, und am 24. Januar 1995 habe er (die) am Bau beteiligte(n) Handwerker für den 8. Februar 1995 zu einer Besprechung eingeladen. Mit dieser Einladung unter Beilage der Mängelliste habe der Kläger rechtzeitig und inhaltlich genügend gerügt. Entsprechendes gelte für die erst im Rahmen der vorsorglichen Expertisierung bzw. der im Hauptverfahren durchgeführten Begutachtung erkannten (Primär-)Mängel.

a) Dieser Argumentation hielt die Beklagte im Berufungsverfahren wie schon im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Klageantwort, S. 10 f., und Duplik, S.7 f.) entgegen, der Kläger habe die offenen Mängel offensichtlich verspätet gerügt, es aber auch unterlassen, die wenigen geheimen Mängel rechtzeitig und rechtsgenügend zu rügen. Insbesondere sei die Mängelrüge vom 23./24. Januar 1995 zu spät gewesen, ganz abgesehen davon, dass ihr, der Beklagten, die Mängelliste vom 16. Januar 1995 erst



am 10. März 1995 zugestellt worden sei. Zudem fehle es an der genügenden Substantiierung, habe doch der Experte Ha gemäss dem Experten M an der Decke des Saunavorraums (nur) Schwitz-Tropfen festgestellt, woraus zu schliessen sei, dass die Saunadecke bis zur eigenmächtigen Öffnung durch den Kläger selber nicht undicht gewesen sei und der Kläger insofern seine Schadensminderungspflicht (Abdecken des Saunadachs mit einer Blache) verletzt habe (Berufungsschrift, S. 7 f.).

b/aa) Geheime Mängel - nach dem hiavor Ausgeführten handelt es sich vorliegend ausschliesslich um solche - muss der Besteller sofort nach ihrer Entdeckung anzeigen, ansonsten der Mangel als genehmigt gilt und die Mängelrechte hinsichtlich dieses Mangels verwirkt sind (Art. 370 Abs. 3 OR; vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 2185). "Sofort" im Sinn von Art. 370 Abs. 3 OR ist als Erklärung innerhalb einer nach den Umständen zu bemessenden Frist zu verstehen, innerhalb welcher der Besteller den Entschluss zur Rüge fassen und umsetzen muss. Die Frist beginnt dabei, sobald der Besteller über das Vorliegen eines Mangels Gewissheit erlangt hat. Hierfür wiederum genügt nicht, dass erste Mängelspuren erkennbar sind; erkannt ist der Mangel erst dann, wenn Bedeutung und Tragweite ersichtlich sind. Mit Bezug auf ein Werk, an dem mehrere Unternehmer beteiligt sind, fliesst aus diesem Grundsatz, dass die Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit des Gesamtwerkes nicht ausreicht, sondern dass erkennbar sein muss, welcher Unternehmer mangelhaft geleistet hat; der Besteller braucht also nicht "aufs Geratewohl" zu rügen (ausführlich hierzu das angefochtene Urteil, S. 16, unter Hinweis auf Gauch, a.a.O., Nr. 2181 und 2182).

Aktenkundig ist als erste Rüge die Übermittlung der Stellungnahme der Experten Ha und Hb vom 23./24. Januar 1995 an am Bau beteiligte Handwerker (vgl. kläg.act. 3 und 28). Die Behauptung der Beklagten, diese Stellungnahme samt der Mängelliste nicht erhalten zu haben, erweist sich dabei als unglaubwürdig, verweist doch sie selber in einem Schreiben an den klägerischen Rechtsvertreter vom 24. April 1995 auf das Schreiben des Klägers vom 24. Januar 1995 und die beigelegte Mängelliste (vgl. kläg.act. 30). Hinzu kommt, dass sie, obwohl dieser Punkt schon im erstinstanzlichen Verfahren strittig war (vgl. Klageantwort, S. 9 ff., Replik, S. 9, und Duplik, S. 9 ff.), auch im Berufungsverfahren (vgl. Berufungsschrift, S. 7) nicht zu erklären versuchte, wie sie denn, wenn nicht als Adressatin ("In dem an uns gerichteten Schreiben von Herrn A, dat. 24. Januar 1995 ..."), in den Besitz der Mängelliste Ha vom 23. Januar 1995 und



der Einladung zur Besprechung vom 24. Januar 1995 gekommen sei (die Aufzählung der Mängel gemäss Schreiben Ha vom 10. März 1995 [kläg.act. 4], auf welche sich die Beklagte in der Berufung [S. 7] bezieht, ist nicht identisch mit der Mängelliste Ha, auf die sie selber in ihrem Schreiben vom 24. April 1995 verweist). Es stellt sich damit lediglich die Frage, ob die mit dem Schreiben vom 24. Januar 1995 erklärte Rüge rechtzeitig war. Auch dies ist zu bejahen. Gemäss der unwidersprochen gebliebenen Darstellung des Klägers stellte er Anfang 1995 verschiedene Mängel an der Gebäudehülle des Saunaanbaus fest, so insbesondere Kalkränder an den Steinplatten auf dem Natursteinboden der Sauna, Feuchtigkeit entlang der ursprünglichen Aussenwand im Saunaanbau sowie eine ungenügende Entwässerung des Plattenbodens beim Sitzplatz, eine teilweise Lockerung der Platten und undichte Fugen. Dass er in der Folge zwei Experten mit der genauen Abklärung beauftragte, ist dabei nicht zu beanstanden, war ihm doch nach dem Ausgeführten nicht zuzumuten, ohne genauere Kenntnis über die Bedeutung und Tragweite der Mängel und über mögliche Verantwortlichkeiten zu rügen, und wird einem Besteller in Lehre und Rechtsprechung zugestanden, im Einzelfall Experten hinzuzuziehen, um sich die erforderliche Gewissheit zu verschaffen (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 2181 und 2182). Ganz abgesehen davon dürfen an die Einhaltung der Prüfungsfrist ohnehin nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 2118). Die beiden Experten lieferten ihren Bericht innert Wochenfrist und damit rechtzeitig ab, worauf der Kläger seinerseits unverzüglich, nämlich am nächsten Tag und damit ebenfalls rechtzeitig, die Mängelliste versandte und gleichzeitig zu einem Gespräch einlud. Mit der Vorinstanz ist gestützt auf diese Überlegungen von der Rechtzeitigkeit der Rüge vom 23./24. Januar 1995 in Bezug auf die damals festgestellten Mängel auszugehen.

Entsprechendes gilt für die erst im Rahmen der Expertisierung festgestellten Mängel. Es kann hierfür auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (S. 19) verwiesen werden.

bb) Inhaltlich, d.h. bezüglich der Substantiierung, erfordert die Mängelrüge die Mitteilung der erkannten Mängel (und allenfalls deren Ursache) und die Erklärung, "das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar" machen zu wollen (zu Letzterem vgl. BGE 107 II 195, zu Ersterem insbesondere Gauch, a.a.O., Nr. 2129 ff.).



Wie ausgeführt umfasste die erste aktenkundige Mängelrüge die Übermittlung der von den Experten Ha und Hb erstellten Mängelliste unter gleichzeitiger Einladung zu einer Besprechung (vgl. kläg.act. 28). Darin ist ohne weiteres eine substantiierte Mängelrüge zu erblicken, war doch die Beklagte, wenn auch nicht als mögliche Verantwortliche aufgeführt, Adressatin des Schreibens, worin ausreichend zum Ausdruck kam, dass der Kläger nicht gewillt war, die Ausführung des Werks zu anerkennen. Dies umso mehr, als die Zuordnung der Verantwortung damals noch gar nicht möglich war. Hinzu kommt, dass der Kläger in der Mängelliste die J-AG, für deren Verhalten als Subunternehmerin die Beklagte einzustehen hat, ausdrücklich als mögliche Verantwortliche aufführte. Mit der Vorinstanz ist demnach von einer genügenden Substantiierung in der Mängelrüge vom 24. Januar 1995 auszugehen.

Wiederum Entsprechendes gilt in Bezug auf die erst während der Expertisierung festgestellten Mängel. Wer, wie hier der Kläger, in einem aufwändigen (vorsorglichen) Beweisverfahren Mängel feststellen lässt, bringt deutlich zum Ausdruck, dass er die festgestellten Mängel rügen und damit das Werk nicht akzeptieren will.

cc) Der Beklagten ist einzuräumen, dass in der Mängelliste vom 23. Januar 1995 nicht konkret die Rede davon ist, dass Wasser durch die (Sauna-) Decke eindringe (vgl. kläg.act. 3). Immerhin aber sind dort in Zusammenhang mit der "ursprünglichen Aussenwand bei der Toilette" das "Auftreten von Feuchtigkeit" und beim "Plattenboden bei Sitzplatz" teilweise lose Platten, das nicht gelöste Problem der Entwässerung der Oberfläche und undichte Fugen erwähnt. Schon darin kommt im Sinn ausreichender Substantiierung deutlich zum Ausdruck, dass der Kläger nicht bereit war, die Ausführung der Decke des Anbaus zu akzeptieren. Vollends klar wird dies dann angesichts des Schreibens des Klägers und des beigezogenen Gutachters Ha vom 10. März 1995 (kläg.act. 4), wird der Beklagten darin doch unmissverständlich mitgeteilt, dass aufgrund von in der Zwischenzeit durchgeführten Versuchen habe festgestellt werden müssen, dass Wasser in die Sauna eindringe. Inwiefern diese Rüge den gesetzlichen Anforderungen an Rechtzeitigkeit und Substantiierung nicht genügen sollte, ist nicht ersichtlich, nachdem Ha ausdrücklich von eindringendem Wasser und nicht etwa von blossen ("Schwitz-") Tropfen spricht, und das längst vor dem angeblich eigenmächtigen Öffnen in Zusammenhang mit der vorsorglichen Beweisaufnahme im Jahr 1996. Nicht nachgewiesen und auch nicht zum Beweis verstellt ist sodann eine



Verschlimmerung des Zustands durch das Abdecken des Sitzplatzbodens/der Anbaudecke in dem Sinn, dass ohne das Abdecken mit weniger weitgehenden Massnahmen eine Sanierung möglich gewesen wäre, zumal für den Experten R (act. 154) nachvollziehbar ist, dass die Wassereintritte an der Decke im Untergeschoss durch Undichtigkeiten bei der darüber liegenden Terrasse verursacht worden sind (Gutachten, S. 12, Ziff. 6.3.2.3), und er die ausgeführte Sanierung als verhältnismässig und sinnvoll bezeichnete (Gutachten, S. 21, Ziff. 6.7.1). Auch unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht erweist sich die Argumentation der Beklagten im Zusammenhang mit dem von der Terrasse eindringenden Wasser daher als nicht stichhaltig.

c) Zu Recht ist die Vorinstanz demnach - zusammenfassend - von einer rechtzeitigen und ausreichend substantiierten Rüge mit Bezug auf alle Mängel ausgegangen.

6. Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten

oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme (Art. 371 Abs. 2 OR). Gestützt auf diese Bestimmung hat die Vorinstanz in Ziffer VI (angefochtenes Urteil, S. 20 - 22) erwogen, dass die Abnahme die Vollendung des Werkes voraussetze. Die Beweislast für den Eintritt der Verjährung und damit für deren Beginn, d.h. für die Vollendung, liege beim Unternehmer. Hier bedeute diese Regelung, dass die Beklagte, welche am 23. Februar 1996 in Bezug auf die von ihr geleisteten Arbeiten auf die Einrede der Verjährung verzichtet habe, soweit diese noch nicht eingetreten sei (vgl. kläg.act. 6), den Nachweis dafür hätte erbringen müssen, dass die Abnahme/Vollendung vor dem 24. Februar 1991 erfolgt sei. Diesen Nachweis habe sie nicht erbracht, weshalb auf die Zustellung der Schlussabrechnung vom 10. September 1991 abzustellen sei, womit hinsichtlich der relevanten, geheimen Mängel die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Verzichtserklärung der Beklagten noch nicht abgelaufen gewesen sei.

a) Den differenzierten Erwägungen im angefochtenen Urteil hält die Beklagte in der Berufungsschrift (S. 8) den Einwand entgegen, entgegen der Auffassung der Vorinstanz



stelle sie sich auf den Standpunkt, dass die Verjährung am 23. Februar 1996 zumindest für die offenen Mängel eingetreten gewesen sei. In der Zwischenzeit seien weitere fünf Jahre vergangen, sodass auch die absolute Verjährungsfrist abgelaufen sei.

b/aa) Vorab übersieht die Beklagte, dass es im Werkvertragsrecht keine absolute Verjährung im Sinn ihrer Ausführungen gibt. Die einmal unterbrochene fünfjährige Verjährungsfrist kann, solange sie noch läuft, immer wieder unterbrochen werden, mit der Folge, dass immer wieder eine neue fünfjährige Frist beginnt (vgl. Art. 137 Abs. 1 OR). Zumindest mit dem Vermittlungsbegehren vom 23. September 1997 (alt act. 1), der Klageschrift vom 8. Dezember 1997 (alt act. 2), der Replik vom 6. April 1998 (alt act. 12), den Beweisbeschlüssen vom 27. November 2000 und vom 16. Oktober 2002 (act. 59 und act. 139) sowie dem Urteil vom 8. Juni 2004 ist die laufende fünfjährige Verjährungsfrist jeweils unterbrochen worden (vgl. Art. 138 Abs. 1 OR), sodass die Ansprüche des Klägers unter diesem Aspekt nicht verjährt sind.

Sie sind es auch nicht unter dem Aspekt der Unterscheidung zwischen offenen und geheimen Mängeln. Abgesehen davon, dass hier alle zur Diskussion stehenden Mängel als geheim zu qualifizieren sind (hierzu vorn, Ziff. 4), spielt die Unterscheidung wohl für die Frage der Rechtzeitigkeit der Rüge, nicht aber für diejenige der Verjährung eine Rolle.

bb) Im Übrigen hat es die Beklagte auch im Berufungsverfahren unterlassen, darzutun, dass sie ihr Werk vor dem 24. Februar 1991 abgeliefert hat, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Mängelrechte des Klägers noch nicht verjährt sind.

7. Am 11. November 1991 besprachen die Parteien die Schlussrechnung der Beklagten vom 10. September 1991. Bei dieser Gelegenheit unterzeichnete der Kläger folgende Bemerkung zur "Restzahlung pauschal in WIR 6'000.00 (gemäss Abmachung mit Herrn T vom 28.10.1991)": "Anerkannt unter ausdrücklicher Verzichtleistung auf jegliche Nachforderung, sämtl. Restarbeiten sind in Abrechnungssumme inbegriffen" (bekl.act. 6). Mit dieser Erklärung habe der Kläger, so die Beklagte in der Berufungsantwort (S. 4 f.) wie schon im erstinstanzlichen Verfahren (Klageantwort, S. 8 f., und Duplik, S. 7 ff.), auf jegliche Nachforderungen aus der Mängelhaftung verzichtet.



Die mit dem Verzicht verbundene Werkpreisreduktion von Fr. 16'804.10 auf effektive ca. Fr. 3'000.00 (50% von Fr. 6'000.00 in WIR) sei dabei nicht etwa im Hinblick auf die damals aufgetretenen Mängel, für die sie, die Beklagte, nicht verantwortlich gewesen sei, erfolgt, sondern weil sie im Hinblick auf die Aufgabe/Liquidation des Baugeschäftes nichts mehr mit Nachforderungen aus Mängelhaftung habe zu tun haben wollen. Indem die Vorinstanz diese Tatsache ignoriert und U zu diesem Sachverhalt nicht befragt habe, habe sie unter krasser Verweigerung des rechtlichen Gehörs den Sachverhalt willkürlich festgestellt.

a) Der Kläger bestreitet, die fragliche Erklärung im Sinn des definitiven Verzichts auf seine Mängelrechte verstanden zu haben. In Ermangelung eines eindeutigen diesbezüglichen Wortlauts (hierzu nachfolgend lit. b) und weiterer Beweise - der Zeuge T konnte, obwohl in der Erklärung erwähnt, keine Auskünfte erteilen (vgl. act. 80, S. 5) - würde die Befragung von U deshalb nur dessen tatsächliches Verständnis der Erklärung ermitteln lassen. Dies aber ist insofern unerheblich, als der massgebliche Inhalt einer Erklärung dann, wenn sich, wie hier, zwei Parteien über die Bedeutung der Erklärung nicht einig sind und sich der übereinstimmende tatsächliche/wirkliche Wille nicht feststellen lässt, nach dem Vertrauensprinzip danach bestimmt wird, wie die Parteien die Erklärung verstehen durften und mussten (vgl. statt vieler Peter Gauch/Walter R. Schluop / Jörg Schmid / Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Nr. 207).

b) Auf die Befragung von U ist deshalb zu verzichten und es ist zu prüfen, welchen objektiven Sinn die Erklärung vom 11. November 1991 hat. Auszugehen ist dabei von ihrem Wortlaut. Danach verzichtet der Kläger "auf jegliche Nachforderung" und erklärt, dass "sämtl. Restarbeiten" in der Abrechnungssumme inbegriffen seien. Der Begriff "Restarbeiten" ist eindeutig und kann im Zusammenhang mit "Nachforderung" vernünftigerweise nur in dem Sinn verstanden werden, dass das Werk als vollendet betrachtet werde und keine weiteren Arbeiten in Erfüllung des ursprünglichen Vertrages erwartet würden. Die beiden Begriffe enthalten aber keinen Hinweis auf allfällige Mängelrechte. Ein Zusammenhang mit solchen ergibt sich nur dann, wenn man berücksichtigt, dass offenbar bereits damals gewisse Mängel zur Diskussion gestanden hatten. Dieser Zusammenhang beschränkte sich aber, geht man von den weiteren Akten aus, auf die aufgetretenen und von der J-AG behobenen Mängel. Sie



führte offenbar die (Nach-)Isolation aus und stellte dann Rechnung, über deren Bezahlung sich die Parteien vorerst nicht einig wurden, die Einigung dann aber am 28. Oktober / 11. November 1991 offenbar so trafen, dass die Rechnung vom Kläger bezahlt würde, wofür die Beklagte ihre Schlussrechnung auf Fr. 6'000.00 (in WIR) reduzierte (vgl. hierzu auch vorn, Ziff. 2.b.dd). Ein Verzicht auf weitere Mängelrechte, insbesondere auf solche aus verborgenen Mängeln, kann bei dieser Ausgangslage aber aus der Erklärung nach Treu und Glauben nicht abgeleitet werden, zumal gerade die ersten Erfahrungen deutlich gezeigt hatten, dass es sich womöglich um eine problematische Arbeit handeln könnte. Bezeichnenderweise stellte denn auch in der Folge die X Versicherung am 21. Januar 1993 mit Wissen der Beklagten (kläg.act. 22) einen Garantieschein bezüglich der Regiearbeiten aus (kläg.act. 26), wozu sie keine Veranlassung gehabt hätte, wenn der Kläger von vornherein keine entsprechenden Ansprüche mehr hätte geltend machen können. Da im Übrigen die heute noch zur Diskussion stehenden Mängel als geheime Mängel zu qualifizieren sind (hierzu vorn, Ziff. 4), kann die Beklagte auch nichts zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten, dass der Kläger in der Replik (act. 12, S. 8) ausführen liess, mit der damaligen Rechnungsreduktion seien offene Mängel bereinigt worden. Vielmehr ist - zusammenfassend - mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Kläger am 11. November 1991 nicht auf Rechte aus damals noch nicht erkannten bzw. erkennbaren Mängeln verzichtet hat.

8. Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er die Mängel durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise selbst verschuldet hat (Art. 369 OR).

a/aa) Die Vorinstanz verneinte irgendwelche relevante Abmahnungen der Beklagten. Die Parteien hätten diesbezüglich sowohl in den allgemeinen als auch in den besonderen Bestimmungen ihres Werkvertrages der in der SIA Norm 118 getroffenen Regelung vorgehende Abmachungen getroffen, nach denen die Beklagte schriftlich hätte abmahnen (Ziff. 5.c Allgemeine Bestimmungen bzw. Ziff. 1.71 Besondere Bestimmungen) bzw. die Bauleitung ausdrücklich auf die Unzweckmässigkeit einer Massnahme oder Ausführungsart aufmerksam machen müssen (Ziff. 1.71 Besondere Bestimmungen). Vorliegend sei keine schriftliche Abmahnung vorhanden. Gemäss dem



Zeugen T sodann habe man auf der Baustelle "diskutiert" und seien Äusserungen der Beklagten teilweise berücksichtigt worden, teilweise aber auch nicht. Der Zeuge habe sich aber nicht an Weisungen des Klägers erinnern können, welche einer Abmahnung oder Anregung (der J-AG) widersprochen hätten. Insgesamt sei deshalb davon auszugehen, dass eine eigentliche Abmahnung seitens der Beklagten nicht stattgefunden hat.

bb) Dem gegenüber machte die Beklagte in ihrer Berufungsschrift (S. 9) geltend, entgegen der willkürlichen Annahme der Vorinstanz habe T gegenüber dem Architekten abgemahnt, indem er gesagt habe, bei der Stahlkonstruktion könne Wasser eindringen. Sie, die Beklagte, habe damit abgemahnt, obwohl sie gar keine Pflicht zur Abmahnung gehabt hätte. Überdies habe den Architekten die Pflicht zur umfassenden Wahrung der Interessen getroffen, d.h. er hätte die Mängel selber feststellen und rügen müssen, was er aber nicht getan habe, eine Unterlassung, die sich der Kläger anrechnen lassen müsse.

b) Gemäss den hiervor (lit. a.aa) aufgeführten Bestimmungen hätte die Beklagte unabhängig vom Wissen und der Beteiligung einer Bauleitung oder gar allfälliger Sachverständiger schriftlich, zumindest aber ausdrücklich abmahnen müssen. Das Fehlen einer schriftlichen Abmahnung ist unbestritten. Aber auch von einem ausdrücklichen Hinweis auf die Unzweckmässigkeit der konkreten Ausführung kann nicht die Rede sein. Der Zeuge T erklärte in diesem Zusammenhang (act. 80) vorerst, sie seien sicher genügend auf dem Bau gewesen und hätten über einige Punkte diskutiert, so zum Beispiel wegen des Stahlbaus. Teils sei ihre Sicht der Dinge berücksichtigt worden, teils aber auch nicht (S. 2). Soweit er sich, so der Zeuge weiter, erinnere, seien damals keine Abmahnungen gelaufen. Damals sei man noch davon ausgegangen, dass ein Wort ein Wort sei. Die ganze Angelegenheit zeige, dass halt alles schriftlich erfolgen müsse, aber man sei genügend auf dem Bau gestanden und habe diskutiert, so auch bezüglich des Stahlbaus. Dort habe man diskutiert, dass abgedichtet werden müsse, damit kein Wasser eindringen könne. Dazu habe er allerdings keinen Auftrag gehabt (S. 2/3). Er habe dem Architekten gesagt, dass Wasser eindringen könne, sicher habe er aber nicht von erheblichem Eindringen von Wasser gesprochen (S. 3). Bezüglich der Terrasse habe man dann eine Lösung gesucht, welche ihren (beklagtischen) Einwendungen Rechnung getragen habe (S. 3).



Ob bezüglich der Aufdoppelung (seitens der J-AG) abgemahnt worden sei, könne er nicht mehr sagen (S. 5/6).

Diese Aussagen sind äusserst vage und lassen nicht darauf schliessen, dass seitens der Beklagten oder der J-AG einmal ausdrücklich abgemahnt worden ist. Als solche Abmahnung käme nämlich nur eine Erklärung in Betracht, welche deutlich erkennen liesse, dass die Beklagte/J-AG nicht bereit war, die Verantwortung für die Zweckmässigkeit der gewählten Konstruktion zu übernehmen. Bei blossem "Diskutieren" oder Einbringen von Vorschlägen ist dies aber ebenso wenig der Fall wie beim Hinweis, es könne Wasser eindringen, wenn man sich diesbezüglich, d.h. hinsichtlich des Abdichtens, von vornherein nicht verantwortlich fühlt. Im Übrigen gingen die Beklagte und die J-AG aber ohnehin davon aus, dass die gewählten Ausführungsvarianten tauglich sein würden, hatten also nicht einmal Anlass zu einer Abmahnung. Mit der Vorinstanz ist deshalb - auf die Unerheblichkeit des Vorhandenseins einer Bauleitung wurde bereits eingangs hingewiesen - davon auszugehen, dass die Beklagte bzw. die J-AG nicht abgemahnt hat und die Mängelrechte des Klägers nicht dahin gefallen sind.

9. Bei Mängeln eines Werks kann der Besteller einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug an der Entschädigung vornehmen oder, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen (Art. 368 Abs. 2 und Abs. 3 OR).

a) Die Vorinstanz (angefochtenes Urteil, S. 25 - 29) zog in Erwägung, dass hier die Parteien in Abweichung von der gesetzlichen Regelung in zulässiger Weise ein ausschliessliches Nachbesserungsrecht bzw. einen Anspruch auf entsprechende Ersatzvornahme durch die Beklagte sowie den Ersatz des Mangelfolgeschadens vereinbart hätten. Da die betreffenden Voraussetzungen erfüllt gewesen seien und die Beklagte ihrer Nachbesserungspflicht innert angemessener Pflicht nicht nachgekommen sei bzw. klar zum Ausdruck gebracht habe, nicht nachbessern zu wollen, sei der Kläger berechtigt (gewesen), auf die Mängelbeseitigung durch die Beklagte zu verzichten und stattdessen Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens zu verlangen, der die Kosten der



Mängelbeseitigung durch einen Dritten umfasse. Die bereits erfolgten bzw. noch ausstehenden Sanierungsarbeiten erwiesen sich dabei als angezeigt, sei doch entgegen der Beklagten kein neues Werk erstellt worden bzw. werde kein solches erstellt.

b) In der Berufungsschrift (S. 9 f.) ging die Beklagte auf die Ausführungen der Vorinstanz materiell nicht ein, sondern beschränkte sich darauf, geltend zu machen, der Kläger habe am 11. November 1991 auf Nachbesserungsansprüche verzichtet, es treffe den Kläger ein schwerwiegendes Selbstverschulden, indem er einen völlig unfähigen Architekten beigezogen habe, er habe verschiedentlich entgegen Abmahnungen gehandelt und er habe das Werk genehmigt, indem die Kontrolle und Rüge durch den unfähigen und untätigen Architekten unterblieben seien.

aa) In Bezug auf die Voraussetzungen der Nachbesserung, insbesondere hinsichtlich des Verzugs mit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld und des Ersatzanspruchs wegen ihrer Nichterfüllung, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Der Kläger hat die Beklagte mehrfach, nämlich am 10. März 1995, 21. April 1995 und 14. Juni/1. Juli 1996, erfolglos zur Nachbesserung aufgefordert und war bzw. ist berechtigt, auf die bestrittene Nachbesserung durch die dazu ohnehin nicht bereite Beklagte zu verzichten und stattdessen die Kosten der Ersatzvornahme durch Dritte geltend zu machen. Entsprechendes gilt in Bezug auf die Verhältnismässigkeit. Auch diesbezüglich kann, nachdem sich die Beklagte im Berufungsverfahren dazu nicht mehr geäußert hat, auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

bb) Auf die tatsächlich im Berufungsverfahren noch erhobenen Einwendungen sodann wurde bereits eingegangen bzw. wird noch einzugehen sein. Entgegen der Behauptung der Beklagten hat der Kläger am 11. November 1995 nicht auf Nachbesserungsansprüche verzichtet (hierzu vorn, Ziff. 7), entbindet das Handeln des Architekten die Beklagte nicht grundsätzlich von ihrer Gewährleistungspflicht (hierzu vorn, Ziff. 4.b und 8), sind keine relevanten Abmahnungen bewiesen (hierzu vorn, Ziff. 8) und hat der Kläger nicht genehmigt (hierzu vorn, Ziff. 4).



10. Unter Ziffer X setzte sich die Vorinstanz mit vier Aspekten der erfolgten Expertisierung auseinander, nämlich erstens mit dem Einwand der Beklagten, ein vom Experten S zusammen mit dem Kläger im Terrassenboden gebohrtes Loch sei der Grund für das Eindringen des Wassers ins Untergeschoss gewesen, zweitens mit der Rüge der Beklagten, der Experte R habe in unzulässiger Weise Rechtsfragen beantwortet, drittens mit dem den Experten M und R erteilten Vorgaben bezüglich der Genauigkeit der Kostenschätzungen und viertens mit der Kritik der Beklagten in Bezug auf die fehlende Begründetheit und Nachvollziehbarkeit der Expertise R (angefochtenes Urteil, S. 28 - 30). Drei dieser vier Aspekte führte die Beklagte auch in der Begründung ihrer Berufung wieder an. Vorab wiederholte sie ihre schon in anderem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, Ha habe nur Schwitzwassertropfen festgestellt, d.h. Wasser sei erst nach der eigenmächtigen Öffnung des Daches durch den Kläger eingedrungen. Sodann machte sie erneut geltend, der Experte R habe zu Unrecht Rechtsfragen beantwortet. Schliesslich hielt sie dafür, dass der Experte R keine Begründung für den von ihr zu übernehmenden Schadensanteil geliefert habe.

- a) Auf die Frage nach dem eindringenden Wasser bzw. den Einwand, Wasser sei erst nach dem Öffnen der Terrasse eingedrungen, wurde bereits früher eingegangen. Es kann auf jene Ausführungen verwiesen werden (vgl. vorn, Ziff. 5.b.cc).
- b) Die Beantwortung von Rechtsfragen durch einen Experten macht, wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, eine Expertise nicht unbrauchbar. Abgesehen davon, dass es im Einzelfall äusserst schwierig ist, Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden, bleibt es letztlich immer Sache des Gerichtes, als solche zu bezeichnende Rechtsfragen zu beantworten. Insbesondere in Bezug auf die Frage danach, ob die J-AG und die Stahlbauunternehmerin Subunternehmerinnen der Beklagten sind, erfolgte und erfolgt denn auch die Qualifikation eigenständig durch die Vorinstanz bzw. die Berufungsinstanz.
- c) Auf die Frage der Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit der gutachterlichen Feststellungen wird in nachfolgender Ziff. 14.d einzugehen sein.

11. Auf der Basis der Schätzung/Berechnung R hielt die Vorinstanz (vgl. angefochtenes Urteil, S. 30 ff.) dafür, dass gerechtfertigt sei, auf den angenommenen



## St.Galler Gerichte

Sanierungskosten einen Zuschlag von 10% für Unvorhergesehenes vorzunehmen.

Daraus ergäben sich folgende Gesamtsanierungskosten:

<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>
		act. 154/Ziffer 6.7.2
Schadensbild 1	38'000.00	
		act. 179/Ziffer 6.9.2, 6.11.2, 6.9.3
Schadensbild 2	26'400.00	(inkl. Zuschlag von 10%)
		act. 179/Ziffer 6.9.2, 6.11.3, 6.9.3
Schadensbild 3	71'800.00	(inkl. Zuschlag von 10%)
		Mehrwertsteuer auf Beträgen der
MWST	7'463.20	Schadenbilder 2 und 3
<b>Total der</b>	<b>143'663.20</b>	
<b>Sanierungskosten</b>		

Davon träfen die Beklagte bzw. die J-AG folgende Anteile:

<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>	<b>Spalte 4</b>
<b>Schadensbild 1</b>	J-AG	15'200.00	act. 179/Ziffer 6.11.1



Spalte 1	Spalte 2	Spalte 3	Spalte 4
			Undichtigkeiten bei der Fensterpartie/ Stahlkonstruktion
			(10% von Fr. 18'480.-)
<b>Schadensbild 2</b>	Beklagte 1'848.00		act. 179/Ziffer 6.11.2 i.V.m.
			act. 196
			Undichtigkeiten bei der Terrasse
			(40% von Fr. 3'960.-)
	J-AG 1'584.00		act. 179/Ziffer 6.11.2
			act. 179/Ziffer 6.11.3 i.V.m.
<b>Schadensbild 3</b>	Beklagte 7'180.00		act. 196
			(10% von 71'800.-)
Total			
Sanierungskosten zu Lasten Beklagte und J-AG		25'812.00	



Hinzu komme der bezahlte Preis von Fr. 595.65 für eine nicht eingelegte Alu 10 B-Folie, während die Garantieleistungen der J-AG im Umfang von Fr. 8'800.00 in Abzug zu bringen seien. Insgesamt hafte die Beklagte demnach für Kosten über Fr. 18'459.45, nämlich

<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>
Total Sanierungskosten zu Lasten Beklagte und J-AG	25'812.00	
Folie Alu 10B	595.65	kläg.act. 8
Total	26'407.65	
		7,6% auf Fr. 11'207.65
MWST	851.80	(Schadenbild 2 und 3 sowie Folie)
<b>Total 1</b> Kosten zu Lasten Beklagte und J-AG	<b>27'259.45</b>	
Rechnung J-AG (inkl. MWST)	- 8'800.00	kläg.act. 12
<b>Total 2</b> Kosten zu Lasten Beklagte und J-AG	<b>18'459.45</b>	

Die Beklagte rügte in diesem Zusammenhang in ihrer Berufungsschrift und auch in der Berufungsverhandlung drei Punkte. Vorab sei die Expertise R nicht nachvollziehbar. Sodann sei der Zuschlag für Unvorhergesehenes nicht gerechtfertigt. Und schliesslich habe sie, die Beklagte, für den Konstruktionsfehler des Stahlbauers nicht einzutreten.

a) Auf die Rüge der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Expertisen R bzw. die Frage der technischen Haftungsquoten wird nachfolgend in Ziff. 14 einzugehen sein.



b) Mit Bezug auf eine Position "10% für Unvorhergesehenes" fällt in Betracht, dass der Experte ausdrücklich festhielt, dass eine approximative Kostenschätzung, wie er sie habe vornehmen müssen, immer mit einem Unsicherheitsfaktor verbunden sei. Die vom Kläger geltend gemachten 10% seien (dabei) eine Position, wie sie bei einer detaillierten Untersuchung in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden müsse.

Bei dieser Ausgangslage würde die Berücksichtigung des 10%-Zuschlags zu einer doppelten Berücksichtigung eines Unsicherheitsfaktors führen und namentlich auch dem Umstand nicht Rechnung tragen, dass die Kosten auch tiefer liegen könnten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist deshalb kein Zuschlag vorzunehmen.

c) Auf die Frage der Verantwortung der Beklagten im Bereich der Stahlbaukonstruktion wird nachfolgend einzugehen sein (Ziff. 12 hiernach).

12. Beim Stahlbauunternehmen (L-AG) handelt es sich nicht um eine Subunternehmerin der Beklagten (hierzu vorn, Ziff. 3). Der Experte R und ihm folgend die Vorinstanz beschränkte den Anteil der Beklagten aufgrund der mangelhaften Stahlbaukonstruktion denn auch auf die blossen Versetzungsarbeiten und damit auf 10% der auf den Mangel Stahlkonstruktion entfallenden insgesamt 70% (angefochtenes Urteil, S. 32 f.).

a) In der Klageschrift (alt act. 1 S. 7 f.; vgl. auch Replik [alt act. 12], S. 16 f.) argumentierte der Kläger damit, dass gemäss dem (korrigierten) Gesamtkostenverteiler von März 1997 (kläg.act. 14) eine Haftungsquote von 39% auf die Beklagte entfalle, und zwar 4% für die Baumeisterarbeiten, 28% für die Position Flachdach / Isolation und 7% für die Plattenlegerarbeiten. Bei einem Gesamtschaden von Fr. 208'350.00 ergebe sich daraus für die Beklagte nach Abzug der von der J-AG erbrachten Leistung im Umfang von Fr. 8'800.00 und der Anwaltskosten der Beklagten, welche diese aber selber zu tragen habe, der eingeklagte Betrag von Fr. 60'000.00. Mit keinem Wort erwähnte der Kläger hingegen eine Haftung der Beklagten für einen allfälligen Fehler des Stahlbauunternehmens. Dieser Fehler wurde erstmals in der Expertise R festgehalten, und zwar als Teilursache für die Schadensbilder 2 und 3. Die Feststellung des Experten nahm der Kläger in seiner Stellungnahme zur Gutachtenergänzung vom 7. Mai 2004 (act.198) zum Anlass, eine Haftungsquote der Beklagten von 90% geltend



zu machen, mit der Begründung, die Beklagte, welche die Stahlkonstruktion versetzt habe, hätte gemäss Expertise die mangelhafte Konstruktion erkennen müssen, wozu bereits rudimentäre Kenntnisse genügt hätten. Der Einbau der als Stofflieferung gemäss Art. 365 OR zu qualifizierenden Konstruktion wäre, so die Beklagte abgemahnt hätte, unterblieben und der Schaden damit nicht entstanden. Das Fehlverhalten der Beklagten sei so krass pflichtwidrig, dass die vorangegangene Fehlleistung des Stahlbauers in den Hintergrund trete und die Beklagte für den ganzen Schaden einzustehen habe. In Berücksichtigung von Art. 5 der Allgemeinen Bestimmungen des Werkvertrages sei die Haftung der Beklagten auf insgesamt 90% festzulegen. Eventualiter sei die Unterlassung mit 30% zusätzlich zum Versetzungsfehler zu berücksichtigen, was eine Haftung von 40% ergebe. Die Vorinstanz verwarf diesen Standpunkt (angefochtenes Urteil, S. 33). Die ganze im Verfahren vorgenommene Expertisierung basiere auf einer anteilmässigen Zuordnung der Sanierungskosten zu den festgestellten Mängeln. Auch der Kläger habe seine Klage nach diesem System aufgebaut. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, in einem Einzelpunkt zusätzlich auch das Mass des Verschuldens zu gewichten. Die Verantwortlichkeit der Beklagten für die Stahlkonstruktion sei deshalb entsprechend dem Gutachten mit 10% zu veranschlagen.

Im Rahmen der Anschlussberufung nahm der Kläger seine Argumentation wieder auf. Die Vorinstanz habe die Rechtslage verkannt. Sicher sei es so, dass im Rahmen des vorliegenden Prozesses die für einen Mangel verantwortlichen Personen entsprechend ihrer Verantwortung zu haften hätten. Wer aber wofür verantwortlich sei, entscheide sich allein nach rechtlichen Gesichtspunkten und nicht nach einem gewählten System, wie die Vorinstanz argumentiere. Die Vorinstanz verkenne auch, dass im Rahmen der Klage eine quotenmässige Aufteilung nur auf diejenigen Handwerker vorgenommen worden sei, die auf der Baustelle tätig gewesen seien und Hand in Hand gearbeitet hätten. Es habe sich dabei um so genannte "Vor-" und "Nachfolgeunternehmer" gehandelt, welche auf der Baustelle ein Teilwerk in das Gesamtbauwerk eingebaut bzw. ihre Arbeit an die Arbeit eines andern Unternehmers angeschlossen hätten. Die Stahlbauunternehmerin sei aber nicht auf dem Bau tätig gewesen, sondern habe lediglich den Auftrag gehabt, die Stahlkonstruktion zu bauen und zu liefern. Bei der Stahlkonstruktion handle es sich um einen vom Besteller gelieferten Stoff im Sinn von Art. 365 Abs. 2 OR. Ihre daraus gemäss Art. 365 Abs. 3 OR bzw. Art. 136 Abs. 3 SIA-



Norm 118 fließende Pflicht als Unternehmerin, den Besteller auf Mängel an dem von ihm gelieferten Stoff aufmerksam zu machen, habe die Beklagte verletzt. Folge der Verletzung der Anzeigepflicht sei die Schadenersatzpflicht der Beklagten.

Die Beklagte liess in der Stellungnahme vom 17. Februar 2005 ausführen, es werde bestritten und treffe nicht zu, dass die Stahlbauunternehmerin die Stahlkonstruktion lediglich gemäss den Zeichnungen gebaut und nur auf die Baustelle geliefert habe. Sie, die Beklagte, habe deshalb gar keine Anzeigepflicht getroffen und dementsprechend habe sie auch keine Anzeigepflichtverletzung begehen können.

b) Die Kritik des Klägers am vorinstanzlichen Urteil ist vorab insofern unzutreffend, als die Vorinstanz mangels ausreichender Behauptungen in den Rechtsschriften bzw. einer allfälligen nachträglichen Prozesseingabe den Wechsel von der anteilmässigen Zuordnung der Sanierungskosten zu den festgestellten Mängeln zu einer verschuldensabhängigen Zuordnung aus prozessualen Überlegungen von vornherein nicht vornehmen konnte. Für das Berufungsverfahren gelten diese Überlegungen nicht mehr, da im Berufungsverfahren Noven unbeschränkt zulässig sind. Die klägerische Argumentation ist aber aus einem andern Grund nicht stichhaltig. Vorab handelt es sich beim Stahlbauer entgegen der Auffassung des Klägers und ungeachtet dessen, dass er nicht auf der Baustelle tätig war, um einen Nebenunternehmer (zum Nebenunternehmer vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 218 ff.). Allein schon wertmässig ist seine im Zusammenhang mit der Gestaltung der Front des Anbaus erbrachte Leistung (Planung und Herstellung der Stahlkonstruktion) im Vergleich zu derjenigen der Beklagten (Versetzen) und des Fensterbauers (Herstellung und Einbau der Fenster) derart bedeutend, dass nicht mehr einfach von einer Stofflieferung gesprochen werden kann. Bezeichnenderweise bezifferte denn auch der Experte die Haftungsquote des Stahlbauers im Vergleich zu derjenigen der Beklagten mit 60% zu 10%. Unbestrittenermassen hatte die Beklagte sodann weder eine Koordinationsaufgabe noch war sie dem Stahlbauer gegenüber weisungsberechtigt (vgl. hierzu auch Gauch, a.a.O., Nr. 219). Ihre diesbezügliche Verantwortung beschränkt sich daher auf die im Zusammenhang mit den Versetzungsarbeiten begangene Verletzung ihrer Anzeigepflicht, welche der Experte ausreichend berücksichtigt hat, indem er in seiner Stellungnahme vom 7. Mai 2004 (act. 196) ausführte, die Beklagte hätte erkennen müssen, dass die Stahlkonstruktion mangelhaft sei und nicht den üblichen Vorgaben entspreche (vgl. auch Ziff. 6.3.4.5 des



Gutachtens vom 10. April 2003, act. 154; vgl. auch das Gutachten vom 27. Oktober 2006 [act. B/57; Antwort zu Frage 3.a], in dem der Experte feststellt, dass es Aufgabe der mit der Versetzung der Stahlkonstruktion beauftragten Beklagten gewesen wäre, darauf hinzuweisen, dass der Übergang mit einer fachgerechten Dichtungsfuge zu dichten sei). Für eine weitergehende Haftung / Haftungsquote bleibt bei dieser Ausgangslage kein Raum. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob in der ursprünglichen klägerischen Argumentation, die auf von den Beteiligten bzw. von der Beklagten zu tragenden technischen Haftungsquoten beruhte, nicht ein verbindlicher Verzicht auf die Berücksichtigung zusätzlicher Kriterien zu erblicken ist, auf den der Kläger vor allem deshalb nicht zurückkommen kann, weil sonst der Verteilung der Sanierungskosten bei den einzelnen Schadensbildern unterschiedliche Kriterien zu Grunde gelegt würden, mit der Folge, dass die Expertise, die ja gerade auf der technischen Zuordnung beruht, von einer falschen Fragestellung ausginge.

13. Die Vorinstanz beurteilte die Kosten der vorsorglichen Beweiserhebung nicht im Rahmen der Parteikosten, sondern als Bestandteil der Hauptforderung (angefochtenes Urteil, S. 33 f.). Auf der Basis amtlicher Kosten des Beweisverfahrens von Fr. 18'875.90, angemessener Parteikosten von Fr. 4'000.00 und eines Anteils der Beklagten an den Sanierungskosten von 20% schützte die Vorinstanz die Kostenforderung im Umfang von Fr. 1'375.20 (Fr. 3'775.20 Gerichtskosten ./ Fr. 2'400.00 [3/5 der Parteikosten]). Seitens der Beklagten wurde diese Berechnung nicht bestritten (die Beklagte beschränkte sich auf die in Ziff. 11 hiervor wiedergegebenen Bemerkungen zur Berechnung des Gesamtschadens). Der Kläger stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens seien unter dem Aspekt der Kostenregelung zu beurteilen.

Noch in der Schlussverhandlung machte der Kläger seine Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens / seine vorprozessualen Bemühungen in Übereinstimmung mit den Rechtsschriften als eine Position der eingeklagten Forderung geltend (act. 188, S. 10). Wenn er nun im Berufungsverfahren die fraglichen Kosten unter dem Aspekt der Verfahrenskosten fordert, dann kann man sich fragen, ob darin nicht eine Art unzulässiger Klageänderung liegt. Mit der Geltendmachung als Forderungsposition hat der Kläger nämlich den der Klage zu Grunde liegenden Sachverhalt im Sinn von Art. 56 Abs. 1 ZPO verbindlich umschrieben, legt ihr nun aber gewissermassen eine neue



Argumentation zu Grunde. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass die neue Argumentation rein rechtlicher Natur ist und im Übrigen die auf Fr. 60'000.00 gerichtete Klage nach wie vor mit dem ursprünglichen Sachverhalt, nämlich den Ansprüchen aus der Gewährleistung begründet wird, was gegen die Unzulässigkeit spricht. Letztlich kann die so gestellte Frage nach der Zulässigkeit aber deshalb offen bleiben, weil die Vorinstanz der ursprünglichen Argumentation des Klägers gefolgt ist, sodass der Kläger im Grundsatz gar nicht beschwert und insofern auf die Anschlussberufung nicht einzutreten ist (zum Quantitativen vgl. im Übrigen nachfolgend Ziff. 14.f).

14. Wie ausgeführt, legte die Vorinstanz unter Hinweis auf die Expertise R ihrem Entscheid die folgenden Schadensbilder bzw. deren Ursachen zu Grunde (vgl. hierzu vorn, Ziff. 4, und angefochtenes Urteil, S. 14):

<b>Schadensbild 1</b>	<b>Schadensbild 2</b>	<b>Schadensbild 3</b>
<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>
Wasserdurchtritte an der Decke im UG	Verfärbungen bei den Bodenplatten im UG	Vermorschungen bei den Fenstern im UG/Wassereintritte
(Ziffer 6.3.2)	(Ziffer 6.3.3)	(Ziffer 6.3.4)

### Ursachen:

- |   |   |  |
|---|---|--|
| - Undichtigkeiten bei der darüberliegenden Terrasse | - Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / Stahlkonstruktion inkl. sämtlicher An- und Abschlüsse | Undichtigkeiten bei der Stahlkonstruktion; falsche Planung, Konstruktion und Versetzen |
| - Planung zu niedriger An- und Abschlüsse           |   |  |



<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>
<b>Schadensbild 1</b>	<b>Schadensbild 2</b>	<b>Schadensbild 3</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>- mangelhafte Ausführung der An- und Abschlüsse</li><li>- undichte Blechanschlüsse an den Rinnenenden beim Anschluss an das alte Gebäude</li><li>- mangelhafte Abdichtung der Fenster</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Undichtigkeiten bei der darüberliegenden Terrasse</li><li>- nicht fachgerechter Bodenaufbau im Duschenbereich</li></ul>	
(Ziffer 6.3.2.3; 6.3.2.4)	(Ziffer 6.3.3.1)	(Ziffer 6.3.4.1; 6.3.4.5)

Im Rahmen der vorsorglichen Expertise im Berufungsverfahren (act. B/57) stellte der Experte (zusätzlich) folgende Mängel fest:

- offene Stelle von ca. 1 cm Breite in der Betonaussenwand beim Übergang Schwelle zu Brüstung, von aussen betrachtet rechts, Stelle ist "durchgehend", Doppelmeter lässt sich durchstecken, Bewässerungsversuch mit Gartenschlauch auf der Aussenseite führt zu einem Wasserdurchtritt ins Innere innert wenigen Sekunden;
- Risse zwischen Stahlkonstruktion und Betonaussenwand bis 0.6 mm breit, innen wie aussen sichtbar, Bewässerungsversuch auf der Aussenseite führt zu einem Wasserdurchtritt ins Innere innert wenigen Sekunden, Bewässerungsversuch an weiteren Stellen mit Rissen zwischen Stahlkonstruktion und Betonaussenwand führt



zu analogen Wasserdurchtritten ins Innere innert wenigen Sekunden, Bereiche innenseitig mit starken Kalkausblühungen auf der Betonoberfläche;

- diverse Risse in der Betonaussenwand bis 0.5 mm breit;
- so genannte Kiesnester beim Übergang der Bodenplatte zur Aussenwand in Beton.

Die Frage nach den Ursachen der festgestellten Mängel beantwortete der Experte dahingehend, dass nicht eruierbar sei, weshalb die Stelle fälschlicherweise offen geblieben und nicht abgedichtet worden sei. Die Stelle betreffe eine Arbeitsleistung der Beklagten als Baumeisterin und hätte (von ihr) verschlossen werden müssen. Die Ursache der Risse zwischen der Stahlkonstruktion und der Betonaussenwand seien primär unterschiedliche Verformungen zwischen den Materialien Stahl und Beton. Wie die Versuche gezeigt hätten, dringe bei diesen Stellen Wasser direkt ins Gebäudeinnere ein. Es könne davon ausgegangen werden, dass das Wasser hinter der Innenwärmedämmung nach unten geflossen sei und sich unter dem Unterlagsboden auf der Bodenplatte verteilt habe, was zu entsprechenden Durchfeuchtungen geführt habe. Die Stahlkonstruktion sei durch die Beklagte als Baumeisterin versetzt worden. Ob sie einen Auftrag gehabt habe, den Übergang zur Betonaussenwand zu dichten, sei ihm, dem Experten, nicht bekannt. Allerdings wäre es ihre Aufgabe gewesen, darauf hinzuweisen, dass der Übergang mit einer fachgerechten Dichtungsfuge zu dichten sei. Bei den diversen Rissen in der Betonaussenwand handle es sich primär um Schwindrisse, die beim Austrocknen des Betons entstanden seien.

Temperaturbedingte Einflüsse auf die Rissbildung seien nicht auszuschliessen, jedoch kaum von massgeblicher Bedeutung. Die Risse befänden sich in der Aussenwand, eine Arbeitsleistung, die durch die Beklagte als Baumeisterin erbracht worden und von ihr zu verantworten sei. Ursache der so genannten Kiesnester sei eine ungenügende Verdichtung, die beim Einbringen des Betons entstanden sei. Die Kiesnester befänden sich in der Betonaussenwand bzw. im Betonboden, eine Arbeitsleistung, die durch die Beklagte als Baumeisterin erbracht worden und durch sie zu verantworten sei.

Die Wasserdurchtritte hätten einen direkten und grossen Einfluss auf die Schadensbilder 2 und 3. Das Schadensbild 1 sei hingegen nicht betroffen. In Anbetracht der neuen, massiven Wassereintritte seien die "Undichtigkeiten bei der



## St.Galler Gerichte

darüber liegenden Terrasse" und der "nicht fachgerechte Bodenaufbau im Duschenbereich" nicht mehr von Bedeutung und entfielen für die weiteren Betrachtungen. Somit ergäben sich für das Schadensbild 2 die folgenden Ursachen:

- Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / Stahlkonstruktion, inkl. sämtliche An- und Abschlüsse
- Neu: Undichtigkeiten bei Mangel 2 "Risse zwischen Stahlkonstruktion und Betonaussenwand"
- Neu: Undichtigkeiten bei Mangel 1 "offene Stelle"
- Neu: Undichtigkeiten bei Mangel 4 "Kiesnester"

Im Übrigen liessen sich die Schadensbilder 2 und 3 für die weiteren Betrachtungen zusammenfassen. Für ihre Sanierung sei mit Gesamtkosten von Fr. 114'000.00 (Fr. 117'000.00 ./ Fr. 3'000.00 Mehrwert) zu rechnen, wovon - gemäss der technischen Verantwortlichkeit - 20% auf den Architekten / die Bauleitung, 50% auf den Lieferanten der Stahlkonstruktion und 30% auf die Beklagte entfielen, soweit sie die Stahlkonstruktion versetzt (15%) bzw. die Betonarbeiten ausgeführt habe (15%).

Unter Hinweis auf die Expertise stellte sich der Kläger in seiner Stellungnahme vom 5. Dezember 2006 (act. B/61) auf den Standpunkt, für die vier neu festgestellten Mängel sei vollumfänglich die Beklagte verantwortlich, der gemäss Werkvertrag obliegen hätte, die Stahlkonstruktion zu versetzen (inkl. Einmessen, Fixieren und Untergiessen) und damit insbesondere auch die vom Experten erwähnte Dichtungsfuge anzubringen.

Dem gegenüber bestritt die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2007 (act. B/70) und in der Berufungsverhandlung die Mangelhaftigkeit, stellte in Abrede, dass der Kläger inhaltlich richtig und rechtzeitig gerügt habe, machte die Verjährung der Mängelrechte geltend und wandte sich gegen die vom Experten festgestellten technischen Verantwortlichkeiten.



## St.Galler Gerichte

a) Wie ausgeführt (hierzu vorn, Ziff. 5) sind die Zustellung der Mängelliste vom 23./24. Januar 1995 und die jeweiligen Expertenberichte für die darin festgehaltenen, geheimen Mängel rechtzeitige und ausreichend substantiierte Rügen. Entsprechendes gilt grundsätzlich für die Gegenstand der Ergänzungsexpertise vom 27. Oktober 2006 bildenden Mängel.

b) Im Rahmen des Augenscheins vom 18. August 2006 zeigte sich, dass ein Teil der Risse vermutlich schon früher hätte erkannt werden können. Dem Experten wurde daher die Frage nach dem Alter der Risse gestellt. Er beantwortete sie im Bericht vom 27. Oktober 2006 (act. B/57, Antwort zu Frage 5) dahingehend, dass eine exakte Bestimmung des Alters von Rissen sehr aufwändig und auch nicht mit Sicherheit möglich sei. Bei den dokumentierten Rissen könne davon ausgegangen werden, dass sie rasch nach der Bauvollendung aufgetreten seien, die Schwindrisse nach dem Abbindeprozess nach etwa einem bis zwei Jahren und die temperaturbedingten Risse nach den ersten grossen Temperaturdifferenzen zwischen Sommer und Winter. Allerdings dürften die Risse anfangs sehr fein gewesen sei. Mit der Zeit würden sie - als Folge von Verschmutzungen - immer deutlicher sichtbar.

Die so umschriebene Erkennbarkeit der Risse ändert an der Rechtzeitigkeit der - ergänzenden - Rüge im Sommer 2006 nichts. Der Kläger hat, wie ausgeführt, die Verfärbungen bei den Bodenplatten im UG und Vermorschungen bei den Fensterrahmen im UG / Wassereintritte rechtzeitig und substantiiert gerügt. Da die im Sommer 2006 festgestellten Mängel gemäss Gutachten vom 27. Oktober 2006 Ursachen der betreffenden Schadensbilder darstellen, können auch sie als geheime Primärmängel als rechtzeitig gerügt betrachtet werden. Dies gilt umso mehr, als sie nicht einmal von den verschiedenen Experten erkannt worden waren und R in seinem Gutachten vom 27. Oktober 2006 festhielt, dass erst nach der beidseitigen Freilegung der Betonaussenwand die offene Stelle und die Risse zwischen der Stahlkonstruktion und der Wand "wirklich erfasst" werden konnten (act. B/57, Antwort zu Frage 4).

c) Mit Bezug auf die Verjähmung kann auf die Ausführungen unter Ziff. 6 hiavor verwiesen werden. Da es sich auch bei den im Sommer 2006 festgestellten Mängeln um geheime Mängel handelt, die (weitere) Ursachen der bekannten Schadensbilder darstellen, und die noch laufende Verjähmung der aus den Mängeln resultierenden



Rechte mehrfach unterbrochen wurde, ist auch in Bezug auf die neu festgestellten Mängel noch keine Verjährung anzunehmen.

d) In Bezug auf die Auswirkungen auf die Schadensbilder und in quantitativer Hinsicht (Haftungsquoten) schliesslich fällt Folgendes in Betracht:

aa) Der Richter würdigt die Beweise nach freier Überzeugung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 101 Abs. 1 ZPO). Dieser Grundsatz gilt auch in Bezug auf ein Gutachten. Hier soll der Richter allerdings in Fachfragen seine eigene Meinung nicht ohne triftige Gründe an die Stelle derjenigen des Experten setzen, und er darf nur dann von den Schlussfolgerungen des Sachverständigen abweichen, wenn diese ungenügend oder widersprüchlich begründet sind, auf unrichtigen tatbeständlichen Grundlagen beruhen oder wenn sich die Fachkompetenz des Gutachters im Nachhinein als ungenügend erweist (vgl. Leuenberger / Uffer-Tobler, a.a.O., N 1c zu Art. 101 ZPO). Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass ein zu berücksichtigendes Gutachten inhaltlich den Kriterien der Vollständigkeit, der Nachvollziehbarkeit und der Schlüssigkeit genügen muss. Während sich das Kriterium der Vollständigkeit dabei regelmässig einfach überprüfen lässt, bieten die Aspekte der Nachvollziehbarkeit und der Schlüssigkeit häufig insofern Probleme, als der Richter, der ja gerade deswegen den Gutachter beizieht, in Bezug auf die Fachfragen nicht über das erforderliche Fachwissen verfügt, und als sich häufig aus an sich richtig gestellten Fragen bzw. festgestellten Sachverhalten unterschiedliche Schlüsse ziehen lassen. Lehre und Rechtsprechung lösen dieses Problem in dem Sinn, dass sie vom Richter unter dem Aspekt des Begründungserfordernisses verlangen, dass er die Ausführungen und Schlussfolgerungen wenigstens in ihren Grundzügen zu verstehen versucht und sich gestützt darauf ein Bild von ihrer Schlüssigkeit machen kann (ausführlich hierzu Alfred Bühler, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, Band 6, Bern 2005, S. 11 ff., insbesondere S. 61 ff.).

bb) Der von der Beklagten in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der fehlenden Nachvollziehbarkeit erscheint insofern als stichhaltig, als der Experte die einzelnen Quoten im Zusammenhang mit ihrer Bezifferung nicht im Detail begründet. Der Nachvollziehbarkeit an sich schadet dieser Umstand aber nicht. Dabei ist vorab zu



berücksichtigen, dass die Bezifferung einer technischen Haftungsquote immer auf einer Schätzung basiert, die schon als solche nie präzise begründet werden kann und die, soweit sie auf Fachwissen beruht, nicht vom Richter, sondern vom Experten vorgenommen werden muss. Hinzu kommt, dass der Experte bei den einzelnen Schadensbildern bzw. deren Ursachen die jeweiligen Verantwortlichkeiten im Detail ausführt, sodass es bei der Nachvollziehbarkeit der einzelnen Quoten letztlich nur noch um eine Gewichtung dieser Verantwortlichkeiten geht. Hierzu fällt Folgendes in Betracht:

aaa) Beim Schadensbild 1 (Wasserdurchtritte an der Decke) beziffert der Experte R die Quoten mit 30% (Architekt), 40% (J-AG), 20% (Unternehmerin Blechanschlüsse) und 10% (Unternehmerin Fenster). Dabei legt er der Zuweisung insgesamt fünf Ursachen zu Grunde, nämlich die Undichtigkeiten bei der Terrasse, die Planung zu niedriger An- und Abschlüsse und die mangelhafte Ausführung derselben, die undichten Blechanschlüsse an den Rinnenenden und die mangelhafte Fensterabdichtung. Beim Vergleich dieser Ursachen gilt zu berücksichtigen, dass die Undichtigkeiten bei der Terrasse für sich allein, d.h. ohne Hinzutreten weiterer Umstände, dazu führen konnten, dass in grösserem Umfang Wasser eindrang. Alle andern Ursachen setzten demgegenüber besondere Verhältnisse (sehr starker Regen, Wind) voraus, damit es überhaupt zu Wasserdurchtritten kommen konnte. Es erscheint daher nachvollziehbar, wenn der Experte die Quote der J-AG als der für das Abdichten verantwortlichen Unternehmerin mit 40% gegenüber 30% (Architekt), 20% (Unternehmerin Blechanschlüsse) und 10% (Unternehmerin Fenster) am stärksten gewichtet.

bbb) Beim Schadensbild 2 (Verfärbungen der Bodenplatten) nannte der Experte ursprünglich die Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / der Stahlkonstruktion, die Undichtigkeiten bei der darüber liegenden Terrasse und den nicht fachgerechten Bodenaufbau im Duschenbereich als Teilursachen. Er gewichtete die Ursachen dabei mit 70% bzw. zweimal 15% und wies folgende Quoten zu: 10% (Beklagte), 60% (Unternehmerin Stahlbau), 20% (Architekt) und 10% (Unternehmerin Fenster) bei der Teilursache Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / der Stahlkonstruktion, 30% (Architekt), 40% (J-AG), 20% (Unternehmerin Blechanschlüsse) und 10% (Unternehmerin Fenster) bei der Teilursache Undichtigkeiten bei der Terrasse und 100% (Architekt) bei der Teilursache falscher Bodenaufbau. Beim Schadensbild 3



(Vermorschungen bei den Fenstern im UG / Wassereintritte) schliesslich ging der Experte ursprünglich wiederum von Quoten von 60% (Unternehmerin Stahlbau), 10% (Beklagte), 20% (Architekt) und 10% (Unternehmerin Fenster) aus, wobei er als Ursachen die Undichtigkeiten der Stahlkonstruktion sowie die Planung, die Konstruktion und das Versetzen nannte.

Die vom Experten beim Schadensbild 2 ursprünglich vorgenommene Gewichtung war insofern nachvollziehbar, als auf der Hand liegt, dass das von aussen eindringende Wasser (Fenster, Stahlkonstruktion) wesentlich stärker zu den Verfärbungen beigetragen hat, als der sich auf dem Boden höchstens noch marginal auswirkende Wassereintritt von der Decke (Terrasse) her, und als sich der mangelhafte Bodenaufbau gemäss Expertise nicht in der Fläche, sondern nur im Randbereich auswirkte.

Nachvollziehbar waren aber auch die Quoten für die beiden Teilursachen "Wassereintritt von der Terrasse" und "Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / der Stahlkonstruktion" (für die Teilursache "nicht fachgerechter Bodenaufbau" trifft die Beklagte, wie ausgeführt, gemäss Expertise keine Verantwortung). Mit Bezug auf die Teilursache "Wassereintritt von der Terrasse" galt nämlich, nachdem der Experte wiederum von einer Quote der J-AG von 40% ausging, das hiervor zum Schadensbild 1 Ausgeführte (vgl. lit. aaa hiervor). Und mit Bezug auf die der Beklagten zugewiesene Quote von 10% für die Wassereintritte bei der Fensterpartie liegt die Hauptverantwortung klarerweise bei der Unternehmerin Stahlbau, die gemäss Expertise eine falsch geplante und undicht ausgeführte Konstruktion lieferte, während sich die Beklagte wie die Unternehmerin Fenster gemäss den ursprünglichen Feststellungen nur, aber immerhin entgegenhalten lassen musste, sie habe nicht darauf hingewiesen, dass die Konstruktion keine dauerhafte Dichtungsfunktion übernehmen könne, und den Architekten der Vorwurf einer ungenügenden Planung trifft. Vor diesem Hintergrund liessen sich die einzelnen Quoten von 60% Unternehmerin Stahlbau, 20% Architekt und je 10% Beklagte und Unternehmerin Fenster für die Teilursache "Undichtigkeiten bei der Fensterpartie / der Stahlkonstruktion" beim Schadensbild 2 bzw. für die Ursache beim Schadensbild 3 ohne weiteres nachvollziehen.

Nachvollziehbar sind bei dieser Ausgangslage bzw. den im Berufungsverfahren neu festgestellten Mängeln und ihren Ursachen aber auch die vom Experten neu geschätzten Haftungsquoten. Vorab erscheint in diesem Zusammenhang vertretbar,



dass der Experte die Schadensbilder 2 und 3 in dem Sinn zusammenfasst, dass er angesichts der neu festgestellten Mängel und der mit ihnen verbundenen Möglichkeit von direkten Wassereintritten die weiteren Ursachen (Wassereintritte von der Terrasse und ungenügender Bodenaufbau) vernachlässigt, zumal er diese ohnehin schon mit nur gerade je 15% beim Schadensbild 2 berücksichtigt hatte. Begründet erscheinen aber auch die neuen Quoten, indem die zusätzlich festgestellten Mängel zu einer Erhöhung der Quote der Beklagten führen muss, welche neu nicht nur für die bei den Versetzarbeiten begangene Anzeigepflichtverletzung bezüglich der fehlerhaften Stahlbaukonstruktion, sondern auch für die Mängel der Betonarbeiten einzustehen hat, die fehlerhafte Planung und Herstellung der Stahlbaukonstruktion etwas weniger stark ins Gewicht fallen und der Fehler der Unternehmerin Fenster zu gering ist, als dass er sich noch in relevantem Mass auswirken würde. Dem Experten kann deshalb in der Schätzung von Quoten von 50% (Unternehmerin Stahlbau; vorher 60%), 30% (Beklagte; vorher 10%) und 20% (Architekt (vorher 20%) ohne weiteres gefolgt werden.

cc) Wie der Einwand der Beklagten erweist sich auch derjenige des klägerischen Rechtsvertreters bezüglich der Reduktion der Sanierungskosten gemäss der Offerte der X-AG von Fr. 18'797.50 auf Fr. 10'000.00 als nicht unbegründet. Entgegen der Auffassung des Klägers beinhaltet nämlich die Offerte der X-AG nicht ein Abdichten der Wände und des Bodens, sondern nur dasjenige der Wände, ist doch in der Position 7.4313 klar von 50 m<sup>2</sup> "vertikale Flächen" die Rede, bei denen der Experte mit nachvollziehbarer Begründung davon ausgeht, dass es sich nur um ca. 15 m<sup>2</sup> handeln dürfte.

e) Insgesamt ist demnach - aufgrund der vorsorglichen Beweiserhebung im Berufungsverfahren neu - von folgender Kostenzusammenstellung bzw. folgender Beteiligung der Beklagten an den Kosten auszugehen:

<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>	<b>Spalte 3</b>
		act. 154/Ziffer 6.7.2
Schadensbild 1	38'000.00	
Schadensbild 2 / 3	114'000.00	



Spalte 1	Spalte 2	Spalte 3
----------	----------	----------

Mehrwertsteuer auf dem Betrag der

MWST	8'664.00	Schadensbilder 2 / 3
------	----------	----------------------

**Total der**

**160'664.00**

**Sanierungskosten**

Davon treffen die Beklagte bzw. die J-AG folgende Anteile:

Spalte 1	Spalte 2	Spalte 3	Spalte 4
----------	----------	----------	----------

act. 179/Ziffer 6.11.1

<b>Schadensbild 1</b>	J-AG	15'200.00	
-----------------------	------	-----------	--

(30% von Fr. 114'000.00)

<b>Schadensbild 2 / 3</b>	Beklagte	34'200.00	
---------------------------	----------	-----------	--

Total Sanierungskosten zu Lasten

49'400.00

Beklagte und J-AG

Hinzu kommt der bezahlte Preis von Fr. 595.65 für die nicht eingelegte Alu 10 B-Folie, während die Garantieleistungen der J-AG im Umfang von Fr. 8'800.00 in Abzug zu bringen sind. Insgesamt haftet die Beklagte demnach für Kosten über Fr. 43'840.10, nämlich



Spalte 1	Spalte 2	Spalte 3	Spalte 4
Total Sanierungskosten zu Lasten Beklagte und J-AG		49'400.000	
Folie Alu 10B		595.65	kläg.act. 8
Total		49'995.65	
MWST		2'644.45	7,6% auf Fr. 34'795.65 (Schadensbild 2 / 3 und Folie)
<b>Total 1</b> Kosten zu Lasten Beklagte und J-AG		<b>52'640.10</b>	
Rechnung J-AG (inkl. MWST)		- 8'800.00	kläg.act. 12
<b>Total 2</b> Kosten zu Lasten Beklagte und J-AG		<b>43'840.10</b>	

f) Entsprechend dem in Ziff. 13 Ausgeführten sind zum Betrag von Fr. 43'840.10 die Kosten der vorsorglichen Beweiserhebung vor Bezirksgericht hinzuzuzählen. Zu Grunde zu legen sind dieser Position amtliche Kosten des Beweisverfahrens von Fr. 18'875.90, angemessene Parteikosten von Fr. 4'000.00 und ein Anteil der Beklagten an den Sanierungskosten von - neu - ca. einem Drittel (32.76% [Fr. 52'640.10 von Fr. 160'664.00]), was zum Schutz der Kostenforderung im Umfang von Fr. 4'958.60 (Fr. 6'291.95 Gerichtskosten ./ Fr. 1'333.35 [1/3 der Parteikosten]) führt. Insgesamt ist die Forderung des Klägers demnach im Umfang von Fr. 48'798.70 (Fr. 43'840.10 + Fr. 4'958.60) nebst Zins zu schützen.

-----