



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Felix B. Haessig, Werner Furrer und Franz Ramser sowie die Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

**Urteil und Beschluss vom 19. März 2015**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

## Inhaltsverzeichnis:

<b>Rechtsbegehren:</b> .....	<b>3</b>
<b>Sachverhalt und Verfahren:</b> .....	<b>6</b>
A. Sachverhaltsübersicht .....	6
a. Parteien und ihre Stellung .....	6
b. Prozessgegenstand .....	7
B. Prozessuales .....	7
<b>Erwägungen:</b> .....	<b>8</b>
1. Formelles .....	8
1.1. Zuständigkeit.....	8
1.2. Klagerückzug und Klageänderung .....	9
1.2.1. Parteistandpunkte .....	9
1.2.1.1. Beklagte .....	9
1.2.1.2. Klägerin .....	9
1.2.2. Rechtliches .....	10
1.2.3. Würdigung .....	10
1.3. Noven und Sistierungsbegehren .....	11
2. Sachverhalt .....	12
2.1. Unbestrittener Sachverhalt .....	12
2.2. Wesentliche Parteistandpunkte .....	15
2.2.1. Klägerin .....	15
2.2.2. Beklagte .....	16
3. Mängelrechte .....	16
3.1. Vertragsqualifikation .....	16
3.2. Überblick über die Anspruchsgrundlagen .....	17
3.3. Substanziierungs- und Beweislast .....	18
3.4. Werkmangel .....	20
3.4.1. Parteistandpunkte .....	20
3.4.1.1. Klägerin .....	20
3.4.1.2. Beklagte .....	21
3.4.2. Rechtliches .....	22
3.4.3. Würdigung .....	23
3.5. Ersatzvornahme .....	24
3.5.1. Parteistandpunkte .....	24
3.5.1.1. Klägerin .....	24
3.5.1.2. Beklagte .....	26
3.5.2. Rechtliches .....	27
3.5.2.1. Allgemeine Voraussetzungen .....	27
3.5.2.2. Grundsätzlicher Anspruch auf Kostenrückerstattung und Bevorschussung .....	28
3.5.2.3. Spezialfall: Anspruch auf Kostenrückerstattung und Bevorschussung in mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungsketten .....	30
3.5.3. Würdigung .....	34
3.6. Minderung .....	41
3.7. Ersatz des Mangelfolgeschadens .....	41
3.7.1. Parteistandpunkte .....	41
3.7.1.1. Klägerin .....	41

3.7.1.2. Beklagte .....	43
3.7.2. Rechtliches .....	43
3.7.3. Würdigung .....	47
3.7.3.1. Sanierung der Dilationsfugen.....	47
3.7.3.2. Anbringen von Combiflex-Klebebändern und Spurenreinigung .....	47
3.7.3.3. Reparatur der Gipsdecke durch K. _____ AG .....	49
3.7.3.4. Abruf der Gewährleistungsgarantie / Folgeschaden der Stadt Zürich ..	50
3.7.3.5. Eigenleistungen der Klägerin .....	50
4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen.....	51
5. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	52
<b>Beschluss:</b> .....	<b>53</b>
<b>Erkenntnis:</b> .....	<b>54</b>

**Rechtsbegehren gemäss Klageschrift vom 21. August 2012:**  
(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte (B. \_\_\_\_\_ GmbH) zu verurteilen, nach Wahl der Klägerin (A. \_\_\_\_\_ AG),
  - a. den Bodenbelag der Rampe des Stadions C. \_\_\_\_\_ (...) gesamthaft oder teilweise zu erneuern;
  - b. eine gesamthafte oder teilweise Erneuerung der Rampe durch Dritte zu bezahlen, mit CHF 1'000'000.– zu bevorschussen und die Haftung für die Erneuerung durch die Dritten zu tragen, zuzüglich 5 Prozent jährlicher Zins auf den Vorschuss ab dem Tag der Mitteilung der Wahl der Klägerin an die Beklagte bis zur Bezahlung des Vorschusses.
2. Es sei für den Fall, dass der Bodenbelag nicht gesamthaft erneuert wird, festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin einen Minderwert des Werkes von höchstens CHF 200'000.– zuzüglich 5 Prozent jährlichen Zins zu bezahlen hat. Der Zins läuft ab dem Tag der Mitteilung der Klägerin an die Beklagte, dass der Bodenbelag nicht gesamthaft erneuert wird, bis zur Bezahlung des Minderwerts.
3. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin einen Schadenersatz von höchstens CHF 150'000.– zuzüglich 5 Prozent jährlichen Zins ab Einreichung der Klage zu bezahlen hat.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren gemäss verbesserter Klageschrift vom 30. November 2012:**

(act. 15 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte (B.\_\_\_\_\_ GmbH) zu verurteilen, nach Wahl der Klägerin (A.\_\_\_\_\_ AG),
  - a. den Bodenbelag der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ (Zürich) fachmännisch und dauerhaft (mit einem Oberflächenbeschichtungssystem der OS-Klasse 11) auszuführen;
  - b. die bei der Klägerin wegen einer Ersatzvornahme anfallenden Verbesserungskosten zu bezahlen, und zwar im mutmasslich aufzuwendenden Betrag von CHF 1'000'000 (vorbehältlich späterer Anpassung des Betrags), zuzüglich fünf Prozent jährlicher Zins ab dem Tag der Einreichung der Klage.
2. Eventualiter: Es sei für den Fall, dass die Oberflächenbeschichtung nur von Teilen der Rampe erneuert werden muss, die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin neben den Kosten der Erneuerung zusätzlich einen Minderwert der alten Oberflächenbeschichtung von CHF 200'000 (vorbehältlich späterer Anpassung des Betrags) zu bezahlen zuzüglich fünf Prozent jährlicher Zins ab dem Tag der Einreichung der Klage.
3. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Mangelfolgekosten im Betrag von CHF 112'126.50 (vorbehältlich späterer Anpassung des Betrags) zuzüglich fünf Prozent jährlichen Zins ab Einreichung der Klage zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren gemäss Replik vom 6. November 2013:**

(act. 38 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte (B.\_\_\_\_\_ GmbH) zu verurteilen, die bei der Klägerin als Folge der Ersatzvornahme anfallenden Verbesserungskosten zu bezahlen, und zwar im mutmasslich aufzuwendenden Betrag von CHF 1'075'000 (vorbehältlich späterer Anpassung des Betrags), zuzüglich fünf Prozent jährlicher Zins ab dem Tag der Einreichung der Klage.
2. Eventualiter: Es sei für den Fall, dass die Oberflächenbeschichtung nur von Teilen der Rampe erneuert werden muss, die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin neben den Kosten der Erneuerung zusätzlich einen Minderwert der alten Oberflächenbeschichtung von CHF 200'000 (vorbehältlich späterer Anpassung des Be-

trags) zu bezahlen zuzüglich fünf Prozent jährlicher Zins ab dem Tag der Einreichung der Klage.

3. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Mangelfolgekosten im Betrag von CHF 112'126.50 (vorbehältlich späterer Anpassung des Betrags) zuzüglich fünf Prozent jährlichen Zins ab Einreichung der Klage zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

**Prozessbegehren gemäss Replik vom 6. November 2013:**

(act. 38 S. 3)

- "1. Es sei die Beklagte (B.\_\_\_\_\_ GmbH) zur Herausgabe der Originale ihrer Klageantwort-Beweisbeilagen 2 und 3 aufzufordern.
2. Es seien Echtheit und Entstehungszeit der Beweisbeilagen 2 und 3 gerichtlich kriminaltechnisch zu bestimmen.
3. Es sei für den Fall, dass A.\_\_\_\_\_s Erstattungsanspruch nach den tatsächlichen künftigen Kosten der Stadt Zürich für die Verbesserung der Beschichtung der Rampe zu bemessen ist, das Verfahren zu sistieren bis zur Ermittlung der tatsächlichen Kosten der Stadt Zürich."

**Rechtsbegehren gemäss Hauptverhandlung vom 19. März 2015:**

(act. 66 S. 25)

- "1. Es sei die Beklagte (B.\_\_\_\_\_ GmbH) zu verurteilen, der Klägerin (A.\_\_\_\_\_ Schweiz AG) die als Folge der Ersatzvornahme anfallenden Verbesserungskosten zu bezahlen, und zwar im Betrag von CHF 1'075'000, zuzüglich fünf Prozent jährlicher Zins ab dem Tag der Einreichung der Klage.
2. ...(entfällt)
3. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Mangelfolgekosten im Betrag von CHF 112'126.50 zuzüglich fünf Prozent jährlichen Zins ab Einreichung der Klage zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MwSt. zu Lasten der Beklagten.

**Verfahrensanträge gemäss Hauptverhandlung vom 19. März 2015:**

(act. 66 S. 25 f.)

- "1. Es sei Herr D.\_\_\_\_\_ von der ... als sachverständiger Zeuge und es sei ein Gerichtsexperte beizuziehen, um zu beurteilen,
  - wie ein Fachmann die Ausschreibung der Rampenbeschichtung verstanden hätte und insbesondere ob er sie als Ausschreibung eines OS 11 verstehen musste, wie im Bericht vom 21.08.2012 (K24) beschrieben.
  - ob ein fachmännischer Unternehmer bis zur Ablieferung immer die Ausführung eines OS 13 hätte für richtig halten dürfen und nie A.\_\_\_\_\_ Zweifel hätte mitteilen und abmahnen müssen.
  - ob die heutige Rampensanierung eine Ausführung des OS 11 (im Sinne der seinerzeitigen Ausschreibung) entspricht.
2. Es seien Echtheit und Entstehungszeit der Beweisbeilagen B 2 und B 3 kriminaltechnisch zu bestimmen.
3. Für den Fall, dass das Gericht der Auffassung wäre, die von A.\_\_\_\_\_ geltend gemachten Ersatzvornahmekosten stünden noch nicht in Höhe von mindestens CHF 1'075'000 oder die geltend gemachten Mangelfolgekosten stünden noch nicht in Höhe von mindestens CHF 112'126.50 fest, sei das Verfahren so lange zu sistieren, bis die Ersatzvornahme- und Mangelfolgekosten definitiv bzw. in der Höhe von mindestens CHF 1'075'000 beziehungsweise mindestens CHF 112'126.50 feststehen."

**Sachverhalt und Verfahren:**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., welche den Betrieb eines Bauunternehmens bezweckt (act. 39/60). Die Beklagte ist eine im Bereich von Bodenbeschichtungen tätige Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in ... (act. 17/2; act. 22 Rz. 1).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin schloss mit der Beklagten als Subunternehmerin am 2. Mai 2007 einen als "Werkvertrag vom 17. April 2007" bezeichneten Werkvertrag über die Ausführung fugenloser Bodenbeläge im Neubau des ... Stadions C.\_\_\_\_\_ zu einem Preis von CHF 302'855.30 ab (act. 15 Rz. 6, Rz. 49; act. 22 Rz. 74, Rz. 95). Zum Hauptgegenstand des Vertrags wurde die Beschichtung des Betonbodens der zirka 3'750 Quadratmeter grossen Rampe erklärt, welche auf der Aussenseite des Stadions die Haupttribüne und das Restaurant erschliesst (act. 15 Rz. 18, Rz. 50; act. 22 Rz. 95).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die von der Beklagten ausgeführte Beschichtung mangelhaft sei. Sie macht in ihrem Hauptbegehren gegen die Beklagte den Ersatz von (mutmasslichen) Kosten für die Verbesserung der Beschichtung im Rahmen einer Ersatzvornahme geltend. Zusätzlich verlangt sie den Ersatz von Mangelfolgeschäden. Für den Fall, dass die Oberflächenbeschichtung nur von Teilen der Rampe erneuert werden müsse, macht sie einen Minderwert des nicht nachgebesserten Teils geltend. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Sie bestreitet insbesondere die Mangelhaftigkeit des Werks.

B. Prozessuales

Am 21. August 2012 reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 22. August 2012 wurde ihr Frist für die Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt (Prot. S. 2). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 wurde ihr sodann Frist angesetzt, um ihre Klageschrift so zu verbessern, dass sie den Anforderungen des Art. 221 ZPO genüge (Prot. S. 5). In der Folge reichte die Klägerin am 30. November 2012 ihre verbesserte Klageschrift ein (act. 15). Nachdem sie den von ihr einverlangten Vorschuss für die Gerichtskosten fristgerecht geleistet hatte, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 3. Dezember 2012 Frist für die Erstattung ihrer Klageantwort angesetzt (Prot. S. 7). Mit Eingabe vom 25. Februar 2013 erstattete die Beklagte ihre Klageantwort fristgerecht (act. 22). Am 20. Juni 2013 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher zwischen den Parteien jedoch keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 9). Mit

Verfügung vom 19. Juli 2013 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 11; act. 27). Mit Eingabe vom 17. September 2013 (act. 29) stellte die Klägerin einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens bis 15. November 2013. Mit Eingabe vom 27. September 2013 beantragte die Beklagte die Abweisung des Sistierungsantrags (act. 32). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2013 wurde der Sistierungsantrag der Klägerin abgewiesen (Prot. S. 13; act. 33). Mit Eingabe vom 6. November 2013 erstattete die Klägerin ihre Replik (act. 38). Die Duplik der Beklagten erfolgte am 29. Januar 2014 (act. 42). Mit Eingabe vom 4. März 2014 (act. 46) reichte die Klägerin eine Stellungnahme zu den Duplikbeilagen (act. 43/10; act. 43/12-14) ein. Mit Eingabe vom 12. September 2014 (act. 49) stellte die Klägerin erneut einen Sistierungsantrag. Die Beklagte beantragte erneut die Abweisung des Sistierungsantrags (act. 53). Am 10. Oktober 2014 wurde verfügt, dass das Verfahren nicht sistiert, sondern weiter gefördert werde. Zudem wurde der Klägerin die Stellungnahme der Beklagten zugestellt (act. 54). Die Klägerin wünschte in der Folge die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung, während die Beklagte auf eine solche verzichtete (act. 58; act. 59). Am 16. März 2015 und 18. März 2015 reichte die Klägerin je eine als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe samt Beilagen ein (act. 62-65). Am 19. März 2015 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien ihre Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO hielten (Prot. S. 21 ff.).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist anschliessend nur einzugehen, soweit sie sich zur Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

### **Erwägungen:**

#### 1. Formelles

##### 1.1. Zuständigkeit

In Ziffer 19.3 des Werkvertrags vom 17. April 2007 (Datum Unterschrift 2. Mai 2007) vereinbarten die Parteien unbestrittenermassen Zürich als Gerichtsstand

(act. 17/3). Die vereinbarte Gerichtsstandsklausel genügt den Anforderungen von Art. 17 ZPO. Damit ist das Handelsgericht des Kantons Zürich örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit auch sachlich zuständig.

## 1.2. Klagerückzug und Klageänderung

### 1.2.1. Parteistandpunkte

#### 1.2.1.1. Beklagte

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin durch Änderung der Rechtsbegehren einen teilweisen Klagerückzug vorgenommen habe. So habe sie mit verbesserter Klageschrift vom 30. November 2012 (act. 15) das Bevorschussungsbegehren in der Höhe von CHF 1'000'000.– zurückgezogen und das Feststellungsbegehren über CHF 150'000.– fallen gelassen. Stattdessen habe sie ein Forderungsbegehren im reduzierten Umfang von CHF 112'126.50 gestellt (act. 22 Rz. 70; act. 42 Rz. 308, Rz. 311). Rechtsbegehren Ziffer 1 der nachgebesserten Klageschrift beinhalte sodann ein Wahlrecht der Klägerin, was nicht vollstreckbar und daher unzulässig sei (act. 22 Rz. 71).

#### 1.2.1.2. Klägerin

Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, keinen Klagerückzug vorgenommen zu haben (act. 38 Rz. 474). Das Bevorschussungsbegehren in der Höhe von CHF 1'000'000.– sei vielmehr "hinfällig" geworden (act. 38 Rz. 476). Mittlerweile könne ein Mangelfolgeschaden von bislang CHF 112'126.50 beziffert werden, was ein Feststellungsbegehren ausschliesse (act. 38 Rz. 477).

In ihrem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. März 2015 führte die Klägerin sodann aus, dass die Stadt Zürich die gesamte Rampe saniert habe, womit Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik "komplett hinfällig" geworden sei (act. 66 S. 24 f.).

### 1.2.2. Rechtliches

Nach Begründung der Rechtshängigkeit bildet jede inhaltliche Änderung der (bisherigen) Rechtsbegehren, mit welchen mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, eine Klageänderung. So stellt etwa die Erhöhung der Klagesumme oder die Umwandlung eines Feststellungsbegehrens in ein Leistungsbegehren eine Klageänderung dar. Eine Klageänderung liegt auch dann vor, wenn die Klage mit einem Eventualbegehren ergänzt wird (KILLIAS, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N 7 zu Art. 227 ZPO). Der Kläger kann in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, stellt eine Prozessvoraussetzung dar, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 59 ZPO).

Die Beschränkung des Rechtsbegehrens kommt indessen einem Klagerückzug im Sinne von Art. 241 ZPO gleich. Die Beschränkung kann im Verzicht auf einzelne Rechtsbegehren oder in der quantitativen oder zeitlichen Reduktion eines Leistungsanspruchs bestehen. Im Falle der Reduzierung des Leistungsanspruchs liegt somit keine Klageänderung, sondern vielmehr ein teilweiser Klagerückzug vor (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 50 zu Art. 227 ZPO; KILLIAS, a.a.O., N 43 zu Art. 227 ZPO; VON ARX, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2007, S. 104; BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, in: LBR Nr. 75 S. 147). Eine solche Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO).

### 1.2.3. Würdigung

In Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Klageschrift vom 21. August 2012 und der verbesserten Klageschrift vom 30. November 2012 stellte die Klägerin alternative Begehren. Die Beklagte hätte nach Wahl der Klägerin zur Nachbesserung des Bodenbelags der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ oder zur Bezahlung von Kosten

für die Ersatzvornahme durch einen Dritten in der Höhe von CHF 1'000'000.– verpflichtet werden sollen. In Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Replik vom 6. November 2013 (act. 38) beantragt die Klägerin nur noch die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung der Ersatzvornahmekosten. Da sie in der Replik nicht mehr an ihren alternativen Rechtsbegehren festhält, kann die Frage der Zulässigkeit alternativer Begehren nach Wahl der Klägerin vorliegend offen gelassen werden. Der Verzicht auf die Nachbesserung kommt auch nicht einem Klagerückzug gleich. Denn das Interesse an Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klageschrift vom 21. August 2012 und der verbesserten Klageschrift vom 30. November 2012 betrug aufgrund der alternativen Komponente insgesamt maximal CHF 1'000'000.– (vgl. act. 15 Rz. 103). Die Klägerin hat in der Replik ihren Anspruch auf Bezahlung der Ersatzvornahmekosten indessen betragsmässig von ursprünglich CHF 1'000'000.– auf CHF 1'075'000.– erhöht. Die Erhöhung der Klagesumme stellt eine zulässige Klageänderung dar. In Bezug auf die in der Klageschrift vom 21. August 2012 beantragte, in der Klage vom 30. November 2012 nicht mehr ausdrücklich begehrte Bevorschussung der Ersatzvornahmekosten ist ebenfalls von einer Klageänderung auszugehen (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziffer 3.5.3.2).

Die Umwandlung des Feststellungsbegehrens (Ziffer 3 des Rechtsbegehrens der Klageschrift vom 21. August 2012) in ein Leistungsbegehren in der verbesserten Klageschrift vom 30. November 2012 stellt eine zulässige Klageänderung dar. Der geltend gemachte Betrag wurde jedoch von CHF 150'000.– auf CHF 112'126.50 reduziert. Im Differenzbetrag von CHF 37'873.50 liegt somit ein Klagerückzug vor. Ziffer 3 des Rechtsbegehrens der Klageschrift vom 21. August 2012 ist somit im Umfang von CHF 37'873.50 als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben. Da die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. März 2015 erklärt hat, nicht mehr an Ziffer 2 des Rechtsbegehrens festzuhalten, ist das genannte Rechtsbegehren ebenfalls als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

### 1.3. Noven und Sistierungsbegehren

Am 16. März 2015 und 18. März 2015 reichte die Klägerin je eine als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe samt Beilagen ein (act. 62-65). Auch anlässlich der

Hauptverhandlung vom 19. März 2015 machte die Klägerin teilweise unter dem Titel "Noven" Ausführungen (act. 66). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 229 ZPO zu berücksichtigen. Ob dies im Einzelnen der Fall ist, wird nachfolgend zu prüfen sein, soweit die Ausführungen für die Entscheidungsfindung überhaupt von Bedeutung sind.

Sodann stellte die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. März 2015 erneut ein Sistierungsbegehren. Auch auf dieses Begehren wird nachfolgend ebenfalls einzugehen sein.

## 2. Sachverhalt

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Am 31. Oktober 2005 schlossen die Stadt Zürich und die Klägerin einen Vertrag, in welchem sich die Klägerin zum Neubau des ... Stadions C.\_\_\_\_\_ verpflichtete (act. 15 Rz. 15 f.; act. 22 Rz. 80). Am 26. April 2006 schrieb die Klägerin nebst anderen Bodenbelagsarbeiten die Beschichtung der Haupttribüne und der das Restaurant erschliessenden, durch das Stadiondach voll gedeckten Rampe mit einer Fläche von 3750 m<sup>2</sup> aus (act. 22 Rz. 7; act. 38 Rz. 200). Den Zuschlag erhielt die Beklagte. Die Klägerin schloss mit ihr am 2. Mai 2007 einen als "Werkvertrag vom 17. April 2007" bezeichneten Werkvertrag über die Ausführung fugenloser Bodenbeläge im Neubau des Stadions C.\_\_\_\_\_ zu einem Preis von CHF 302'855.30 ab (act. 15 Rz. 6, Rz. 49; act. 22 Rz. 74, Rz. 95). Darin verpflichtete sich die Beklagte unter anderem zur Beschichtung der Betonbodenoberfläche der genannten Rampe (act. 15 Rz. 50; act. 22 Rz. 95). Im bereinigten Leistungsverzeichnis vom 26. April 2006 und 4. Juni 2007 vereinbarten die Parteien in Bezug auf die Beschichtung des Betonbodens der Rampe was folgt (act. 15 Rz. 50; act. 22 Rz. 9; act. 17/6):

#### **"Beschichtungen von Betonböden**

#### **Auf Betonrampe, im Aussenbereich.**

Marke, Typ: H.\_\_\_\_\_ - Floor - 355 N. (Oder gleichwertiges Produkt, muss dokumentiert werden.)

Rissüberbrückende Beschichtung, lösungsmittelfreie 2-Komponenten PU-Beschichtung, auf Betonrampe, im Gefälle.

Inkl. Grundierung, Basisschicht aufgespachtelt, mit Quarzsand - Einstreuung.

Mit Versiegelung, mattiert.  
Farbton RAL / NCS nach Wahl Architekt.  
[ ... ]"

Die Beklagte führte die Beschichtung des Betonbodens der Rampe von Ende Juni 2007 bis Anfang August 2007 nach dem sog. Oberflächenschutzsystem ("OS") der OS-Klasse 13 aus. Dabei handelt es sich um eine Beschichtung mit nicht dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit für begehbare und befahrbare Flächen, welche auf überdachten Betonbauteilen mit oberflächigen Rissen angewandt und in der Regel aus drei Lagen besteht: Grundierung, verschleissfeste Oberflächenschutzschicht und Deckversiegelung. Dieses Beschichtungssystem leistet eine Rissüberbrückung bis zu 0.1 Millimeter. Für die Beschichtung des Betonbodens der Rampe verwendete die Beklagte die Produkte "Primecoat 105", "Primecoat 460" und "Primecoat 525" (act. 15 Rz. 40 ff., Rz. 63; act. 22 Rz. 90 ff., Rz. 104).

Am 22. August 2007 nahm die Klägerin sodann das Werk der Beklagten ab (act. 15 Rz. 67; act. 22 Rz. 108). Am 24. August 2007 lieferte die Klägerin das Stadion C.\_\_\_\_\_ an die Stadt Zürich ab. Im Oktober 2007 stellte die heutige E.\_\_\_\_\_ Versicherungen AG im Auftrag der Klägerin eine Garantie von CHF 12'000'000.– zugunsten der Stadt Zürich als Gewährleistung für Mängel des Stadions aus (act. 15 Rz. 15 f.; act. 22 Rz. 80).

Am 30. April 2008 einigten sich die Parteien auf eine Schlussrechnung für die Beschichtung der Rampe und die weiteren Werkleistungen über insgesamt CHF 364'101.15 netto. Die Beklagte übergab der Klägerin zur Absicherung ihrer Mängelgewährleistungspflichten eine Garantie der F.\_\_\_\_\_ [Versicherung] über einen Betrag von CHF 37'260.– (act. 15 Rz. 68; act. 22 Rz. 109).

Am 21. August 2009 rügte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin, dass die Decke über dem Erdgeschoss auf der Westseite des Stadions (Untersicht Rampe) Wasserschäden und Kalkspuren aufweise (act. 15 Rz. 69; act. 22 Rz. 110). Am 8. September 2010 rief die Stadt Zürich die Garantie im Betrag von CHF 12'000'000.– ab. Ende September 2010 erstattete die Klägerin der E.\_\_\_\_\_ Versicherungen AG deren Garantiezahlung im Betrag von CHF 12'000'000.– (act. 15 Rz. 71 f., Rz. 170; act. 22 Rz. 112).

Am 20. Oktober 2010 rügte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin, dass Risse im "Epoxy-Belag" der Rampe auf Höhe des Blocks 30 aufgetreten seien und Wasser in einen darunter liegenden Lagerraum tropfe (act. 15 Rz. 74; act. 22 Rz. 114). Am 18. November 2010 rügte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin Risse in der Rampe über dem Geschoss E00 und tropfende Decken in den Verpflegungsstationen unter der Rampe (act. 15 Rz. 76; act. 22 Rz. 116).

Am 30. November 2010 bot die Beklagte die Sanierung der einzelnen Risse an (act. 15 Rz. 78; act. 22 Rz. 117). Am 4. März 2011 rügte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin neue Risse auf der Rampe als "generellen konstruktiven oder baulichen Grundmangel" und verlangte ein Konzept zu ihrer Beseitigung (act. 15 Rz. 81; act. 22 Rz. 119). Am 18. und 19. Mai, 1. Juli und 26. August 2011 führte die Beklagte lokale Verbesserungsarbeiten aus (act. 15 Rz. 83 ff.; act. 22 Rz. 122 ff.). Auch in der Folge rügte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin diverse Male Risse und verlangte deren Beseitigung bzw. ein Konzept zur Beseitigung des "Grundmangels" (act. 15 Rz. 88 ff.; act. 22 Rz. 126, Rz. 129).

Am 24. April 2012 erklärte die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin, dass sie (die Klägerin) ihr Recht auf Nachbesserung der Rampe verwirkt habe (act. 15 Rz. 99; act. 22 Rz. 134). Am 7. August 2012 reichte die Stadt Zürich gegen die Klägerin ein Schlichtungsbegehren vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zürich Kreis 1 und 2 ein. Darin beantragte die Stadt Zürich gemäss Rechtsbegehren Ziffer 36, die Klägerin zum Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme aufgrund des "Mangels 2.35 (Risse im Epoxy-Belag des Umgangs bzw. der Rampe)" in der Höhe von CHF 1'000'000.– (zuzüglich Zins von 5% ab 24. August 2007) zu verpflichten. Weiter beehrte die Stadt Zürich, die Klägerin auf Ersatz von Folgeschäden in der Höhe von insgesamt CHF 75'000.– zu verpflichten (act. 15 Rz. 102; act. 22 Rz. 137; act. 39/67 S. 5).

Am 28. August 2012 rief die Klägerin die Gewährleistungsgarantie der F. \_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 37'260.– ab (act. 15 Rz. 131; act. 22 Rz. 158).

## 2.2. Wesentliche Parteistandpunkte

### 2.2.1. Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass das von der Beklagten abgelieferte Werk mangelhaft sei. Die Beklagte habe sich zur Ausführung eines Oberflächenschutzsystems der OS-Klasse 11 auf dem Betonboden der Rampe verpflichtet. Dies ergebe sich aus dem Leistungsverzeichnis vom 26. April 2006 und 4. Juni 2007 (act. 17/6) und werde von Artikel 2.15 des Werkvertrags und vom Produktdatenblatt zu "H.\_\_\_\_\_Floor 355N" bekräftigt. Die Beklagte habe aber ein Schutzsystem der OS-Klasse 13 ausgeführt, welches die Rampe nicht schütze. Es habe zahlreiche grosse Risse, welche Niederschlagswasser in den Beton der Rampe und in die darunter gelegenen Flächen dringen lassen würden. Am 21. Oktober 2010 habe die Klägerin gegenüber der Beklagten Risse in der Rampe über dem Geschoss E00 und die tropfenden Decken in den Lagerräumen unter der Rampe gerügt. Am 19. November 2010 habe die Klägerin gegenüber der Beklagten sodann Risse in der Rampe über E00 und die infolgedessen tropfenden Decken in den Verpflegungsstationen unter der Rampe gerügt (act. 15 Rz. 75 ff., Rz. 139 f.). Die Beklagte habe in der Folge Versuche einer Verbesserung vorgenommen, die Beschichtung aber nicht zu einem Schutzsystem der OS-Klasse 11 verbessert. Ab Frühjahr 2012 habe sie die Nachbesserung verweigert und ihr Nachbesserungsrecht dementsprechend verwirkt (act. 15 Rz. 14, Rz. 139 f.).

Die Stadt Zürich habe der Klägerin das Recht zur Ausführung einer Werkverbesserung abgesprochen und bereite eine Verbesserung durch Ersatzvornahme mit Dritten vor. Daher könne die Klägerin von der Beklagten voraussichtlich nur noch die Bezahlung der Kosten der Ersatzvornahme verlangen (act. 15 Rz. 3, Rz. 163 ff.). Für den Fall, dass die Stadt Zürich keine umfassende, sondern lediglich eine teilweise Sanierung durchführen werde, mache die Klägerin neben dem Aufwendersatz für die teilweise Mängelbehebung einen Minderwert von CHF 200'000.– geltend, unter dem Vorbehalt der Anpassung des Betrags (act. 15 Rz. 169). Schliesslich verlange die Klägerin von der Beklagten den Ersatz des Folgeschadens in der Höhe von insgesamt CHF 112'126.50 (act. 15 Rz. 138, Rz. 180 f.).

### 2.2.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Klägerin in Bezug auf die Beschichtung des Betonbodens der Rampe kein Oberflächenschutzsystem der OS-Klasse 11 oder 11a, sondern ein Produkt bestellt habe, welches in drei Schichten im Sinne der OS-Klasse 13 zu verlegen sei. Die Beklagte habe ihre Arbeiten somit korrekt ausgeführt und alle Kriterien der OS-Klasse 13 erfüllt, weshalb keine mangelhafte Leistung vorliege. Die festgestellten Risse seien ohnehin so gross, dass selbst eine Beschichtung nach der OS-Klasse 11 bzw. 11a nichts gebracht hätte. Die Ursache der Risse sei nicht in der Beschichtung zu suchen (act. 22 Rz. 11, Rz. 79).

Die Klägerin habe es zudem versäumt, die behaupteten Risse rechtsgenügend zu rügen. Ausserdem sei die Mängelrüge verspätet erfolgt (act. 22 Rz. 43 ff., Rz. 59, Rz. 79). Die Klägerin habe im Dezember 2007 den Bericht der G.\_\_\_\_\_ AG erhalten, welche in ihrem Rutschfestigkeitsergebnis festgehalten habe, dass die Produkte "Primecoat 105", "Primecoat 460" und "Primecoat 525" als Rampenbeschichtung im Sinne der OS-Klasse 13 verlegt worden seien. Die Klägerin habe aber nach Erhalt dieses Berichts weder die angewandten Produkte noch das System als Mangel gerügt (act. 22 Rz. 61).

## 3. Mängelrechte

### 3.1. Vertragsqualifikation

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR).

Im Werkvertrag vom 17. April 2007 verpflichtete sich die Beklagte unter anderem zur Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ und die Klägerin zur Leistung einer Vergütung in der Höhe von insgesamt CHF 302'855.30, davon CHF 213'750.– für die Beschichtung (act. 15 Rz. 6, Rz. 49 f.; act. 22 Rz. 74, Rz. 95, Rz. 139; act. 17/3; act. 17/6). Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist unbestrittenermassen als Werkvertrag zu qualifizieren. Vertragsbestandteil wurden unter anderem die Allgemeinen Bedingungen

für Subunternehmer des Generalunternehmers (AVB) der Klägerin und die Norm SIA 118. Der Werkvertrag verweist sodann auch auf die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden technischen Bedingungen der übrigen einschlägigen SIA-Normen (act. 15 Rz. 52 ff.; act. 22 Rz. 98 ff.; vgl. Artikel 2.5, Artikel 2.11 und Artikel 2.15 des Werkvertrags vom 17. April 2007).

### 3.2. Überblick über die Anspruchsgrundlagen

Der Unternehmer haftet nach Art. 165 SIA-Norm 118 für die Mängel seines Werks. Diese Haftung äussert sich darin, dass dem Bauherrn bei Vorliegen eines Werkmangels (Art. 166 SIA-Norm 118) nach Abnahme des Werks bestimmte Rechte (Art. 169-171 SIA-Norm 118) zustehen. Die SIA-Norm 118 hat in Art. 169-171 die gesetzlichen Mängelrechte des Art. 368 OR (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht sowie das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) übernommen. Die Regelung in der SIA-Norm 118 weicht indessen insofern von der gesetzlichen Regelung ab, als sie die Wahlfreiheit des Bauherrn einschränkt, indem sie dem Nachbesserungsrecht den Vorrang gibt. Anders als nach Art. 368 OR hat der Bauherr nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 daher zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist zu verlangen. Behebt der Unternehmer binnen der ihm angesetzten Frist den gerügten Mangel in pflichtwidriger Weise nicht oder schlägt die Nachbesserung fehl, so stehen dem Besteller die Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1 bis 3 SIA-Norm 118 als sekundäre Mängelrechte grundsätzlich zur freien Wahl (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 2658 ff.). Sowohl beim primären Nachbesserungsrecht als auch bei den sekundären Mängelrechten der SIA-Norm 118 handelt es sich um Gestaltungsrechte, deren Ausübung grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.2; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, N 106 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1490; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190, Ausgabe 1977, Zürich 1991, N 1 zu Art. 169 SIA-Norm 118).

### 3.3. Substanziierungs- und Beweislast

Der Besteller, der die Mängelrechte geltend machen will, hat grundsätzlich das Vorliegen eines Werkmangels sowie die tatsächlichen Grundlagen der aus seiner Wahlerklärung hervorgehenden Rechte darzulegen und zu beweisen (ZINDEL/PULVER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl. 2012, N 90 zu Art. 368 OR). Die Klage des Bestellers hat dabei den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO zu genügen. Es sind die Tatsachenbehauptungen und die zu den behaupteten Tatsachen zugehörigen Beweismittel in die Klage aufzunehmen. Die Tatsachen können nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substantiiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden; sie sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass darüber im Bestreitungsfall Beweis abgenommen werden kann. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert werden, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (Urteil 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 29 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 43 zu Art. 221 ZPO). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Hinweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Eine Partei kann sich also nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunktes werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Wird der Sachverhalt, auf den sich die Klage stützt, nicht vollständig in den Prozess eingeführt, so ist die Ge-

genpartei ausserstande, alle ihr sonst möglicherweise zu Gebote stehenden Einwendungen vorzubringen (WILLISEGGER, a.a.O., N 27, N 30 zu Art. 221 ZPO; KILLIAS, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, 2012, N 23 zu Art. 221 ZPO).

Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweis Antrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299 mit Hinweisen). Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; vgl. dazu Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, 2012, N 23 zu Art. 152 ZPO; KILLIAS, a.a.O. N 29 zu Art. 221 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N 31 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 51 zu Art. 221 ZPO). Alle Tatsachen und Beweismittel sind im Grundsatz spätestens in der zweiten Rechtsschrift anzufügen. Insbesondere sind verfügbare Urkunden zu bezeichnen und sogleich als Beilage einzureichen. Die klagende Partei wird nicht mit einem Beweisaufgabebeschluss aufgefordert, weitere Beweismittel zu nennen (WILLISEGGER, a.a.O., N 32 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 52 zu Art. 221 ZPO). Nach dem zweiten Schriftenwechsel sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch im Rahmen von Art. 229 ZPO zulässig.

### 3.4. Werkmangel

#### 3.4.1. Parteistandpunkte

##### 3.4.1.1. Klägerin

Die Beklagte habe sich, so die Klägerin, zur Ausführung eines Oberflächenschutzsystems der OS-Klasse 11 auf der Betonrampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ verpflichtet. Das Leistungsverzeichnis vom 26. April 2006 und 4. Juni 2007 verlange eine Beschichtung, die aus vier Lagen bestehe: Grundierung, Aufspachteln der Basisschicht, Einstreuung von Quarzsand und Versiegelung (act. 15 Rz. 51). Die Pflicht der Beklagten zur Beschichtung nach der OS-Klasse 11 ergebe sich auch aus den Normen SN EN 562165/2 "Empfehlung SIA 162/5 für die Erhaltung von Betontragwerken" und SN EN 1504-2:2004 "Empfehlung SIA 262.402, Produkte und Systeme für den Schutz und die Instandsetzung von Betontragwerken" (act. 15 Rz. 141). Diese Normen seien aufgrund des Verweises von Artikel 2.15 des Werkvertrages vom 17. April 2007 Vertragsbestandteil geworden (act. 15 Rz. 143). Dies entspreche auch der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Stadt Zürich (act. 15 Rz. 24 f.). Stattdessen habe die Beklagte eine Beschichtung nach dem System der OS-Klasse 13 ausgeführt. Ein solches sei für den vorausgesetzten Gebrauch auf der Rampe aber nicht geeignet, da es nur in überdachten Bereichen eingesetzt werden könne, in denen dynamische Rissbreitenänderungen aufgrund starker Temperaturschwankungen begrenzt seien, in denen also der Beton sich nur verhältnismässig wenig und langsam erwärme und ausdehne oder abkühle und zusammenziehe. Die Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ sei hingegen allen Temperaturschwankungen des Wetters ausgesetzt. Der Beton verhalte sich also dynamisch und neige zu Rissen von mehr als 0.1 Millimeter Breite. Ein Oberflächenschutzsystem der OS-Klasse 13 könne aber nur in nicht dynamischen Flächen Risse bis 0.1 Millimeter überbrücken. Das von der Beklagten ausgeführte Oberflächenschutzsystem sei auch deshalb nicht geeignet, weil der Beton der Rampe nur wenige Dilationsfugen aufweise. Er bilde auch deswegen – unabhängig von den Temperaturschwankungen – Risse von mehr als 0.1 Millimeter Breite (act. 22 Rz. 147 ff.). Somit liege ein Werkmangel vor.

#### 3.4.1.2. Beklagte

Die Beklagte hält dagegen, dass die Klägerin kein Oberflächenschutzsystem der OS-Klasse 11 oder 11a, sondern ein Produkt bestellt habe, welches in drei Schichten im Sinne der OS-Klasse 13 zu verlegen sei. Die Beklagte habe ihre Arbeiten korrekt ausgeführt und alle Kriterien der OS-Klasse 13 erfüllt, weshalb keine mangelhafte Leistung vorliege. Die festgestellten Risse seien zudem ohnehin so gross, dass selbst das behauptete Schutzsystem der OS-Klasse 11 oder 11a nichts gebracht hätte. Selbst an der Decke der Unterseite der Rampe und an der Decke des Vordaches seien durchgehende Risse im Beton festgestellt worden (act. 22 Rz. 10 ff., Rz. 23 ff., Rz. 41 f.). Die Risse auf der Rampe seien über 0.3 Millimeter, zu einem sehr grossen Teil gar deutlich über 0.3 Millimeter, und sogar über 0.4 Millimeter breit. Auch die Stadt Zürich sei der Ansicht, dass Risse vorliegen, die deutlich über 0.4 Millimeter breit seien. Dies gehe aus diversen Schreiben der Stadt Zürich hervor, so zum Beispiel aus ihrem Schreiben vom 17. Februar 2012 (act. 17/45). Die diesem Schreiben beigelegten Fotografien würden sodann zeigen, dass einige Rissdicken sogar im Millimeterbereich liegen würden. Die Ursache der Risse sei nicht in der Beschichtung zu suchen. Die Risse seien vielmehr mit grosser Wahrscheinlichkeit die Folge eines grundlegenden Planungs-/Projektierungs-, Konstruktions- und/oder baulichen (Grund-)Mangels der Rampe selbst (Beton, Stahlwerk, Armierung, Rampenkonstruktion etc.), keinesfalls jedoch der (obersten) Beschichtung (act. 22 Rz. 31, Rz. 33, Rz. 36, Rz. 42, Rz. 79). Dementsprechend rüge auch die Stadt Zürich den Grundmangel (act. 22 Rz. 37). Dies gehe aus diversen Dokumenten der Korrespondenz der Stadt Zürich mit der Klägerin hervor. Es könne unter anderem auf Ziffer 2 des Schreibens der Stadt Zürich vom 18. November 2010 (act. 17/32), auf Ziffer 19 und 22 ihres Schreibens vom 4. März 2011 (act. 17/37) sowie auf diverse Passagen ihrer Klageantwort vom 4. November 2011 im Verfahren CG110072-L vor Bezirksgericht Zürich im Prozess um die Garantiezahlung von CHF 12'000'000.– (act. 17/40) verwiesen werden.

### 3.4.2. Rechtliches

Gemäss der von den Parteien übernommenen SIA-Norm 118 ist ein Mangel des Werks eine Abweichung des Werks vom Vertrag. Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). Kein Mangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werks (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn verschuldet hat, insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht verletzt hat (Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118).

Auch ohne besondere Vereinbarung darf der Besteller ein Werk erwarten, das eine normale Beschaffenheit aufweist. Ferner darf der Besteller erwarten, dass das bestellte Werk eine Beschaffenheit aufweist, die es zum Gebrauch tauglich macht. Unter dem Gesichtspunkt der Gebrauchstauglichkeit darf der Besteller namentlich voraussetzen, dass das Bauwerk und die verwendeten Materialien mittlerer Qualität entsprechen (Art. 71 Abs. 2 OR) und den anerkannten Regeln der Baukunst oder einem gleichwertigen Standard entsprechen. Im Bauwesen wird vermutet, dass die Empfehlungen und Normen des SIA grundsätzlich die anerkannten Regeln der Baukunde reflektieren (Urteil des Bundesgerichts 4A\_428/2007 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; SPIESS/HUSER, Stämpflis Handkommentar zur Norm-SIA 118, 2014, N 35 zu Art. 166 SIA-Norm 118; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Das Werkvertragsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichts in den Jahren 2008-2011, in: Jusletter 6. Februar 2012, N 151).

Der *Sekundärmangel* hat seine Ursache in einem anderen Mangel (Primärangel). Es handelt sich dabei nicht einfach um eine Erweiterung oder Vergrösserung eines Mangels, sondern um einen neuen Mangel, der durch einen anderen bedingt ist, wie z.B. der Riss in einer Mauer infolge Setzung des Fundaments (SPIESS/HUSER, a.a.O., N 14 zu Art. 166 SIA-Norm 118).

### 3.4.3. Würdigung

Die Parteien sind sich dahingehend einig, dass die im Beton der von der Klägerin erstellten Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ entstandenen und auch die allenfalls noch bestehenden Risse nicht als von der Beklagten zu verantwortenden Werkmangel zu erachten sind. Weiter blieb seitens der Klägerin unbestritten, dass die Risse teilweise eine Breite von über 0.3 Millimeter, über 0.4 Millimeter und sogar bis zu einem Millimeter aufweisen.

Streitig ist indes, ob sich die Beklagte zur Ausführung einer Oberflächenbeschichtung mit einer Rissüberbrückungsfähigkeit von 0.1 Millimeter (OS-Klasse 13) oder von 0.3 Millimeter (OS-Klasse 11 bzw. 11a) verpflichtet hat.

Weder im Vertragstext des Werkvertrags vom 17. April 2007 noch im bereinigten Leistungsverzeichnis vom 26. April 2006 und 4. Juni 2007 (act. 17/6) wird eine Oberflächenschutzschicht-Klasse ausdrücklich genannt. Es wird zunächst das Produkt "H.\_\_\_\_\_ - Floor - 355 N" genannt. Dieses Produkt lässt sich, wie der Produktdokumentation der H.\_\_\_\_\_ vom 13. Juni 2006 zu entnehmen ist (act. 17/4), sowohl nach dem Oberflächenschutzsystem der Klasse 11a als auch der Klasse 13 verarbeiten. In der genannten Produktdokumentation wird weiter auch der jeweilige Aufbau der beiden Klassen aufgezeigt. Demnach besteht das Oberflächenschutzsystem der Klasse 11a, wie beide Parteien zu Recht annehmen, aus vier Schichten: "*Primer (lightly blended), Base coat, Broadcast to excess wearing course, Seal coat*". Das Oberflächenschutzsystem der Klasse 13 besteht demgegenüber aus drei Schichten: "*Primer (lightly blended), Broadcast to excess wearing course, Seal coat*". Beim Oberflächenschutzsystem der Klasse 11a ist eine Quarzsandeinstreuung in der ersten und dritten Schicht enthalten, beim Oberflächenschutzsystem der Klasse 13 in der zweiten Schicht. Eine Quarzsandeinstreuung ist somit bei beiden Oberflächenschutzsystemen vorgesehen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine eigenständige Schicht. Im bereinigten Leistungsverzeichnis vom 26. April 2006 und 4. Juni 2007 (act. 17/6) werden nur drei Schichten genannt: "*Grundierung, Basisschicht und Versiegelung*". Zusätzlich wird eine Quarzsandeinstreuung genannt. Da diese in verschiedenen Schichten enthalten sein kann, jeweils aber keine eigenständige Schicht darstellt, kann das

besagte Leistungsverzeichnis auch nicht dahingehend verstanden werden, dass die Oberfläche des Betonbodens der Rampe mit einer aus vier Schichten bestehenden Oberflächenbeschichtung der Klasse 11 bzw. 11a zu beschichten gewesen wäre. Vielmehr wird darin durch die Nennung von drei Schichten auf eine Beschichtung der Klasse 13 Bezug genommen. Indem die Beklagte unbestrittenermassen eine Oberflächenbeschichtung der Klasse 13 ausgeführt hat, liegt kein Werkmangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm vor. Angesichts der Fachkompetenz der Klägerin traf die Beklagte diesbezüglich auch keine Aufklärungs- oder Abmahnpflichten.

Die Frage, ob die von der Beklagten ausgeführte Beschichtung nach der OS-Klasse 13 auf dem Betonboden der Rampe des Stadions C. \_\_\_\_\_ ein Werkmangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm darstellt, kann aber, wie nachfolgend darzulegen sein wird, ohnehin offen bleiben, da die weiteren Voraussetzungen der von der Klägerin geltend gemachten Gewährleistungsrechte nicht erfüllt sind. Nachfolgend gilt es die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche näher zu prüfen.

### 3.5. Ersatzvornahme

#### 3.5.1. Parteistandpunkte

##### 3.5.1.1. Klägerin

Zwischen Mai und August 2011 habe die Beklagte mehrere untaugliche Versuche zur Mängelbehebung unternommen und seit 15. März 2012 jegliche Nachbesserung mit nicht stichhaltigen Einwänden verweigert. Die Stadt Zürich habe der Klägerin im September 2012 das Recht zur Ausführung einer Werkverbesserung abgesprochen und bereite eine Verbesserung durch Ersatzvornahme mit Dritten vor. Wahrscheinlich erfolge eine Verbesserung der gesamten Beschichtung der Rampe. Die Klägerin habe aber keine Nachricht vom Ergebnis des Vergabeverfahrens der Stadt Zürich. Sie habe nur als Gerücht gehört, dass die Stadt Zürich mit einer Bauunternehmung für eine fachmännische Verbesserung über einen Werkpreis von ungefähr CHF 1'000'000.– verhandle. Dies entspreche ungefähr der Schät-

zung der Kosten einer Erneuerung der gesamten Rampe, welche die Klägerin auf CHF 700'000.– schätze. Die Stadt Zürich habe mit der Nachbesserung noch nicht begonnen. Die Klägerin rechne damit, dass die Stadt Zürich die gesamte Rampe neu beschichten lassen werde. Sie sei sich der Absichten der Stadt Zürich aber nicht sicher. Sie lasse vielleicht am Ende die Beschichtung nur von Teilen der Rampe verbessern und verlange dann für die nicht verbesserten Teile Minderung. Die Stadt Zürich habe dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich eine gerichtliche Beweisabnahme beantragt und mit der Verfahrensnummer ET130015-L bewilligt bekommen. Sie werde erst nach dessen Abschluss, voraussichtlich im Frühjahr 2014, die Rampe nachbessern lassen. Die tatsächlichen Kosten der Verbesserung der Stadt Zürich würden damit heute nicht feststehen; sie würden vermutlich erst gegen Sommer 2014 feststehen. Die Stadt Zürich habe eine Garantie zur Besicherung von Gewährleistungspflichten der Klägerin abgerufen und sie wegen der Ersatzvornahme einer vollständigen Erneuerung der Beschichtung und wegen Folgeschäden auf Zahlung von CHF 1'075'000.– eingeklagt. Die Klägerin nehme im vorliegenden Verfahren gegen die Beklagte Rückgriff. Sie könne von der Beklagten aber voraussichtlich nur noch die Bezahlung der Ersatzvornahme verlangen. Das Bevorschussungsbegehren sei somit hinfällig geworden (act. 15 Rz. 3, Rz. 14, Rz. 103, Rz. 163 ff., Rz. 172 f.; act. 38 Rz. 194, Rz. 476, Rz. 695).

Andernorts führt die Klägerin aus, dass sie – neben dem Ersatz des Folgeschadens und der Rechtsverfolgungskosten – in der Hauptsache zunächst zwar die Bevorschussung des Aufwands der Nacherfüllung verlange, doch letztendlich nur die Erstattung des tatsächlichen Aufwands der Nacherfüllung. Werde der tatsächliche Aufwand niedriger ausfallen, habe sie auch nur dessen Erstattung zugute und den überschüssenden Vorschuss zurückzuerstatten. Insofern komme es auf die Schätzung der Nachbesserungskosten nur mit Bezug auf die Festsetzung des Vorschussbetrags an, aber eben nicht mit Bezug auf die Festsetzung des definitiven Erstattungsbetrags (act. 38 Rz. 810). Weiter führt die Klägerin aus, dass sie der Auffassung sei, dass die künftigen tatsächlichen Kosten der Stadt Zürich im heutigen Rechtsstreit nicht massgeblich seien. Denn die Klägerin habe einen eigenen, von der Stadt Zürich unabhängigen Nachbesserungsanspruch gegen die

Beklagte. Sie habe somit auch ein eigenes Nacherfüllungsinteresse. Daher sei der Wert des klägerischen Nachbesserungsanspruchs gegen die Beklagte unabhängig vom Wert des Nachbesserungsanspruchs der Stadt Zürich zu ermitteln. Dies sei nur durch Schätzung eines gerichtlichen Sachverständigen möglich (act. 38 Rz. 196).

In ihren "Noveneingaben" vom 16. März 2015 und 18. März 2015 (act. 62; act. 64) sowie in ihrem Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. März 2015 macht die Klägerin geltend, dass die Stadt Zürich die gesamte Rampe habe sanieren lassen (act. 66). Die Stadt Zürich habe Ausgaben von insgesamt CHF 2'228'512.70 getätigt (act. 66 S. 20). Weiter reichte die Klägerin mit ihren Eingaben vom 16. März 2015 und 18. März 2015 von diversen Unternehmern an die Stadt Zürich adressierte Rechnungen ein, welche die Stadt Zürich der Klägerin auf Nachfrage ausgehändigt habe. Der Rechtsvertreter der Stadt Zürich habe der Klägerin mit Schreiben vom 13. März 2015 mitgeteilt, dass die Sanierung der Rampe immer noch im Gang sei. Die Stadt Zürich erwarte weitere Rechnungen. Der definitive Betrag der Sanierung und des Mangelfolgeschadens stehe noch nicht fest. Die Stadt Zürich beabsichtige, die Klägerin nach Feststellung des definitiven Betrags auf Erstattung einzuklagen (act. 66 S. 22).

#### 3.5.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin auf Ersatz von Nachbesserungskosten. Die Klägerin habe es versäumt, die konkreten Sanierungsmassnahmen und die entsprechenden Kosten hinreichend zu substantzieren. Sie könne ihren behaupteten Nachbesserungsanspruch nicht allein durch Schätzung eines gerichtlichen Sachverständigen begründen und beweisen. Auch reiche die Geltendmachung von Nachbesserungskosten im Wert von CHF 1'000'000.– durch die Stadt Zürich mittels eines Schlichtungsbegehrens nicht zur Substanziierung einer Forderung aus (act. 22 Rz. 137, Rz. 203; act. 42 Rz. 44). Die Stadt Zürich habe gegen die Klägerin noch keinen ordentlichen Prozess eingeleitet, sondern nur ein Schlichtungsgesuch gestellt. Die Klagefrist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO sei ohne Klageerhebung beim zuständigen Bezirksgericht Zürich verstrichen. Damit sei auch die durch Stellung des Schlichtungsbegehrens begründete Rechtshän-

gigkeit dahingefallen. Bei dem von der Klägerin erwähnten Beweisabnahmeverfahren (Verfahrensnummer ET130015-L) handle es sich um ein eigenständiges Verfahren, welches in dieser Form nur durchgeführt werde, wenn nicht bereits ein Prozess anhängig sei. Es sei somit festzustellen, dass die Kosten der Verbesserung heute nicht feststehen würden (act. 42 Rz. 41, Rz. 472 f.). Es gehe auch nicht um eine Bevorschussung, da die Klägerin das Begehren auf Bevorschussung in der verbesserten Klageschrift fallen gelassen habe (act. 42 Rz. 542). Ein allfälliger Anspruch der Klägerin auf Ersatz von Nachbesserungskosten sei im Übrigen noch nicht fällig (act. 22 Rz. 203). Daran würden auch die von der Klägerin eingereichten Rechnungen nichts ändern, da sie an die Stadt Zürich und nicht an die Klägerin oder an die Beklagte adressiert seien. Auch sei in diesem Zusammenhang noch kein ordentlicher Prozess zwischen der Stadt Zürich und der Klägerin hängig (act. 67 S. 7 f.).

### 3.5.2. Rechtliches

#### 3.5.2.1. Allgemeine Voraussetzungen

Der Bauherr ist im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 zur Behebung eines Werkmangels auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten berechtigt, wenn ein Mangel besteht, der Bauherr den Mangel rechtzeitig rügt und dem Unternehmer eine angemessene Frist zu dessen Behebung ansetzt, der Unternehmer die durch den Besteller angesetzte Frist zur Nachbesserung nicht wahrnimmt oder er sich gänzlich weigert, die Nachbesserung vorzunehmen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Ersatzvornahme setzt folglich zunächst das Recht auf Nachbesserung voraus. Das Bestehen eines Nachbesserungsrechts im Sinne von Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 setzt insbesondere voraus, dass das Werk bzw. ein in sich geschlossener Werkteil abgeliefert bzw. abgenommen wurde im Sinne der Art. 157 ff. SIA-Norm 118 und dass die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mangelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 2658 ff.). Der Bauherr hat demnach ein Recht zur Ersatzvornahme, ohne dass er hiezu einer richterlichen Ermächtigung bedarf (vgl. demgegenüber Art. 98 Abs. 1 OR) oder gehalten wäre, die Ersatzvornahme zunächst anzudrohen (vgl. demgegenüber

Art. 366 Abs. 2 OR). Eine ausdrückliche Weigerung liegt vor, wenn der Unternehmer das Vorliegen eines Mangels oder seine Haftung für den Mangel *endgültig* bestreitet (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 30 zu Art. 169 SIA-Norm 118).

### 3.5.2.2. Grundsätzlicher Anspruch auf Kostenrückerstattung und Bevorschussung

Sind die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme erfüllt, kann der Bauherr in Vorlage tretend die Drittverbesserung ausführen lassen und die ihm entstandenen Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Kostenrückerstattungsanspruch). Der Ersatz der Kosten dieser Erfüllung stellt einen Aufwendungsersatz dar (KOLLER, in: Berner Kommentar Obligationenrecht, 1998, N 503 zu Art. 366 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 870 f.; NIQUILLE-EBERLE, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: KOLLER, Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, 2004, S. 68). Der Anspruch auf Kostenrückerstattung entsteht mit dem Niederschlag der Kosten im bestellerischen Vermögen und wird mit der Zahlung des Werklohnes durch den Besteller an den Zweitunternehmer fällig, und zwar bereits bei Abschlagszahlungen (Art. 75 OR). Der Umfang des Kostenersatzes richtet sich dabei nach dem Werklohn, den der Besteller dem Zweitunternehmer zu bezahlen hat.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann der Besteller alternativ den Unternehmer zu einer Vorauszahlung in Höhe der zu erwartenden Mängelbeseitigung anhalten und mit diesem Geld alsdann die Drittverbesserung finanzieren (Kostenvorschussanspruch; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, a.a.O., N 902 ff.; BRÄNDLI, Die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme – insbesondere zur Frage des einstweiligen Rechtsschutzes, in: Jusletter 13. Juni 2005, N 4; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1816 ff., N 2664; BGE 128 III 416). Denn der Besteller des mangelhaft ausgeführten Werks braucht die Nachbesserungskosten nicht selber vorzuschiessen, weil ihm die Nachbesserung auf eigene Kosten nicht zugemutet werden kann. Es handelt sich diesfalls um einen "vorweggenommenen Aufwendungsersatz". Der Besteller hat über den erhaltenen, im Hinblick auf die unbestimmte Höhe grosszügig bemessenen Vorschuss an-

schliessend aber abzurechnen und einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1816 ff.).

Diese Pflicht zur Leistung eines Vorschusses wird aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet. Durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, soll erreicht werden, dass der Besteller nicht schlechter gestellt wird, als wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung selber durchführt. Der Besteller hat sodann ein evidenten Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 417 ff.). Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme setzt voraus, dass das Recht auf Ersatzvornahme entstanden ist. Weiter muss der Besteller gewillt sein, die Ersatzvornahme tatsächlich durchzuführen. Er muss somit eine Nachbesserungsabsicht haben. Will der Besteller in Wirklichkeit nicht zur Ersatzvornahme schreiten, erwachsen ihm keine (Ersatzverbesserungs-)Kosten, weshalb er diesfalls auch keinen Kostenvorschuss beanspruchen darf (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, a.a.O., N 912 f.). In Bezug auf die Nachbesserungsabsicht wird in der Lehre eine tatsächliche Vermutung angenommen, dass eine solche Absicht besteht. Der Anspruch entfällt jedoch, wenn gegenläufige Anhaltspunkte vorliegen würden (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 82 m.w.H.).

Um auch den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten gebunden. So ist der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei, sondern hat diesen ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme zu verwenden. Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der Ersatznachbesserung über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, N 911; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1816 ff.; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 74 ff.; KOLLER, a.a.O., N 573 ff. zu Art. 366 OR).

Der Umfang des Kostenvorschusses richtet sich nach den zu erwartenden Kosten der Ersatzvornahme und ist vom Besteller darzutun (KOLLER, a.a.O., N 576 zu Art. 366 OR). Da sich die Höhe des Kostenvorschusses nach dem mutmasslichen Aufwand bestimmt, kann ein strikter Beweis über die entstehenden Kosten der Ersatzvornahme nicht verlangt werden. Hingegen darf trotz Schätzung der mutmasslichen Kosten von der klagenden Partei verlangt werden, dass sie die Tatsachen, auf die sie ihren Anspruch stützt, möglichst konkret (substanziert) behauptet. Da es nun aber bei einem verlangten Vorschuss nur um voraussichtliche Aufwendungen geht, können solche nicht im gleichen Mass wie beispielsweise angefallene Kosten begründet werden. Die Substanziierungspflicht ist deshalb gezwungenermassen eingeschränkt (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 87). Soweit es jedoch der klagenden Partei möglich und zumutbar ist, ihre mutmasslichen Aufwendungen zu konkretisieren, hat sie entsprechende Behauptungen aufzustellen.

Der Vorschussanspruch entsteht bereits vor dem Niederschlag der Kosten im bestellerischen Vermögen: Hat der Besteller den Vorsatz zur Ersatzvornahme im Zeitpunkt des Leistungsverzichts bereits gefasst, so ist auf den Verzicht abzustellen, ansonsten auf den Vorsatz. Ist der Vorschussanspruch entstanden, ist er grundsätzlich sogleich fällig (vgl. Art. 75 OR; NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, 1999, N 3.32).

#### 3.5.2.3. Spezialfall: Anspruch auf Kostenrückerstattung und Bevorschussung in mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungsketten

Es stellt sich die Frage, wie es sich mit dem Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen bzw. auf einen Kostenvorschuss für die Nachbesserung eines mangelhaften Werks mittels Ersatzvornahme in einer mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette verhält. Eine solche liegt vor, wenn ein Besteller (Erst-Besteller) mit einem Unternehmer einen Werkvertrag abschliesst, welcher als General- oder Totalunternehmer (Hauptunternehmer) zur Erstellung des Werks oder eines Teils davon einen oder mehrere Subunternehmer bezieht. Der Hauptunternehmer schliesst mit dem Subunternehmer sodann einen separaten Werkvertrag (Subunternehmervertrag) ab. Der Subunternehmer zieht möglicherweise einen weiteren Unternehmer (Sub-Subunternehmer) bei. Die werkvertragliche Leistungskette

lässt sich im Grunde beliebig erweitern. Grundsätzlich stehen auch dem Hauptunternehmer aus dem Subunternehmervertrag sämtliche Mängelrechte gegenüber dem Subunternehmer zu, da Letzterer gegenüber dem Hauptunternehmer für die Mängel seines Werks einzustehen hat, dem er durch den Subunternehmervertrag verpflichtet ist. Daher hat der Hauptunternehmer unter den gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich einen eigenen Anspruch auf Nachbesserung des gemäss Subunternehmervertrag mangelhaften Werks und dementsprechend auf Ersatz der aus einer Ersatzvornahme resultierenden Aufwendungen für die Nachbesserung des Werks bzw. auf eine Bevorschussung dieser Aufwendungen. Wirtschaftlich betrachtet ist der Hauptunternehmer aber lediglich Zwischenstation innerhalb der mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette. Der Subunternehmer erbringt seine Leistung regelmässig am Bauvorhaben des Erst-Bestellers. Diesem kommt im wirtschaftlichen Ergebnis die Leistung zugute, er ist von dem Mangel des Werks des Subunternehmers direkt betroffen. Der zwischengeschaltete Hauptunternehmer dagegen wird mit der Mangelfrage nur wegen der besonderen, durch die Leistungskette gekennzeichnete Vertragsgestaltung befasst, da zwischen dem Subunternehmer und dem Erst-Besteller keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Auch im Gewährleistungsfall ist er nur Zwischenstation, da der Erst-Besteller seinerseits aus seinem Werkvertrag mit dem Hauptunternehmer nur gegen diesen vertragliche Mängelrechte, nicht auch gegen den Subunternehmer hat (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1501). Die finanzielle Einbusse, die der Hauptunternehmer durch den vom Subunternehmer verursachten Mangel erleidet, richtet sich wirtschaftlich gesehen somit danach, in welchem Umfang er vom Erst-Besteller belangt wird.

Besonders deutlich wird dies dann, wenn der Erst-Besteller im Rahmen der Ausübung seiner Mängelrechte gegen den Hauptunternehmer auf eine Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels durch den Hauptunternehmer verzichtet hat und gegenüber dem Hauptunternehmer Ersatz der Aufwendungen für die Nachbesserung des mangelhaften Werks durch einen Dritten geltend macht. Der Hauptunternehmer, welcher selber keine Nachbesserung mehr vornehmen darf, und daher auch nicht selber einen Dritten mit der Ersatzvornahme beauftragen darf, erleidet nur in dem Umfang eine finanzielle Einbusse, in

welchem er dem Erst-Besteller die Kosten für die Beauftragung eines Dritten mit der Nachbesserung des vom Subunternehmer zu verantwortenden Mangels zu erstatten hat. Der Anspruch des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer auf Kostenrückerstattung entsteht also dann, wenn der Hauptunternehmer seinerseits dem Erst-Besteller die Kosten für die Nachbesserung des durch den Subunternehmer verursachten Mangels ersetzt hat. Mit der Zahlung wird sodann der Anspruch gegen den Subunternehmer fällig (Art. 75 OR). Der Umfang der Kostenrückerstattung durch den Subunternehmer richtet sich ebenfalls nach der Höhe der Kosten, welche der Hauptunternehmer dem Erst-Besteller für die Nachbesserung des durch den Subunternehmer verursachten Mangels ersetzt hat. Letztere Kosten richten sich wiederum nach den Kosten, die der Erst-Besteller dem Dritten als Werklohn für die Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels bezahlt hat.

Auch in einer solchen mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, dem Hauptunternehmer einen Anspruch auf Bevorschussung dieser Aufwendungen durch den Subunternehmer zuzubilligen. Wenn aber der Hauptunternehmer nicht mehr befugt ist, selber eine Nachbesserung vorzunehmen und dementsprechend einen Dritten mit der Ersatzvornahme zu beauftragen, kann der Vorschuss in dieser Konstellation auch nicht unmittelbar der Finanzierung einer durch den Hauptunternehmer in Auftrag zu gebenden Ersatzvornahme dienen. Daher kann für den Kostenvorschussanspruch auch nicht seine Nachbesserungsabsicht massgebend sein. Vielmehr dient der Vorschuss zur Schadloshaltung des Hauptunternehmers, für den Fall, dass er vom Erst-Besteller für den vom Subunternehmer verursachten Mangel belangt wird. Folglich ist die Absicht des Hauptunternehmers erforderlich, dem Erst-Besteller die mutmasslichen Aufwendungen zu ersetzen, die diesem aus der Ersatzvornahme mit einem Dritten erwachsen. Sobald der Erst-Besteller gegen den Hauptunternehmer aufgrund des vom Subunternehmer verursachten Mangels eine Ersatzvornahme geltend macht, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Hauptunternehmer diesem die Aufwendungen ersetzen will. Aufgrund der besonderen Konstellation ist aber auch erforderlich, dass der Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer überhaupt ein Recht auf Nachbesserung des vom Subun-

ternehmer verursachten Mangels hat und seinerseits von seinen Mängelrechten dahingehend Gebrauch macht, dass er vom Hauptunternehmer die Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels verlangt und – im Falle, dass die Nachbesserung gescheitert ist – beabsichtigt, diesen Mangel durch einen Dritten im Sinne einer Ersatzvornahme nachbessern zu lassen. Denn macht der Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer gar keine Ersatzvornahme für den vom Subunternehmer verursachten Mangel geltend, erleidet der Hauptunternehmer wirtschaftlich betrachtet keine oder noch keine finanzielle Einbusse. Der Umfang des vom Subunternehmer zu leistenden Vorschusses richtet sich dementsprechend nach den mutmasslichen Kosten, die der Hauptunternehmer dem Erst-Besteller für die Beauftragung eines Dritten mit der Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels rückerstatten wird. Der Hauptunternehmer, welcher vom Subunternehmer einen Vorschuss verlangt, hat die genannten Tatsachen darzulegen und nachzuweisen (Art. 8 ZGB).

In der mehrgliedrigen Werkvertragskette kann sich die Situation ergeben, in welcher – sofern das Werk in beiden Vertragsverhältnissen mangelhaft ist – der Hauptunternehmer den vom Erst-Besteller gerügten Mangel mitverursacht oder einen weiteren Mangel verursacht hat. Ein Anspruch des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer auf Bevorschussung seiner Aufwendungen besteht jedenfalls nur dann, wenn der Erst-Besteller einen Anspruch auf Ersatzvornahme im Zusammenhang mit *dem vom Subunternehmer verursachten Mangel* hat, diesen Mangel nachbessern lassen will und er den Hauptunternehmer hierfür belangen will. Hierfür müssen aber hinreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche vom Hauptunternehmer darzulegen und nachzuweisen sind (Art. 8 ZGB). Solange unklar ist, inwieweit der Erst-Besteller überhaupt eine Nachbesserung durch einen Dritten des vom Subunternehmer verursachten Mangels beabsichtigt, ist es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, dem Hauptunternehmer zu seiner beliebigen Verfügung den mutmasslichen Betrag zur Verfügung zu stellen, der für den Ersatz der allfällig künftig anfallenden Kosten gegenüber dem Erst-Besteller notwendig sein wird. Denn in diesem Fall ist noch völlig offen, ob dem Subunternehmer durch die Leistung eines Kostenvorschusses eine Pflicht überbunden würde, die er später ohnehin erfüllen müsste. Würde eine Vor-

schusspflicht bejaht, wäre der Subunternehmer in ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt als der Unternehmer in einem einfachen werkvertraglichen Vertragsverhältnis ohne Zwischenschaltung eines Hauptunternehmers. Dem Hauptunternehmer ist es demgegenüber nach Treu und Glauben zuzumuten, abzuwarten, bis klar ist, dass der Erst-Besteller die Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels tatsächlich beabsichtigt. Dies gilt selbst in dem Fall, in welchem der Hauptunternehmer die Klage gegen den Subunternehmer aufgrund des drohenden Eintritts der Verjährung eingereicht hat, noch bevor klar ist, ob der Erst-Besteller die Nachbesserung des vom Subunternehmer verursachten Mangels beabsichtigt. Anders wäre die Lage zu beurteilen, wenn der Hauptunternehmer seinerseits bereits zur Leistung eines Vorschusses gerichtlich verpflichtet worden wäre.

### 3.5.3. Würdigung

3.5.3.1 In Bezug auf die Beschichtung des Betonbelags der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ liegt unbestrittenermassen eine mehrgliedrige werkvertragliche Leistungskette vor. Die Stadt Zürich ist Erst-Bestellerin, die Klägerin Hauptunternehmerin und die Beklagte Subunternehmerin. Die Parteien sind sich weiter dahingehend einig, dass die Stadt Zürich auf eine weitere Nachbesserung der von ihr geltend gemachten Mängel im Zusammenhang mit der Rampe durch die Klägerin verzichtet hat. Beide Parteien gehen sodann zu Recht davon aus, dass die Klägerin die Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ und somit das Werk abgenommen hat.

3.5.3.2 Unklar ist zunächst, ob die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Kostenrückerstattung oder auf Bevorschussung geltend machen will, da sich ihre diesbezüglichen Aussagen als widersprüchlich erweisen. Zum einen führt sie aus, dass das Begehren auf Bevorschussung "hinfällig" geworden sei und sie von der Beklagten voraussichtlich nur noch die Bezahlung der Ersatzvornahme verlangen könne (vgl. act. 38 Rz. 476; vgl. auch act. 15 Rz. 3). Zum anderen führt sie aus, dass sie in der Hauptsache zunächst die Bevorschussung des Aufwands der Nacherfüllung verlange (act. 38 Rz. 810). Der Umstand, dass die Klägerin im Rechtsbegehren der Klageschrift vom 21. August 2012 ausdrücklich einen Vor-

schuss verlangte, in der verbesserten Klageschrift vom 30. November 2012 und in der Replik vom 6. November 2013 aber nur "bei der Klägerin als Folge der Ersatzvornahme anfallenden Verbesserungskosten" begehrt, deutet darauf hin, dass sie auf eine Bevorschussung verzichtet hat. Stattdessen hat sie ein Begehren auf Kostenrückerstattung gestellt, wohl in der Meinung, dass die Kosten der Stadt Zürich bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens definitiv feststehen würden. Somit ist in Bezug auf das Bevorschussungsbegehren von einer Klageänderung auszugehen. Aus ihren Ausführungen geht auch nicht eindeutig hervor, wie sich der geforderte Betrag von CHF 1'075'000.– zusammensetzt. Einerseits führt sie aus, dass sie einen eigenen Nachbesserungsanspruch gegen die Beklagte habe, welchen sie auf CHF 700'000.– schätze, und daher die künftigen tatsächlichen Kosten der Stadt Zürich nicht massgeblich seien. Andererseits macht die Klägerin den Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen im Sinne eines Rückgriffs für den von der Stadt Zürich von ihr angeblich geforderten Betrag von CHF 1'000'000.– für die Nachbesserung durch einen Dritten geltend.

3.5.3.3 Wie gesehen, erleidet in der mehrgliedrigen werkvertraglichen Konstellation die Klägerin als Hauptunternehmerin, welche selber keinen Dritten mit der Nachbesserung der Beschichtung der Rampe mehr beauftragen darf, nur dann eine finanzielle Einbusse, wenn sie ihrerseits von der Stadt Zürich für die von der Beklagten angeblich mangelhaft ausgeführte Beschichtung des Betonbelags der Rampe belangt wird. Da die Klägerin nicht mehr befugt ist, eine Nachbesserung vorzunehmen bzw. einen Dritten damit zu beauftragen, kann, entgegen der Ansicht der Klägerin, somit nicht ein (hypothetisches) Nacherfüllungsinteresse ihrerseits massgeblich sein. Daher kann – entgegen der Ansicht der Klägerin – auch nicht ein mittels gerichtlicher Expertise zu ermittelnder, von der Klägerin für eine hypothetische Nachbesserung mutmasslich aufzuwendender Betrag massgeblich sein. Ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Rückerstattung der tatsächlichen Kosten bestünde – sofern auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt wären – vielmehr nur dann, wenn die Stadt Zürich die behauptete mangelhafte Beschichtung der Rampe durch einen Dritten tatsächlich hätte nachbessern lassen und die Klägerin ihr diese Kosten erstattet hätte. Auch würde sich der Umfang des Kostenrückerstattungsanspruchs nach den tatsächlichen Kosten

richten, welche die Klägerin der Stadt Zürich für eine Nachbesserung der Beschichtung der Rampe durch einen Dritten bezahlt hätte. Die Klägerin hat der Stadt Zürich bislang aber unbestrittenermassen noch keine Kosten in Bezug auf die behauptete Nachbesserung durch einen Dritten erstattet. Daher ist ein allfälliger Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Kostenrückerstattung, selbst wenn die weiteren, vorliegend nicht geprüften Voraussetzungen wie Mangelhaftigkeit des Werks und rechtzeitige Mängelrüge überhaupt erfüllt wären, im jetzigen Zeitpunkt noch nicht entstanden und damit noch nicht fällig.

Die Klägerin konnte bisher nicht einmal nachweisen, dass die Stadt Zürich in Bezug auf die Beschichtung der Rampe des C.\_\_\_\_s einen Dritten mit der Nachbesserung beauftragt hat. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf einen Artikel der Onlineausgabe der Zeitung "Blick am Abend" vom tt.mm.2014 mit dem Titel "... im C.\_\_\_\_" (act. 50). Darin werden "Betonflecken" auf der weinroten Decke im Eingangsbereich genannt. Sodann wird eine Sprecherin des Hochbaudepartements zitiert, welche aussagt, dass der Belag des Stadions-Aufgangs undicht sei. Weiter führt sie aus, dass jetzt Bauarbeiter daran seien, den "Belag grosszügig zu reparieren". Als "Belag" wird indes nicht die Beschichtung des Betonbodens der Rampe, sondern der rote Verputz der Decke auf der Unterseite der Rampe verstanden, wie aus dem Bild hervorgeht, welches unmittelbar neben dem genannten Text platziert ist. Darauf sind die beschriebenen Flecken auf der weinroten Decke zu sehen. Darunter steht geschrieben: "Beton statt weinroter Belag: Die Schäden im C.\_\_\_\_." Weiter werden im Text die Flecken als Schäden bezeichnet, welche bis zur ... [Veranstaltung] repariert werden sollten. Es ist also davon auszugehen, dass die behaupteten Reparaturarbeiten den abgeblättern Verputz der weinroten Decke betreffen. Aus dem genannten Artikel geht – entgegen der Ansicht der Klägerin – indes keineswegs hervor, dass Dritte mit der Nachbesserung der Oberflächenbeschichtung des Betonbodens der Rampe im Sinne einer Ersatzvornahme beauftragt wurden. Vielmehr ist aus dem Zusammenhang davon auszugehen, dass es sich – Mangelhaftigkeit der Beschichtung vorausgesetzt – um Arbeiten im Zusammenhang mit allfälligen Mangelfolgeschäden handelt.

Die Klägerin beantragte wiederholt die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis die tatsächlichen Kosten der Stadt Zürich definitiv feststünden (vgl. Ziffer B). Der Antrag der Klägerin wurde bereits mit Verfügungen vom 3. Oktober 2013 (act. 33) und vom 10. Oktober 2014 (act. 54) abgewiesen. Nachdem – wie nachfolgende Erwägungen zeigen – kein Hauptverfahren zwischen der Klägerin und der Stadt Zürich betreffend Ersatzvornahme hängig ist und im Urteilszeitpunkt gar ungewiss ist, ob die Stadt Zürich die Beschichtung der Rampe als mangelhaft erachtet und eine Nachbesserung derselben und nicht der Konstruktion der Rampe beabsichtigt, besteht für eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens nach wie vor kein Anlass.

Denn im Urteilszeitpunkt ist unklar, ob die Stadt Zürich von der Klägerin die Nachbesserung der Beschichtung des Betonbelags der Rampe verlangt hat und dementsprechend eine Nachbesserung derselben durch einen Dritten beabsichtigt bzw. beabsichtigte. Einigkeit besteht zwischen den Parteien zwar dahingehend, dass die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin Risse gerügt hat. Unbestritten ist – wie gesehen –weiter, dass diese teilweise eine Breite von über 0.3 Millimeter bzw. 0.4 Millimeter bis zu einem Millimeter aufweisen (vgl. auch Ziffer 3.4.3). "Risse in einem Betonbauteil bzw. Betonbodenbelag rügen" bedeutet indes nicht zwingend, dass die Beschichtung als mangelhaft erachtet wird. Die Rüge kann zwar durchaus so gemeint sein, dass die Risse als Folge einer mangelhaften Beschichtung erachtet werden, weil sie nicht rissüberbrückend ist. Die Rüge kann aber auch so verstanden werden, dass die Konstruktion des Betonbauteils als mangelhaft erachtet wird und zwar derart, dass Risse überhaupt erst auftreten oder zu breite Risse vorhanden sind bzw. weiterhin entstehen. Die Risse sind in diesem Fall als Sekundärmangel zu betrachten.

Allein gestützt auf den Umstand, dass die Stadt Zürich gegenüber der Klägerin Risse gerügt hat und angeblich die gesamte Rampe saniert hat, lässt sich daher nicht ohne Weiteres den Schluss ziehen, dass sie die Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe als mangelhaft erachtet und diese nachbessern lassen will bzw. nachbessern lassen wollte. Die Klägerin behauptet dies indessen und beruft sich in diesem Zusammenhang auf das Schlichtungsbegehren der

Stadt Zürich vom 7. August 2012 beim Friedensrichteramt Zürich Kreis 1 und 2 und auf die Klageantwort der Stadt Zürich vom 4. November 2011 im Verfahren CG110072-L vor Bezirksgericht Zürich (vgl. act. 15 Rz. 101 f.) und auf die mit den Eingaben vom 16. März 2015 und vom 18. März 2015 eingereichten, an die Stadt Zürich adressierten Rechnungen (act. 63/68-70; act. 65/71-73).

Gemäss Rechtsbegehren Ziffer 36 des Schlichtungsbegehrens vom 7. August 2012 (act. 17/53; act. 39/67) beantragte die Stadt Zürich, dass die Klägerin zu verpflichten sei, ihr die Kosten einer Ersatzvornahme des "Mangels 2.35 (Risse im Epoxy-Belag des Umgangs bzw. der Rampe)" in der Höhe von CHF 1'000'000.– zu ersetzen. Die Klägerin reichte nur Auszüge des Schlichtungsgesuchs ein. Es enthält namentlich nur Auszüge des Rechtsbegehrens und eine Auflistung der Mängel mit Verweis auf ihre Klageantwort vom 4. November 2011. Eine Begründung des Rechtsbegehrens liegt nicht vor. Aus dem Schlichtungsbegehren geht insbesondere nicht hervor, ob die Stadt Zürich die Beschichtung oder die Konstruktion der Rampe, welche zur Rissbildung führe, als mangelhaft erachtet. In der Folge verstrich – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – die Klagefrist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO ohne Klageerhebung. Daraus kann die Klägerin also nichts zu ihren Gunsten ableiten.

In dem zwischen der Klägerin und der Stadt Zürich hängigen Verfahren CG110072-L vor Bezirksgericht Zürich, in welchem die Klägerin die Rückforderung der Garantie in der Höhe von CHF 12'000'000.– verlangt, hat die Stadt Zürich keinen Anspruch auf Ersatzvornahme der Nachbesserung geltend gemacht oder der Rückforderung der Garantie bislang entgegen gehalten (vgl. den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Nr. LF130020-0/U, vom 3. Juni 2013, E. 3.3.2). In ihrer im genannten Verfahren eingereichten Klageantwortsschrift nimmt die Stadt Zürich unter dem Titel "Mögliche Ersatzvornahme oder Minderwert / Mangelfolgeschäden" zwar auf die Ersatzvornahme im Zusammenhang mit den von ihr geltend gemachten Mängeln "Nr. 2.32.1 und 2.35, Risse im Epoxy-Belag des Umgangs resp. der Rampe, insb., über den Verpflegungsständen" Bezug (vgl. act. 39/67 S. 423, S. 428 ff.). Eine mangelhafte Beschichtung erwähnt die Stadt Zürich indessen mit keinem Wort. Sie scheint die

Ursache der Risse vielmehr offensichtlich in der Planung und Erstellung der Rampe selbst zu sehen (act. 39/67 S. 425). So führt sie in diesem Kontext aus, dass sie sich sämtliche Gewährleistungsrechte, insbesondere die Geltendmachung von Ersatzvornahmekosten, für den Fall vorbehalte, dass die Klägerin die ausstehenden Nachbesserungsarbeiten zur Behebung des von ihr anerkannten Mangels "(insb. das Streichen der Decken der Verpflegungsstände)" nicht erfolgreich abschliessen oder ihr (Stadt Zürich) keinen fachgemässen und angemessenen Vorschlag zur Behebung des "grundlegenden konstruktiven oder baulichen Mangels" unterbreite (act. 39/67 S. 428 f.). Zum Mangel im Besonderen führt die Stadt Zürich andernorts aus, dass es sich um einen generellen konstruktiven oder baulichen Mangel bei der Planung und Erstellung der Rampe handeln müsse, welcher bewirke, dass sich stets neue Risse bilden würden. Die Risse im "Epoxy-Belag" der Rampe seien unbestrittenermassen unzulässige Erscheinungen, also Mängel im Rechtssinne. Dies bedeute insbesondere, dass solche Risse auch künftig nicht auftreten dürften; ein "Grundmangel", welcher zu einer sich stetig wiederholenden Rissbildung führe, sei seinerseits ein Mangel, welcher von der Klägerin behoben werden müsse. Daher habe sie die Klägerin darauf hingewiesen, dass es einer grundlegenden Nachbesserung bedürfe, um die Rissbildung künftig auszuschliessen und ihr mehrfach Frist zur Vorlage eines Nachbesserungskonzepts zur Behebung des generellen konstruktiven oder baulichen Mangels bei der Planung und Erstellung der Rampe angesetzt (act. 39/67 S. 424 ff.). Die Klägerin habe aber jeweils lediglich eine spätere Besprechung in Aussicht gestellt (act. 39/67 S. 426 f.).

Wie bereits erwähnt, geht auch aus dem genannten Artikel der Onlineausgabe der Zeitung "Blick am Abend" vom tt.mm.2014 (act. 50) nicht hervor, dass die Stadt Zürich die Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe als mangelhaft erachtet und eine Nachbesserung derselben beabsichtigt. Die Klägerin kann somit auch daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Weitere Beweismittel zu ihrer Behauptung, wonach die Stadt Zürich die Beschichtung des Betonbodens der Rampe als mangelhaft erachte und eine Nachbesserung derselben beabsichtige, hat die Klägerin nicht offeriert. Somit kann auch die

Absicht der Stadt Zürich zur Verbesserung der Beschichtung der Rampe nicht erstellt werden. Es erscheint denn auch nicht abwegig, dass die Stadt Zürich eine mangelhafte Konstruktion der Rampe anstelle der Oberflächenbeschichtung rügt, zumal im Betonboden der Rampe Risse mit einer Breite von bis zu einem Millimeter aufgetreten sind. Selbst bei einer Beschichtung des Betonbodens der Rampe mit einem Oberflächenschutzsystem der OS-Klasse 11, welche in der Regel Risse bis zu einer Breite von 0.3 Millimeter überbrückt, bestünden weiterhin Risse, welche mit Beschichtungen nicht überbrückt werden könnten. Im Übrigen führt die Klägerin selber aus, dass sie sich der Absichten der Stadt Zürich nicht sicher sei und sie lediglich das Gerücht gehört habe, dass die Stadt Zürich mit einer Bauunternehmung über eine Totalverbesserung der Rampe zu einem Werkpreis von ungefähr CHF 1'000'000.– verhandle (act. 15 Rz. 136, Rz. 173). Vor diesem Hintergrund ist es der Beklagten, selbst wenn die von ihr ausgeführte Beschichtung als mangelhaft erachtet würde, in Würdigung sämtlicher Umstände nach Treu und Glauben nicht zumutbar, einen Vorschuss für die im Zusammenhang mit der behaupteten Nachbesserung der Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ nur möglicherweise anfallenden Kosten zu leisten. Daher besteht auch kein Anspruch der Klägerin auf Bevorschussung der Kosten.

Daran ändern auch die von der Klägerin eingereichten, von diversen Unternehmern an die Stadt Zürich adressierten Rechnungen (act. 63/68-70; act. 65/71-73) nichts. Diese sind nicht geeignet, eine Nachbesserungsabsicht der Stadt Zürich in Bezug auf die *Beschichtung* der Oberfläche des Betonbodens der Rampe zu belegen. Selbst wenn die Stadt Zürich die gesamte Rampe sanieren und auch eine neue Beschichtung ausführen lassen hätte, sagt dies nichts darüber aus, ob sie auch die Beschichtung als mangelhaft erachtet habe. Wenn die Rampe saniert werden muss bzw. musste, weil die Konstruktion mangelhaft sei, erscheint es naheliegend, dass auch eine neue Beschichtung der Oberfläche der Rampe erforderlich ist, selbst wenn diese selbst nicht als mangelhaft erachtet wird, da sie für eine Nachbesserung der Rampenkonstruktion wohl entfernt werden musste.

3.5.3.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht erstellt werden kann, dass die Stadt Zürich einen Dritten mit der Nachbesserung der von der Beklagten angeblich mangelhaft ausgeführten Oberflächenbeschichtung der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ beauftragt hat. Die Klägerin hat der Stadt Zürich in diesem Zusammenhang auch noch keine Kosten erstattet. Ein Kostenrückerstattungsanspruch gegen die Beklagte ist somit, selbst wenn die von der Beklagten ausgeführte Beschichtung als mangelhaft erachtet würde, noch nicht entstanden und noch nicht fällig. Der Kostenrückerstattungsanspruch ist daher abzuweisen. Weiter kann nicht erstellt werden, dass die Stadt Zürich die von der Beklagten ausgeführte Oberflächenbeschichtung der Rampe als mangelhaft erachtet und die Nachbesserung derselben mittels Ersatzvornahme durch einen Dritten beabsichtigt. Daher ist auch ein allfälliger Bevorschussungsanspruch der Kosten abzuweisen.

### 3.6. Minderung

Da die Klägerin das Rechtsbegehren Ziffer 2 zurückgezogen hat (vgl. Ziffer 1.2 hiervor), ist auf einen allfälligen Minderungsanspruch der Klägerin nicht weiter einzugehen.

### 3.7. Ersatz des Mangelfolgeschadens

#### 3.7.1. Parteistandpunkte

##### 3.7.1.1. Klägerin

Die Klägerin verlangt sodann den Ersatz eines Mangelfolgeschadens in der Höhe von insgesamt CHF 112'126.50. Dieser Betrag setze sich aus dem von der Stadt Zürich behaupteten Betrag von CHF 78'000.– und den sonstigen Folgeschäden der Klägerin in der Höhe von CHF 34'126.50 zusammen. Der Folgeschaden der Stadt Zürich sei bislang ungeklärt. Doch er stehe möglicherweise vor dem Entscheid des Gerichts über diese Klage fest (act. 15 Rz. 180 f.). Der (weitere) Folgeschaden der Klägerin setze sich wie folgt zusammen (act. 15 Rz. 138):

<b>Handwerker</b>	<b>Rechnung</b>	<b>Rechn.- Datum</b>	<b>CHF netto</b>	<b>RN</b>
████████████████████	002	26. Okt. 2010	4'373.35	73
████████████████████	2011-064	8. März 2011	4'406.65	79
████████████████████	2011-132	16. April 2011	1'061.75	82
████████████████████	2011-0045	28. Febr. 2012	10'632.80	93
████████████████████	982491	29. Febr. 2012	1'750.00	80
████████████████████	92775	28. März 2012	1'750.00	94
████████████████████	9279	16. März 2012	1'640.25	98
<b>Summe netto Handwerker</b>			<b>25'614.80</b>	
██████████ <b>Eigenleistung:</b> >35 Mannstunden je CHF 175 netto			<b>6'000.00</b>	<b>137</b>
<b>Mehrwertsteuer</b>			<b>2'511.70</b>	
<b>Summe brutto</b>			<b>34'126.50</b>	

Vom 22. September 2010 bis zum 19. Oktober 2010 habe die I.\_\_\_\_\_ GmbH (ehemals Einzelunternehmung "I.\_\_\_\_\_") Dilationenfugen am Metallgeländer der Rampe saniert (act. 15 Rz. 73).

Am 3. und 4. März 2011 habe die I.\_\_\_\_\_ GmbH Combiflex-Klebebänder auf den Rissen der Unterseite der Rampe als Notmassnahme zur Abdichtung der Rampe über den Verpflegungsständen und Lagerräumen befestigt (act. 15 Rz. 79). Am 2. und 3. März 2011 (recte wohl 3. und 4. März 2011, vgl. act. 17/36) habe die Stadionverwaltung die J.\_\_\_\_\_ AG die Flächen unter der Rampe von den Spuren der Combiflex-Verklebungen reinigen lassen (act. 15 Rz. 80).

Am 12. April 2011 sowie am 17. und 18. Februar 2012 habe die I.\_\_\_\_\_ GmbH weitere Combiflex-Klebebänder auf den Rissen der Unterseite der Rampe als Notmassnahme zur Abdichtung der Rampe über den Verpflegungsständen und Lagerräumen befestigt (act. 15 Rz. 82, Rz. 93). Vom 18. bis zum 20. Februar 2012 habe die Stadionverwaltung erneut die J.\_\_\_\_\_ AG die Flächen unter der

Rampe von den Spuren der Combiflex-Verklebungen reinigen lassen (act. 15 Rz. 94).

Am 22. April 2012 habe die Klägerin eine Gipsdecke unter der Rampe durch die K.\_\_\_\_\_ AG reparieren lassen (act. 15 Rz. 98).

Die genannten Arbeiten zur Eindämmung oder Beseitigung der Mangelfolgen seien notwendig und geeignet gewesen, der Werklohn der Arbeiten sei angemessen und marktgerecht gewesen (act. 38 Rz. 591, Rz. 629, Rz. 703). Zudem habe die Klägerin mehr als 35 Mann-Stunden zu einem durchschnittlichen Stundenpreis von CHF 175 für die Beseitigung der Mängel der Oberflächenbeschichtung der Rampe und die Folgeschäden aufgewendet. Der Einsatz der zwei Festangestellten der Klägerin sei zur Erfassung und Rüge des Mangels, zur Einforderung, Mahnung, Kontrolle und Rüge der Nacherfüllungsversuche notwendig gewesen (act. 38 Rz. 699). Ein Folgeschaden sei auch der Abruf der Stadt Zürich der Gewährleistungsgarantie unter anderem zur Bevorschussung der Nachbesserung der Rampe (act. 38 Rz. 815, Rz. 818, Rz. 834).

#### 3.7.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet im Wesentlichen, dass die von der Klägerin behaupteten Arbeiten wegen Mängeln an der Beschichtung des Betonbodens der Rampe nötig gewesen seien und die Kosten daher einen Mangelfolgeschaden darstellen würden (act. 22 Rz. 118, Rz. 121, Rz. 130, Rz. 133, Rz. 161). In Bezug auf den behaupteten Folgeschaden der Stadt Zürich macht sie geltend, dass der geforderte Betrag nicht nachvollziehbar und unbegründet sei und der Schaden im Übrigen noch nicht bestehe und noch nicht fällig sei (act. 22 Rz. 212 f.).

#### 3.7.2. Rechtliches

3.7.2.1. Ist wegen eines Mangels ein Schaden entstanden, so hat der Bauherr neben und ausser den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 OR und Art. 97 ff. OR (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der zusätzliche Hinweis auf die Art. 97 ff. OR macht deutlich, dass die allgemeinen Regeln über die vertragliche Schadenersatzpflicht ergänzend

eingreifen, soweit sich aus den Regeln über die Mängelhaftung nicht etwas anderes ergibt (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 8 zu Art. 171 SIA-Norm 118).

Dieses Schadenersatzrecht richtet sich auf Ersatz eines erlittenen Mangelfolgeschadens (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 2670). Der Mangelfolgeschaden ist ein Schaden des Bauherrn, der sich durch zwei besondere Merkmale auszeichnet: Das Grundmerkmal dieses Mangelfolgeschadens besteht darin, dass er seine Ursache in einem Werkmangel hat. Er erwächst dem Bauherrn aus der Mangelhaftigkeit des Werkes. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Mangel des Werkes und dem Schaden hat den Charakter eines natürlichen Kausalzusammenhangs. Zum Grundmerkmal hinzu tritt ein weiteres Merkmal, das den von Art. 368 OR erfassten Mangelfolgeschaden kennzeichnet. Das Schadenersatzrecht des Art. 368 OR steht dem Besteller zusätzlich zu den übrigen Mängelrechten zu. Dementsprechend richtet es sich nur auf Ersatz von solchem Schaden, der nicht schon durch diese Mängelrechte abgedeckt ist, also trotz Wandelung, Minderung oder tadelloser Nachbesserung verbleibt oder verbleiben würde. Daraus folgt, dass der Mangelfolgeschaden nicht im Mangel selbst begründet ist, also nicht im vermögensmässigen Nachteil besteht, der in der Mangelhaftigkeit des Werkes selber liegt. Vielmehr tritt er als weitere Folge des Mangels, gewissermassen ausserhalb des Mangels ein und geht insofern über das unmittelbare Interesse des Bestellers an einer mängelfreien Leistung hinaus. Das Schadenersatzrecht des Art. 368 OR gibt keinen Ausgleichsanspruch für unterbliebene Nachbesserung oder für Kosten einer vom Besteller unternommenen Eigenverbesserung bzw. für Kosten der Verbesserung durch einen Dritten. Bei dem für die Schadensermittlung massgeblichen tatsächlichen Vermögensstand ist folglich auf jenen Stand abzustellen, der nach Ausübung eines der alternativen Mängelrechte besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.297/2003 vom 20. Februar 2004 E. 2.1; BGE 117 II 550 E. 4b/bb S. 553; BGE 107 II 438 S. 439; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1853 ff., N 1864 und N 1869 ff.; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 1 f. zu Art. 171 SIA-Norm 118; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 68 zu Art. 368 OR; HÜRLI-

MANN/SIEGENTHALER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N 14 zu Art. 368 OR; PALLY, Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht, 1996, S. 40 ff.).

Der Mangelfolgeschaden kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Herrschende Lehre und Rechtsprechung anerkennen beispielsweise folgende Schäden als Mangelfolgeschäden: Betriebsausfall, Mietzinsausfall, Brand, Baumangel als Folge eines Planungsfehlers, nach erfolgter Verbesserung verbleibender Minderwert (sog. merkantiler Minderwert), Gutachterkosten und vorprozessuale Anwaltskosten (Urteil des Bundesgerichts 4C.297/2003 vom 20. Februar 2004 E. 2.2; BGE 126 III 388 S. 392 E. 10b; BGE 77 II 243 S. 245 ff. E. 1-3; SPIESS/HUSER, a.a.O., N 9 zu Art. 171 SIA-Norm 118; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 70 zu Art. 368 OR). Es handelt sich aber immer um einen Schaden im Rechtssinne. Es geht also um einen Vermögensschaden im Sinne einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1853 ff.), welche dem Bauherrn – wie erwähnt – trotz tadelloser Nachbesserung, Minderung oder Rücktritt verbleibt.

3.7.2.2. Verbesserungskosten nach Art. 170 SIA-Norm 118 fallen aber nicht unter den Begriff des Mangelfolgeschadens nach Art. 171 SIA-Norm 118. Zu den Nachbesserungskosten gehören nicht nur die Arbeits- und Materialkosten, sondern auch die Begleitkosten der Nachbesserung, die mit der Mangelbeseitigung zwar nur mittelbar, funktional aber doch so eng verbunden sind, dass sie rechtlich zum Bereich der Mangelbeseitigung gehören. Sie umfassen insbesondere die Kosten der Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten, die notwendigen Weg- und Transportkosten sowie die Kosten einer notwendigen Räumung des Reparaturplatzes, wozu das Bundesgericht beispielsweise auch allfällige Ausquartierungs- und Unterbringungskosten für Hausbewohner zählt (BGE 111 II 173 E. 5 S. 174). Zu den Nachbesserungskosten zählen auch die Kosten zur Beseitigung aller Spuren, die wegen der Mängelbeseitigung entstehen sowie allfällige Mehrkosten der Bauleitung (Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118; GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 4 zu Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118). Erfordert die Mangelbeseitigung auf Seiten des Bestellers den Einsatz eines beigezogenen Ar-

chitekten oder Ingenieurs, so sind die entstehenden Mehrkosten ebenfalls Begleitkosten der Nachbesserung (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1718 f.; SPIESS/HUSER, a.a.O., N 6 zu Art. 171 SIA-Norm 118). Die Begleit- und Folgekosten der Mängelbehebung sind folglich dadurch gekennzeichnet, dass sie ihre direkte Ursache in der Art und Weise der Behebung des Mangels haben.

3.7.2.3. Vom Mangelfolgeschaden sind auch die Prüfungskosten abzugrenzen. Die Prüfung des Werks obliegt dem Besteller (Art. 367 Abs. 1 OR). Er hat daher auch die Kosten selber zu tragen, welche ihm anlässlich der sorgfältigen Werkprüfung entstehen. Dies gilt auch für Prüfungskosten, welche im Zusammenhang mit der Nachbesserung anfallen. Der Besteller hat somit grundsätzlich kein Recht auf Schadenersatz (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N 1526; PALLY, a.a.O., S. 49 ff.). Als Bestandteil des Mangelfolgeschadens können die Prüfungskosten aber dann erachtet werden, wenn sie nach Ablieferung des nachgebesserten Werks entstehen, weil der Unternehmer bereits einmal ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat und der Besteller dieses nach erfolgter Nachbesserung erneut prüfen muss (PALLY, a.a.O., S. 51).

3.7.2.4. Das erste Grundmerkmal des Mangelfolgeschadens fordert, wie gesehen, dass zwischen der mangelhaften Erfüllung des Unternehmers und dem Schaden des Bestellers ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) für den eingetretenen Schaden ist. Das fragliche Verhalten darf mithin nicht weggedacht werden, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen würde. Dem Unternehmer werden sodann nur solche Schäden zugerechnet, für die der konkrete Werkmangel eine adäquate Ursache bildet, indem er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden der eingetretenen Art hervorzurufen (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 5 zu Art. 171 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., N 12 und N 18 zu Art. 171 SIA-Norm 118).

3.7.2.5. Die Klägerin ist für die Voraussetzungen von Mangelfolgeschäden behauptungs- und beweispflichtig (Art. 8 ZGB). So hat sie den Schadensbetrag darzulegen und zu beweisen. Es muss insbesondere klar ersichtlich sein, wie viel

Zeit für welche Bemühungen aufgewendet wurde. Es sind jene Angaben zu machen, die nötig sind, damit die Angemessenheit der Forderung überprüft werden kann (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 27. April 1990, in: ZR 89 Nr. 85). Die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist eine Tatfrage und es obliegt wiederum der Klägerin, darzulegen und nachzuweisen, dass der vom Unternehmer verursachte Mangel die Ursache ihres Schadens ist (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., N 5 zu Art. 171 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., N 12 und N 18 zu Art. 171 SIA-Norm 118).

### 3.7.3. Würdigung

Im Folgenden sind die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche einzeln zu prüfen.

#### 3.7.3.1. Sanierung der Dilationsfugen

In Bezug auf die Sanierung von Dilationsfugen am Metallgeländer der Rampe durch die I.\_\_\_\_\_ GmbH begnügt sich die Klägerin mit dem pauschalen Hinweis, dass die Sanierung vom 22. September 2010 bis zum 19. Oktober 2010 durchgeführt worden sei. Sie legt indes nicht ansatzweise dar, inwiefern diese Arbeiten mit der angeblich mangelhaften Beschichtung des Betonbodens der Rampe durch die Beklagte zusammenhängen sowie notwendig und geboten waren. Die allgemeine Behauptung, dass die I.\_\_\_\_\_ GmbH Dilationsfugen am Metallgeländer saniert habe, ermöglicht jedenfalls keine Beurteilung der Frage, ob die Kosten für die Sanierung der Dilationsfugen überhaupt etwas mit den von der Beklagten angeblich verursachten Mängeln zu tun haben. Aufgrund der fehlenden konkreten Behauptungen ist der geltend gemachte Anspruch abzuweisen.

#### 3.7.3.2. Anbringen von Combiflex-Klebebändern und Spurenreinigung

Bei den klägerischen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Abkleben der Risse mittels Combiflex-Klebebändern auf der Unterseite der Rampe durch die I.\_\_\_\_\_ GmbH stellt sich primär die Frage, ob es sich hierbei – sofern die Beschichtung des Betonbodens der Rampe als mangelhaft zu erachten wäre – um allfällige Mangelfolgeschäden oder Nachbesserungskosten handelt. Die Klägerin

stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich um Mangelfolgeschäden handelt und dass die Abdeckung der Risse jeweils aufgrund der angeblich mangelhaften Beschichtung des Betonbodens der Rampe notwendig gewesen sei. Die Beklagte bestreitet dies.

Die Beschichtung einer Betonoberfläche bezweckt u.a. den Schutz des Betons gegen eindringende Stoffe wie Wasser, Chloride oder Kohlenstoffdioxid. Zum Schutz des Betonbodens der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ haben die Parteien vereinbart, dass das von der Beklagten auszuführende Beschichtungssystem die Eigenschaft der Rissüberbrückung aufzuweisen hat. Die Beschichtung sollte also im Wesentlichen dazu dienen, Risse zu überbrücken, um den Beton der Rampe und die darunter liegenden Flächen vor eindringenden Stoffen zu schützen, wobei sich die Parteien über das Ausmass der vereinbarten Rissüberbrückungsfähigkeit uneinig sind. Die Abdeckung der Risse mittels Combiflex-Klebebändern diene gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin als Notmassnahme, um zu verhindern, dass Wasser in die unter der Rampe liegenden Flächen drang. Dadurch übernahmen die Klebebänder vorübergehend die Funktion einer Beschichtung der Oberfläche des Betonbodens der Rampe. Diese Massnahme ist somit – wenn die Beschichtung als mangelhaft erachtet würde –, funktional eng mit der Nachbesserung verbunden und gehört damit zum Bereich der Mangelbeseitigung. Die Aufwendungen sind somit im behaupteten Mangel selbst begründet und bestehen daher im vermögensmässigen Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit des – durch die Beklagte zu erstellenden – Werkes selber liegt. Die Arbeiten (Anbringen der Combiflex-Klebebänder) sind somit als Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten im Zusammenhang mit einer Nachbesserung zu erachten. Ein Mangelfolgeschaden tritt aber – wie gesehen – als weitere Folge des Mangels, gewissermassen ausserhalb des Mangels ein und geht insofern über das unmittelbare Interesse des Bauherrn an einer mängelfreien Leistung hinaus. Ein Schaden ausserhalb des Mangels wäre etwa anzunehmen, wenn aufgrund des eindringenden Wassers ein Wasserschaden entstanden wäre. Die Klägerin macht aber keinen solchen Schaden geltend.

Bei der Reinigung der Spuren der Combiflex-Klebebänder verhält es sich gleich wie bei der Anbringung der Combiflex-Klebebänder. Es kann somit auf das vorstehend Gesagte verwiesen werden. Da die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Anbringen der Combiflex-Klebebänder im Falle der Mangelhaftigkeit der Beschichtung als vorübergehende Nachbesserungsarbeiten zu qualifizieren wären, wären die Aufwendungen für die Reinigung der Spuren der Combiflex-Klebebänder als Begleitkosten der Nachbesserung zu qualifizieren.

Da es sich bei den Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abdeckung der Risse durch Combiflex-Klebebänder und der Reinigung deren Spuren auf der Unterseite der Rampe – Mangelhaftigkeit der Beschichtung vorausgesetzt – nicht um Mangelfolgeschäden handelt, ist die Zusprechung von Schadenersatz unter diesem Titel von vornherein ausgeschlossen. Hingegen hätten diese Aufwendungen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen unter dem Titel der Ersatzvornahme zufolge unterlassener Nachbesserung durch den Unternehmer im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 368 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 geltend gemacht werden müssen. Die Klägerin behauptete indessen weder das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen noch dass sie der Beklagten vor der Ausführung der Arbeiten zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt habe. Daher sind die geltend gemachten Ansprüche im Zusammenhang mit dem Anbringen von Combiflex-Klebebändern und der Reinigung der Spuren abzuweisen.

### 3.7.3.3. Reparatur der Gipsdecke durch K. \_\_\_\_\_ AG

Die Klägerin begnügt sich in ihren Ausführungen zu den Arbeiten der K. \_\_\_\_\_ AG damit, zu behaupten, dass die Reparatur der Gipsdecke nötig und geeignet gewesen sei, der Werklohn angemessen und marktgerecht gewesen sei und einen Mangelfolgeschaden darstelle (vgl. act. 38 Rz. 629). Sie unterlässt es jedoch, die genauen Gründe und Umstände für die Reparatur der Gipsdecke substantiiert darzulegen. Die Klägerin blieb insbesondere jegliche Erklärung dafür schuldig, welche Schäden die Decke aufgewiesen haben soll und *weshalb* die Reparatur notwendig und geboten war. Die unspezifischen Behauptungen der Klägerin ermöglichen keine Beurteilung der Frage, ob die Kosten überhaupt etwas mit den

von der Beklagten angeblich verursachten Mängeln zu tun haben. Auch lässt sich nicht beurteilen, ob der Beizug der K.\_\_\_\_\_ AG notwendig und geboten war. Der geltend gemachte Anspruch ist bereits aufgrund der fehlenden konkreten Behauptungen abzuweisen.

Zudem hat die Klägerin keinerlei Beweismittel offeriert, welche eine Beurteilung der Frage ermöglichen, ob die behauptete mangelhafte Beschichtung als Ursache für eine Beschädigung der Gipsdecke zu erachten wäre. Voraussetzung einer Haftung der Beklagten ist aber, wie gesehen, dass die mangelhafte Beschichtung eine notwendige Bedingung im Sinne einer *conditio sine qua non* für den Schaden der Klägerin darstellt. Es hätte an der Klägerin gelegen, nachzuweisen, dass die behauptete mangelhafte Beschichtung Ursache der Mängel an der Gipsdecke und dadurch der Kosten für ihre Reparatur ist. Da ihr der Nachweis mangels Beweisofferten nicht gelingt, ist der Anspruch auch aus diesem Grund abzuweisen.

#### 3.7.3.4. Abruf der Gewährleistungsgarantie / Folgeschaden der Stadt Zürich

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Abruf der Stadt Zürich der Gewährleistungsgarantie ein Folgeschaden darstelle. Unter diesem Titel verlangt sie von der Beklagten Schadenersatz in der Höhe von CHF 78'000.–, ohne den Schadensbetrag indessen näher darzulegen. Die Klägerin führt vielmehr selber aus, dass der Folgeschaden der Stadt Zürich bislang ungeklärt sei, da diese die Folgeschäden nicht weiter, auch nicht mit Beweisbeilagen erläutert habe (vgl. act. 15 Rz. 102). Die Stadt Zürich hat der Garantie bislang erwiesenermassen auch keine Aufwendungen im Zusammenhang mit einer Nachbesserung der Beschichtung des Betonbodens der Rampe entgegengehalten (vgl. Ziffer 3.5.3.3). Aufgrund der fehlenden konkreten Behauptungen eines Folgeschadens im Zusammenhang mit dem Abruf der Gewährleistungsgarantie durch die Stadt Zürich ist der geltend gemachte Anspruch abzuweisen.

#### 3.7.3.5. Eigenleistungen der Klägerin

Schliesslich behauptet die Klägerin unter dem Titel "Mangelfolgeschaden" Eigenleistungen im Umfang von CHF 6'000.–. Mit der Behauptung, sie habe mehr als 35 Mann-Stunden für die *Beseitigung der Mängel der Oberflächenbeschichtung der Rampe* aufgewendet, macht sie geltend, dass sie Eigenverbesserungen vorgenommen habe. Das Schadenersatzrecht des Art. 171 SIA-Norm 118 bzw. des Art. 368 OR gibt aber – wie gesehen – gerade keinen Ausgleichsanspruch für Kosten einer vom Besteller unternommenen Eigenverbesserung. Zudem macht die Klägerin Aufwand im Zusammenhang mit der Beseitigung von "Folgeschäden" geltend. Sie unterlässt es aber, die Folgeschäden zu spezifizieren. Daher kann sie auch unter diesem Titel nichts zu ihren Gunsten ableiten. Schliesslich behauptet sie, der Einsatz zweier Festangestellten der Klägerin sei zur Erfassung und Rüge des Mangels, zur Einforderung, Mahnung, Kontrolle und Rüge der Nacherfüllungsversuche notwendig gewesen (act. 38 Rz. 699). Hierbei handelt es sich um Aufwendungen, welche der Klägerin im Rahmen ihrer Obliegenheit zur Prüfung des abgelieferten Werks entstanden sind und von der Klägerin selber zu tragen sind. Sie macht jedenfalls nicht geltend, dass es sich um Aufwendungen handelt, welche aufgrund einer erneuten Prüfung *nach Ablieferung des von der Beklagten bereits einmal nachgebesserten Werks* entstanden sind. Selbst wenn ihre Aussagen dahingehend ausgelegt würden, dass sie einen Teil der behaupteten Aufwendungen für die Prüfung nach Ablieferung des bereits einmal nachgebesserten Werks geltend macht, so scheidet sie mit ihrem Anspruch deshalb, weil sie die Kosten nicht im Einzelnen dargelegt hat. Nach dem Gesagten ist der Anspruch auf Ersatz der Kosten im Zusammenhang mit den behaupteten Eigenleistungen der Klägerin abzuweisen.

#### 4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückerstattung von im Rahmen einer Ersatzvornahme anfallenden Verbesserungskosten hat. Zwischen den Parteien wurde keine Oberflächenbeschichtung nach OS-Klasse 11 bzw. 11a, sondern ein Produkt vereinbart, welches - wie es die Beklagte getan hat - in drei Schichten auszuführen war. Somit liegt kein Mangel im Sinne der Erwägungen vor. Selbst wenn die Beschichtung des

Betonbodens der Rampe des Stadions C.\_\_\_\_\_ als mangelhaft erachtet würde, ist der Anspruch der Klägerin abzuweisen, da er im Urteilszeitpunkt noch nicht entstanden und noch nicht fällig ist. Die Klägerin konnte nicht einmal nachweisen, dass die Stadt Zürich in Bezug auf die angeblich mangelhafte Beschichtung des Betonbodens der Rampe überhaupt eine Nachbesserungsabsicht hat. Eine solche ist in einer mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette, wie sie der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, aber notwendige Voraussetzung für einen Bevorschussungsanspruch, da die Klägerin selber keine Nachbesserung mehr vornehmen und auch keinen Dritten mit einer Ersatzvornahme beauftragen darf. Vor diesem Hintergrund ist es der Beklagten nach Treu und Glauben unzumutbar, einen Vorschuss zur beliebigen Verfügung der Klägerin zu leisten. Daher besteht auch kein Vorschussanspruch der Klägerin. In Bezug auf die von der Klägerin für den Fall, dass die Stadt Zürich nur einen Teil der Rampe nachbessern lassen werde, geforderte Minderung, erweist sich das Rechtsbegehren als unzulässig, da es bedingt gestellt wurde, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Betreffend das Begehren auf Ersatz von Mangelfolgeschäden liegt ein Teilrückzug im Umfang von CHF 37'873.50 vor, weshalb das Verfahren in diesem Umfang abzuschreiben ist. Im Übrigen sind gewisse Arbeiten, wenn die Beschichtung als mangelhaft erachtet würde, als Nachbesserungsarbeiten und nicht als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren. Die Klägerin hat es diesbezüglich aber unterlassen, die entsprechenden Voraussetzungen einer Nachbesserung im Sinne von Art. 169 SIA-Norm 118 zu behaupten. Bei den weiteren Ansprüchen fehlen konkrete Behauptungen (Sanierung von Dilationsfugen, Reparatur der Gipsdecke, Abruf der Gewährleistungsgarantie, Eigenleistungen der Klägerin) und es wurden teilweise keine Beweismittel zur Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhanges offeriert (Reparatur der Gipsdecke). Die Klage ist demnach abzuweisen.

Somit erübrigt sich auch die Prüfung der der weiteren Anspruchsvoraussetzungen.

##### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 Abs. 1 ZPO; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'225'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und von § 10 Abs. 1 GebV OG (Teiltrückzug), des vergleichbar grossen Umfangs der Akten (Rechtsschriften: verbesserte Klageschrift [act. 15]: 59 Seiten; Klageantwort [act. 22]: 42 Seiten; Replik [act. 38]: 129 Seiten; Duplik [act. 42]: 105 Seiten) wie auch der umfangreichen Beilagen zu den Rechtsschriften, der mehrfachen (zusätzlichen) gerichtlichen Verfügungen (act. 12, act. 30, act. 33), vorab aber auch der Durchführung einer Vergleichsverhandlung mit entsprechender Vorbereitung (Prot. S. 9 f.; dazu die Bewertung in act. 26) wie auch der Hauptverhandlung, rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr um rund 50% zu erhöhen..

Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 37'873.50 als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.
2. Ziffer 2 des Rechtsbegehrens wird als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im nachfolgenden Urteil geregelt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Urteil.

**Sodann erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 50'000.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 50'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'225'000.–.

Zürich, 19. März 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. G. Daetwyler

I. Monferrini