

Bezirksgericht Zürich

1. Abteilung



Geschäfts-Nr. CG150158-L/U

Mitwirkend: Vizepräsident Dr. E. Pahud als Vorsitzender, die Bezirksrichter lic.iur. Th. Fleischer und lic.iur. H. Kronauer sowie die Gerichtsschreiberin MLaw M. Benz

Urteil vom 28. November 2019

in Sachen

Stadt Zürich,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1._____

gegen

A._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Y1._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 64 S. 2ff.)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten der Mängelbehebung am Stadion Letzigrund betreffend Mängel der Rampenbeschichtung (insbesondere Risse, Mangel 2.35) in der Höhe von CHF 2'134'573.95 zu ersetzen, zuzüglich Zins zu 5% auf

-	CHF	23'760.00	seit	24. August 2012	(B.____ AG)
-	CHF	606.80	seit	6. November 2012	(B.____ AG)
-	CHF	7'617.40	seit	24. Juni 2014	(B.____ AG)
-	CHF	7'840.80	seit	5. Februar 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	470.45	seit	5. Februar 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	3'118.50	seit	24. März 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	187.10	seit	19. März 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	4'633.20	seit	15. April 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	278.00	seit	15. April 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	13'181.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	790.90	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	29'219.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	1'753.15	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	11'850.30	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	711.00	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	36'428.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	1'821.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	24'340.50	seit	20. August 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	1'217.05	seit	20. August 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	5'791.50	seit	16. September 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	289.60	seit	16. September 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	6'682.50	seit	14. Oktober 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	334.15	seit	14. Oktober 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	16'032.60	seit	24. November 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	801.65	seit	24. November 2014	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	10'297.80	seit	28. Januar 2015	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	21'243.60	seit	23. März 2015	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	1'062.20	seit	23. März 2015	(Ingenieurbüro C.____)
-	CHF	85'668.75	seit	9. Juli 2014	(D._ AG besondere Bauverfahren)
-	CHF	106'882.85	seit	8. August 2014	(D._ AG besondere Bauverfahren)
-	CHF	9'796.85	seit	8. August 2014	(D._ AG besondere Bauverfahren)
-	CHF	2'925.50	seit	20. August 2014	(D._ AG besondere Bauverfahren)
-	CHF	3'509.80	seit	20. August 2014	(D._ AG besondere Bauverfahren)

-	CHF	150'000.00	seit	9. Juli 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	222'283.30	seit	29. Juli 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	200'000.00	seit	30. Juli 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	213'648.15	seit	20. August 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	68'769.00	seit	14. Oktober 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	291'600.00	seit	4. November 2014	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	160'975.50	seit	23. März 2015	(E.____	AG in Liquidation)
-	CHF	20'000.00	seit	25. August 2014	(F.____	AG)
-	CHF	80'000.00	seit	14. Oktober 2014	(F.____	AG)
-	CHF	43'713.80	seit	2. März 2015	(F.____	AG)
-	CHF	22'050.30	seit	2. September 2014	(G.____)	
-	CHF	8'624.55	seit	22. Dezember 2014	(G.____)	
-	CHF	17'689.15	seit	20. August 2014	(H.____	AG)
-	CHF	34'755.30	seit	25. August 2014	(I.____	AG)
-	CHF	972.00	seit	14. Oktober 2014	(J.____	AG)
-	CHF	20'919.60	seit	22. September 2014	(K.____	AG)
-	CHF	40'991.75	seit	16. Januar 2015	(L AG für ...)	
-	CHF	17'836.85	seit	16. Januar 2015	(L AG für ...)	
-	CHF	6'059.00	seit	28. Januar 2015	(M.____	AG)
-	CHF	40'175.35	seit	19. November 2014	(N.____	AG)
-	CHF	27'198.95	seit	19. November 2014	(N.____	AG)
-	CHF	1'377.00	seit	24. März 2015	(N.____	AG)

2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'134'573.95 als Minderwert zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Juli 2008.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 182'562.25 als nach der ersatzvornahmeweisen Sanierung verbleibenden Minderwert zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Juli 2008.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Mangelfolgeschaden in Höhe von CHF 222'102.25 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% auf

-	CHF	16'441.15	seit	14. Juli 2014	(O.____	AG)
-	CHF	20'594.35	seit	20. August 2014	(O.____	AG)
-	CHF	1'472.25	seit	20. August 2014	(P.____	AG, Zürich)
-	CHF	2'750.10	seit	20. August 2014	(P.____	AG, Zürich)
-	CHF	5'773.70	seit	6. November 2012	(Q AG)	
-	CHF	2'861.10	seit	19. März 2012	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	4'472.30	seit	6. Juli 2012	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	888.35	seit	25. September 2012	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	1'356.55	seit	19. November 2012	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	1'140.10	seit	22. Februar 2013	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	100.10	seit	13. März 2013	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	6'859.50	seit	22. Februar 2013	(R.____	Rechtsanwälte)
-	CHF	7'314.85	seit	22. Februar 2013	(R.____	Rechtsanwälte)

-	CHF	7'070.90	seit	8. Mai 2013	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	619.60	seit	19. August 2013	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	1'616.35	seit	13. Dezember 2013	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	6'347.30	seit	4. Februar 2014	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	5'505.80	seit	23. Mai 2015	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	7'999.25	seit	28. Mai 2015	(s.____ Rechtsanwälte)
-	CHF	4'388.40	seit	13. August 2013	(T.____ AG)
-	CHF	10'000.00	seit	12. März 2013	(Gerichtskostenvorschuss (...) ET-130004-L)
-	CHF	35'000.00	seit	8. Juli 2013	(Vorschuss für Gutachterkosten (...) ET130015-L (...))
-	CHF	10'000.00	seit	24. März 2014	(Vorschuss Gutachterkosten (...) ET130015-L (...))
-	CHF	3'692.25	seit	14. November 2014	(Gutachterkosten (...) ET130015-L (...))
-	CHF	5'810.00	seit	10. Juni 2014	(Parteientschädigung (...) ET130015-L (...))
-	CHF	902.45	seit	24. April 2013	(U.____ gmbh)
-	CHF	103.30	seit	17. Dezember 2014	(Betriebskosten)
-	CHF	29'205.00	seit	1. Januar 2015	(Eigenleistungen der Klägerin)
-	CHF	7'265.70	seit	3. August 2015	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	363.30	seit	17. August 2015	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	5'994.00	seit	24. Dezember 2015	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	299.70	seit	27. Januar 2016	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	4'975.75	seit	2. Juli 2018	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	248.80	seit	2. Juli 2018	(Ingenieurbüro c.____)
-	CHF	2'670.00	seit	2. Juli 2018	(v.____)

5. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die von dieser verausgabten Gerichtskosten für das Schlichtungsverfahren in Höhe von CHF 1'240.00 zu bezahlen.
6. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren in Höhe von CHF 3'154.75 zu bezahlen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% MwSt. auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

1 Streit um eine Kunststoffbeschichtung im Stadion Letzigrund

Im Westen der Stadt Zürich steht das Stadion Letzigrund. Der FC Zürich trägt dort seit den zwanziger Jahren seine Heimspiele aus. Die Stadt Zürich ist seit den dreissiger Jahren Eigentümerin des Stadiongrundstücks und Klägerin in diesem Verfahren. Ungefähr einen Kilometer weiter nördlich befand sich das ebenfalls in den zwanziger Jahren erbaute Hardturm-Stadion. Dort trug der Grasshopper seine Heimspiele aus, bis es 2007 abgebrochen wurde. Was mit den beiden Stadien geschehen sollte, war um die Jahrtausendwende lokalpolitisch umstritten. Die Klägerin verfolgte ursprünglich das Ziel, das alte Letzigrund-Stadion durch ein Stadion für Leichtathletik und Konzerte zu ersetzen und ein neues Fussballstadion auf dem Hardturm zum Heim beider Zürcher Clubs zu machen. Bedeutende Fussballspiele sollten nur noch dort statt finden. Das liess sich nicht bis zur Fussball-Europameisterschaft von 2008 realisieren. Das Hardturm-Areal liegt derzeit brach. Die Klägerin liess jedoch das alte Letzigrund-Stadion durch einen Neubau ersetzen und schloss dazu am 31. Oktober 2005 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Vertrag, den die Parteien damals als "Totalunternehmensvertrag (TU-Vertrag)" bezeichneten (act. 5/2 S. 1). Die Klage dreht sich um Ansprüche aus diesem Vertrag. Die Parteien streiten um die sogenannte Rampe, eine begehbare, mit Kunststoff beschichtete Betonkonstruktion hinter den Zuschauerhängen. Kleine, etwa haarbreite Risse sind in Betonkonstruktionen unvermeidlich. Deshalb werden sie beschichtet, wo kein Wasser in diese Risse eindringen soll. Die ursprünglich angebrachte Beschichtung überbrückte die Risse im Beton nicht. Sie riss mit. Wasser floss durch die Rampe hindurch und trat an der Unterseite der Rampe aus. Nach längerem Hin und Her stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Beklagte könne oder wolle nicht nachbessern. Sie liess selbst die alte Kunststoffbeschichtung entfernen und eine andere, neue Kunststoffbeschichtung anbringen. Die Klägerin verlangt die Kosten der Ersatzvornahme, Minderung für den dennoch verbleibenden Minderwert und Ersatz des Mangelfolgeschadens. Die Beklagte verlangt die Abweisung der Klage.

2 Ablauf des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich

Am 31. Januar 2013 stellte die Klägerin ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (act. 5/40). Das Einzelgericht trat darauf nicht ein (Verfügung vom 27. März 2013; act. 5/50). Das Obergericht wies die Sache an die Vorinstanz zurück (Beschluss vom 3. Juni 2013; abt. 5/51). Darauf hin liess das Einzelgericht durch den Sachverständigen W._____ das beantragte Gutachten erstellen (act. 5/52-53). Er erstattete es am 31. März 2014 (act. 5/7). Tags darauf stellte das Einzelgericht es den Parteien zu (act. 5/220 S. 4). Nachdem keine Partei Erläuterungen oder Ergänzungsfragen beantragt hatte, schrieb das Einzelgericht das Verfahren ab (Urteil vom 19. Mai 2014; act. 5/220). Auf Beschwerde der Klägerin änderte das Obergericht die Kostenregelung, die das Einzelgericht getroffen hatte (Urteil vom 22. August 2014; act. 5/221).

Am 18. November 2015 gingen die 278 Seiten umfassende Klageschrift und die Klagebewilligung beim Bezirksgericht Zürich ein (act. 1-2). Die Beklagte beantwortete die Klage am 24. Mai 2016 auf 251 Seiten (act. 20). Am 28. März 2017 führte der Referent zum besseren Verständnis des Sachverhalts einen Augenschein durch (Prot. S. 6ff.). Hernach ordnete der Referent einen zweiten Schriftenwechsel an und richtete verschiedene Substantiierungshinweise an beide Parteien (Verfügung vom 10. Mai 2017; act. 46). Das Gericht sistierte das Verfahren mit Beschluss vom 5. September 2017 bis zum 31. Januar 2018 (act. 52). Die Klägerin replizierte am 2. Juli 2018 auf 745 Seiten (act. 64), die Beklagte duplizierte am 10. Dezember 2018 auf 393 Seiten (act. 68). Am 27. Juni 2019 fand die Hauptverhandlung statt. Damit ist der Prozess spruchreif.

3 Sachgewährleistung und Mangelfolgeschäden nach der SIA Norm 118

In schriftlichen Werkverträgen über grössere Projekte erklären die Parteien oft die SIA-Norm 118 zum Vertragsbestandteil. Das haben die Parteien auch im TU-Vertrag vom 31. Oktober 2005 getan (Ziffer 3.2; act. 5/2 S. 6). Die SIA-Norm 118 ist notorisch (Urteil 4P.209/2001 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2001, E. 3a). Notorische Tatsachen braucht eine Partei weder zu behaupten, noch zu

beweisen (BGE 143 IV 380, E. 1.1.1, S. 383; für das Zivilrecht BGE 135 III 88, E. 4.1, S. 89f.). Steht fest, dass die SIA-Norm 118 gilt, so kann das Gericht auch nicht explizit angerufene Bestimmungen der SIA-Norm 118 anwenden (Urteil 4P.209/2001 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2001, E. 2).

3.1 Sachgewährleistung

Die Haftung für Mängel ist in den Art. 165ff. der SIA-Norm 118 geregelt. Teils fasst die Norm die gesetzliche Regelung in eigene Worte, ohne von ihr abzuweichen, teils stellt sie eigene, von Art. 367ff. OR stark abweichende Regeln auf. Art. 166 Abs. 1 und Abs. 2 der SIA-Norm 118 definieren, was ein Mangel ist. Die Definition entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 114 II 239, E. 5a/aa, S. 244).

Grundsätzlich haftet der Unternehmer für Mängel seines Werks, und zwar auch dann, wenn er den Mangel überhaupt nicht oder nicht schuldhaft verursacht hat (Art. 165 SIA-Norm 118). Auch unter der SIA-Norm 118 entfällt die Mängelhaftung, wenn die Bauherrschaft den Mangel durch ausdrückliche Anordnung verursacht hat, es sei denn, der Unternehmer hätte die Bauherrschaft abmahnen müssen (Art. 369 OR; Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118; Art. 25 Abs. 3 und Abs. 4 SIA-Norm 118). Wann genau der Unternehmer zur Abmahnung verpflichtet ist, regelt die SIA-Norm 118 detaillierter als das Gesetz. Sie hat dabei den Fall vor Augen, dass die Bauherrschaft Werkverträge mit allen beteiligten Unternehmen in eigenem Namen abschliesst, allenfalls vertreten durch eine Bauleitung.

Die Regelung betreffend Mängelrügen weicht stark von der gesetzlichen Regelung ab: Während den ersten zwei Jahren seit Abnahme des Werkes kann die Bauherrschaft Mängel jederzeit rügen (Art. 172f. SIA-Norm 118). Entdeckt die Bauherrschaft nach Ablauf der Zweijahresfrist verdeckte Mängel, muss sie diese sofort nach der Entdeckung rügen (Art. 179 Abs. 2 SIA 118). Die Mängelrechte verjähren fünf Jahre nach Abnahme des Werkes (Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118). Das bedeutet also, dass die Bauherrschaft in den ersten beiden Jahren nach der Abnahme Mängel jederzeit rügen kann. Sie kann sich nach der Entdeckung Zeit lassen für Abklärungen oder gegen Ende der Garantiefrist noch einmal systema-

tisch nach Mängeln suchen, die eigentlich schon länger offenkundig sind. Im dritten bis fünften Jahr nach der Abnahme muss die Bauherrschaft entdeckte Mängel sofort rügen. Aus Mängeln, welche die Bauherrschaft ab dem sechsten Jahr seit der Abnahme entdeckt, kann sie zufolge Verjährung keine Rechte mehr ableiten.

Ein Mangel gibt der Bauherrschaft zunächst nur das Recht, vom Unternehmer Nachbesserung zu verlangen und ihm dafür eine angemessene Frist anzusetzen. Ist der Mangel innert Frist nicht behoben, so kann die Bauherrschaft auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten nachbessern lassen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Wenn sich der Unternehmer ausdrücklich weigert, nachzubessern oder dazu offensichtlich nicht imstande ist, kann die Bauherrschaft "schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist" zur Ersatzvornahme schreiten (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Der Wortlaut dieser Bestimmung legt nahe, die Nachbesserungsfrist müsse in jedem Fall angesetzt, aber nicht immer abgewartet werden. Dem ist nicht so. Stehen Weigerung oder Unfähigkeit fest, so darf die Bauherrschaft auch dann zur Ersatzvornahme schreiten, wenn sie noch keine Nachbesserungsfrist angesetzt hat (Urteil 4A_151/2016 des Bundesgerichts vom 21. Juni 2016, E. 3.3, mit Hinweisen auf die Literatur).

Was genau unter den Kosten der Verbesserung zu verstehen ist, die der Unternehmer zu tragen hat, ist in Art. 170 Abs. 1 und Abs. 2 SIA-Norm 118 geregelt. Darunter fallen neben den eigentlichen Reparaturkosten alle Kosten, die notwendigerweise mit der eigentlichen Nachbesserung einhergehen, zum Beispiel Kosten für das Einlagern von Möbeln während der Nachbesserung (BGE 136 III 273, E. 2.6, S. 277). Bei der Auswahl und der Bezahlung des Dritten, der die Nachbesserung anstelle des Unternehmers vornimmt, muss die Bauherrschaft nach pflichtgemäßem Ermessen handeln. Sie darf ein Unternehmen ihres Vertrauens beiziehen, auch wenn ein anderes günstiger offeriert hat, darf aber keine Verschwendung auf Kosten des ursprünglichen Unternehmers betreiben (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich u.a. 2019, N 1812 und N 871).

Zusammengefasst setzt ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Ersatzvornahmen nach den Regeln der SIA-Norm 118 Folgendes voraus: Einen Mangel; fehlendes Selbstverschulden der Bauherrschaft; rechtzeitige Mängelrüge; Ablauf der

Nachbesserungsfrist oder offenkundige Unfähigkeit / Weigerung des Unternehmers; keine Verjährung; Aufwendungen im Rahmen pflichtgemässen Ermessens.

3.2 Ersatz von Mangelfolgeschäden

Mängel hat der Unternehmer ungeachtet seines Verschuldens zu beheben bzw. für die Kosten der Behebung durch Dritte aufzukommen. Davon zu unterscheiden ist die Haftung für Mangelfolgeschäden. Ist wegen eines Mangels ein Schaden entstanden, so hat der Bauherr neben dem Nachbesserungsrecht ein Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 OR und Art. 97ff. OR (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118). Als Beispiele für Mangelfolgeschäden nennt die SIA-Norm Brandschäden oder Schäden infolge Betriebsstörung. Was ein Mangelfolgeschaden ist, ergibt sich aus der Systematik. Die Bauherrschaft darf nicht anstelle der Mängelrechte Schadenersatz fordern (vgl. Art. 171 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118 und BGE 100 II 30, E. 2, S. 32f.). Sie darf aber Schadenersatz fordern, wenn die Ausübung der Mängelrechte allein sie nicht so stellt, wie sie bei korrekter Vertragserfüllung gestellt wäre. Mangelfolgeschäden sind also jene Schäden, die der Bauherrschaft trotz tadelloser Nachbesserung oder Minderung verbleiben (BGE 117 II 550, E. 4b/bb, S. 553f.; GAUCH, Werkvertrag, N 1864).

Ansprüche auf Schadenersatz für Mangelfolgeschäden setzen ein Verschulden des Unternehmers voraus. Dieses Verschulden ist zu vermuten (Art. 97 Abs. 1 OR). Es ist also Sache des Beklagten, jene Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass ihn entgegen der gesetzlichen Vermutung eben doch kein Verschulden trifft (BGE 113 II 246, E. 3, S. 247 und E. 7, S. 250f.; BGE 111 II 72, E. 3.d, S. 74ff.). Das kann er tun, indem er darlegt, was er getan hat, um die gehörige Erfüllung seiner Pflichten sicherzustellen (vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Bern 2018, N. 10.55f., S. 263).

4 Parteistandpunkte

4.1 Klägerin

In den Rechtsschriften der Klägerin nimmt die Begründung der einzelnen Teilforderungen den grössten Raum ein. Ihre Argumente, weshalb die Beklagte grundsätzlich die Kosten der Ersatzvornahme und die Mangelfolgeschäden zu erstatten habe, legt sie im Wesentlichen auf den Seiten 8-77 der Klageschrift (act. 2 Rz. 12-186) und auf den Seiten 10-70 der Replik (act. 64 Rz. 10-334) dar:

Wie das vorsorglich eingeholte Gerichtsgutachten von W._____ vom 31. März 2014 (act. 5/7) zeige, habe die Beklagte ein mangelhaftes Stadion abgeliefert. Der Beton der Rampe weise Risse auf, und zwar sowohl unvermeidliche, vertragskonforme Risse mit einer Breite unter 0,4 mm als auch vermeidbare, vertragswidrige Risse, die breiter seien als 0,4 mm. Die ursprünglich angebrachte Kunststoffbeschichtung sei mit dem Beton zusammen gerissen, anstatt die Risse im Beton zu überbrücken. Damit sei Wasser in die Rampe eingedrungen. Das sei gefährlich, weil der Stahl im Beton dann roste. Die ursprünglich angebrachte Beschichtung sei kein zweckmässiges Produkt gewesen, weil sie nicht einmal die unvermeidlichen, vertragskonformen Risse bis 0.4 mm Breite überbrücken könne. Zudem sei an den Enden der Beschichtung nichts vorgekehrt, um das Eindringen von Wasser zu verhindern. Stellenweise sei dann auch noch zu wenig Stahl in den Stahlbeton der Rampe eingelegt. Das begünstige die Risse im Beton.

Die Beklagte schulde gemäss dem TU-Vertrag vom 31. Oktober 2005 (act. 5/2) ein mängelfreies Stadion. Letztlich spiele keine Rolle, ob der Mangel auf unsachgemässe Planung oder Ausführung zurückzuführen sei, die Beklagte als Totalunternehmerin sei für beides verantwortlich. Die Ausschreibungsunterlagen habe die Klägerin erstellen lassen. Selbst wenn das unzulängliche Produkt für die Beschichtung bereits dort vorgesehen gewesen sei, entlaste das die Beklagte nicht. Sie hätte die Unzulänglichkeit erkennen und abmahnen müssen. Die Klägerin habe den Mangel rechtzeitig gerügt und so gut beschrieben, wie es im Zeitpunkt der Rügeobliegenheit eben möglich gewesen sei. Sie sei erst nach unbenutztem Ablauf der Nachbesserungsfrist zur Ersatzvornahme geschritten. Die Beklagte habe

sich zudem mit Schreiben vom 12. März 2014 (act. 5/48) ausdrücklich geweigert, nachzubessern. Die Verjährung habe die Klägerin für den gesamten eingeklagten Betrag spätestens mit dem Schlichtungsgesuch vom 7. August 2012 (act. 5/56) unterbrochen.

4.2 Beklagte

Die grundsätzlichen Argumente gegen die Pflicht, die Aufwendungen für die Ersatzvornahme und Mangelfolgeschäden zu ersetzen, legt die Beklagte auf den Seiten 3-60 ihrer Klageantwort (act. 20 Rz. 5-386) und auf den Seiten 10-95 der Duplik (act. 68) dar:

Mit der ursprünglich eingebauten Beschichtung habe die Klägerin genau das erhalten, was sie bestellt habe. Das Produkt, das die Klägerin als unzulänglich ansieht, habe sie selbst in ihren Ausschreibungsunterlagen vorgegeben. Die Beklagte habe die selbst fachkundige und fachkundig beratene Klägerin nicht abmahnen müssen.

Für Mängel der Planung hafte die Beklagte ohnehin nicht. Die Klägerin habe auch nach Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 weiterhin selbst mit dem ihr genehmen Architektur- und Ingenieurbüro (AA.____ AG bzw. AB.____ AG) geplant. Deshalb hätten diese sich der Beklagten nicht unterordnen und keinen Vertrag mit ihr abschliessen wollen. Dem entsprechend habe die Beklagte weder dem Architektur- noch dem Ingenieurbüro etwas befehlen können. Faktisch habe die Beklagte nur die Rolle einer Generalunternehmerin inne gehabt. Ihre Haftung müsse auch entsprechend begrenzt sein.

Die Klägerin habe zu spät und zu pauschal gerügt und sei verfrüht zur Ersatzvornahme geschritten. Die Beklagte habe damals noch gar nicht nachbessern müssen. Die Klägerin habe zu Unrecht eine Gewährleistungsgarantie über zwölf Millionen Franken bei der AC.____ abgerufen. Die Beklagte habe diese zwölf Millionen der AC.____ zurück erstatten müssen. Wirtschaftlich führe das unberechtigte Abrufen der Garantie zum selben Resultat wie eine Weigerung der Klägerin, fällige Akontozahlungen von zwölf Millionen Franken zu leisten. Das sei rechtlich

auch gleich zu behandeln. Die Beklagte habe sich weigern dürfen, nachzubessern, solange die Klägerin diese zu Unrecht bei der AC. _____ abgerufenen zwölf Millionen nicht zurück erstattet habe.

Die Beklagte erhebt zudem die Einrede der Verjährung und hält dafür, eine korrekte Nachbesserung wäre zu weit tieferen Kosten möglich gewesen. Die Ersatzpflicht für die behaupteten Mangelfolgeschäden scheitere zudem daran, dass die Beklagte kein Verschulden treffe.

5 Mangel und Selbstverschulden

Bauherrschaften, die Bauprojekte über Dutzende von Millionen Franken in Auftrag geben, schliessen oft Totalunternehmerverträge ab. Der Totalunternehmer schuldet nach dem Vertragsabschluss auch die erforderliche Planung. Allerdings hat bei Bauprojekten dieser Grössenordnung bereits viel Planungs- und Denkarbeit stattgefunden, wenn die Bauherrschaft und der Totalunternehmer ihren Vertrag abschliessen. Damit die Bauherrschaft ein Projekt ausschreiben und die Unternehmer nachvollziehbare Offerten einreichen können, muss bereits einigermaßen klar sein, was die Bauherrschaft gebaut haben will. Im Zeitpunkt des Abschlusses eines Totalunternehmervertrags sind deshalb in der Regel bereits umfangreiche Unterlagen vorhanden. So verhielt es sich auch hier.

5.1 Vertragliche Vorgaben und Gutachten W. _____

Unbestritten ist der Wortlaut der einschlägigen Stellen der Ausschreibungsunterlagen und des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005. Unbestritten sind ferner die grundlegenden Tatsachen, die der Gerichtsgutachter W. _____ in seinem Gutachten vom 31. März 2014 festgestellt hat. Im Einzelnen:

5.1.1 Ausschreibungsunterlagen

Als Beilage 3 des Vertrags vom 31. Oktober 2005 haben die Parteien das Angebot zum Vertragsbestandteil erklärt, das die Beklagte im Submissionsverfahren einzureichen hatte (act. 5/2 S. 6 Ziffer 3.1 und S. 24 Ziffer 18; act. 22/2; act. 22/3). Bei diesem Angebot handelt es sich um eine umfangreiche Excel-Tabelle; die Be-

klagte hat sie auf 240 Seiten ausgedruckt (act. 22/3). Die Struktur hat die Klägerin vorgegeben. Die Tabelle listet zahlreiche Einzelleistungen auf, die der Totalunternehmer wird erbringen müssen, beschreibt sie in Stichworten und enthält Spalten für die Menge, den Einheitspreis und den Betrag. Diese Spalten füllt das anbietende Unternehmen aus. Dieses Vorgehen ist in Submissionsverfahren üblich. Die Zergliederung in zahlreiche Einzelleistungen und die Zuordnung von Einheitspreisen soll die Vergütung nachvollziehbar und die konkurrierenden Angebote vergleichbar machen. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Parteien bei solchen Bauvorhaben regelmässig Pauschalpreise vereinbaren, nicht etwa Einheitspreise. So war es auch hier.

Unter der Position EKG M3.841.281.1 findet sich unter dem Titel "Beschichtungen von Betonböden" folgender, von Mitarbeitern oder Beauftragten der Klägerin formulierter Text (act. 22/3 S. 156):

"Auf Betonrampe, im Aussenbereich, Marke, Typ: AD.____-Floor-355N 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. Inkl. aller erforderlichen Anschlüsse an Cortenstützen, Nocken, Fassaden, Bodenabläufe und Rinnen. Inkl. Übergänge, Ausgleichsvermörtelungen und erforderlichen baumeistermässigen Vorbereitungsarbeiten."

Diese Formulierungen der Klägerin sind über das Angebot der Beklagten Teil des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 geworden.

5.1.2 Der TU-Vertrag vom 31. Oktober 2005 und seine Anhänge

Der Text des Vertrags vom 31. Oktober 2005 (act. 5/2) umfasst 25 Seiten. Das Vertragswerk als Ganzes ist weit umfangreicher, die Beklagte spricht von 32 Bundesordnern (act. 20 S. 3 Rz. 6). Offenbar haben die Parteien eine Reihe von besonders wichtigen Beilagen paraphiert und der Vertragsurkunde angeheftet (vgl. Ziffer 3.1 TU-Vertrag; act. 5/2 S. 6; act. 22/2). Darüber hinaus haben die Parteien

in Ziffer 3.1 und Ziffer 18 des Vertrags eine lange Liste von projektbezogenen Unterlagen zu Vertragsbestandteilen erklärt (act. 5/2 S. 24f.). Ziffer 3.2 erklärt zudem vier Gruppen von technischen und rechtlichen Normen zu Vertragsbestandteilen, nämlich erstens die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Stadt Zürich, zweitens die SIA-Norm 118 mit den Allgemeinen Bedingungen Bau, drittens die gesetzlichen Normen, einschlägigen SIA-Normen sowie die Normen und Richtlinien der Fachverbände und viertens das schweizerische Recht.

Der Vertrag regelt auch, was bei Widersprüchen zwischen verschiedenen Vertragsbestandteilen gelten soll. Bei den "Unterlagen" [gemeint wohl die Beilagen und Anhänge] gelten grundsätzlich die Unterlagen mit dem höchsten Detaillierungsgrad. Bei Unstimmigkeiten gilt kraft des Verweises auf Ziffer 1.2.4 des TU-Vertrags "die der Bauherrschaft nach ihrer Auffassung besser dienende Variante" (act. 5/2 S. 5). Die in Ziffer 3.1 erwähnten projektspezifischen Unterlagen gehen den allgemeinen rechtlichen und technischen Normen der Ziffer 3.2 des TU-Vertrags vor. Innerhalb der allgemeinen technischen und rechtlichen Normen gelten zuerst die allgemeinen Bedingungen der Klägerin, dann die SIA-Norm 118, dann die technischen Normen des Gesetzes und der Fachverbände und schliesslich das schweizerische Recht.

Bestandteil des Vertrages ist auch ein als Nutzungsvereinbarung bezeichnetes Dokument (act. 5/2 S. 24; Dokument 1.2.8). Das Dokument liegt in seiner Fassung vom 2. Mai 2005 (act. 5/6) und in seiner Fassung vom 16. Februar 2007 (act. 5/6A) bei den Akten. In beiden Versionen äussert sich das von der Klägerin beigezogene Ingenieurbüro AB._____ AG in Abschnitt 5.5 "Risse im Beton" übereinstimmend dazu, welche Anforderungen die Bauherrschaft stellt und welche Überlegungen sie dazu anstellt (act. 5/6 S. 9; act. 5/6A S. 11): In langen, Temperaturschwankungen ausgesetzten Betonkonstruktionen sind Risse schwer vermeidbar. Helfen würden Fugen. Sie würden die Betonkonstruktion in kleinere Einheiten unterteilen und das Ausdehnen und Zusammenziehen bei Temperaturschwankungen absorbieren ("Dilatationsfugen"). Solche Dilatationsfugen bringen einen hohen Unterhalt mit sich, die Klägerin will sie auf ein Minimum reduzieren. Die Klägerin ist bereit, Risse im Beton bis zu 0,4 mm hinzunehmen. Die Beklagte

bestreitet nicht, dass dieser Text Vertragsbestandteil geworden ist (act. 20 S. 13 Rz. 48).

Die Parteien haben ihren Vertrag vom 31. Oktober 2005 als "Totalunternehmervertrag (TU-Vertrag)" bezeichnet (act. 5/2 S. 1). Totalunternehmervertrag ist der in der Baubranche übliche Ausdruck für einen Werkvertrag, mit dem der Unternehmer sich verpflichtet, nicht nur die gesamte Ausführung, sondern auch die noch notwendige Planung zu übernehmen (GAUCH, Werkvertrag, N 233ff.). Der Sprachgebrauch ist aber nicht immer präzise (a.a.O., N 239).

Gemäss Ziffer 2.1 schuldet die Beklagte die Projektierung, die Bauleitung, die schlüsselfertige Erstellung und die betriebsbereite Übergabe des Stadions Letzigrund (act. 5/2 S. 5). Auch aus weiteren Bestimmungen geht hervor, dass die Beklagte sich auch zu Planungsarbeiten verpflichtet, muss sie doch die erstellten Pläne der Bauherrschaft vorlegen (Ziffer 14.3; act. 5/2 S. 20) und das von der Stadt bereits vor Vertragsabschluss engagierte Generalplanerteam mit der Ausführungsplanung beauftragen (Ziffer 6.3; act. 5/2 S. 10).

Zu den Anzeige- und Abmahnungspflichten ist dem Vertrag vom 25. Oktober 2005 nichts zu entnehmen, wohl aber zu den Prüfungspflichten, die damit zusammen hängen. Ziffer 1.2.1 des Vertrags auferlegt der Beklagten die Pflicht, die bisher erbrachten Leistungen, insbesondere Planunterlagen, auf ihre Richtigkeit zu überprüfen (act. 5/2 S. 4).

Im Übrigen ist Art. 25 SIA 118 einschlägig. Die Bestimmung geht davon aus, dass ein Unternehmer einer Bauleitung gegenübersteht, die den Bauherrn vertritt. Das enthebt den Unternehmer nicht von der Anzeige- und Abmahnungspflicht, wie sie aus dem Gesetz hervorgeht (Art. 25 Abs. 1 SIA 118). Die Norm erwähnt dann eine ganze Reihe von sachkundigen Bauherrschaften (eigene Sachkunde; Vertretung durch Bauleitung; Beratung durch beigezogenen Sachverständigen). Die Pläne und den Baugrund solcher Bauherren muss der Unternehmer nicht überprüfen, wenn er aber dennoch Unstimmigkeiten oder Mängel erkennt, muss er sie anzeigen (Art. 25 Abs. 3 SIA 118). Auch gegenüber einer sachkundigen Bauherrschaft ist der Unternehmer jedoch verpflichtet, fehlerhafte Weisungen der Baulei-

tung anzuzeigen, wenn er sie feststellt oder nach den Umständen hätte feststellen müssen (Art. 25 Abs. 4 SIA 118).

5.1.3 Das Gutachten W._____

Die Beklagte räumt ein, dass die abgelieferte Beschichtung nicht zweckmässig war (act. 20 S. 29 Rz. 146). Auch sie geht davon aus, dass die Beschichtung gerissen ist, so dass Wasser in die Betonkonstruktion eindrang (act. 20 S. 38 Rz. 212). Weiter geht auch die Beklagte mit dem Gutachter und der Klägerin davon aus, dass an den Enden der abgelieferten Beschichtung Wasser unter die Beschichtung gelangt ist, weil nichts geplant und vorgekehrt war, um das zu verhindern ("Anschlussdetails nicht geplant"; act. 20 S. 46 Rz. 276). Die Klägerin anerkennt das Gutachten aber nicht durchwegs (vgl. sogleich Abschnitt 5.2 unten).

5.2 Streit um Verantwortung für Mängel und Abmahnungspflicht

Zusammengefasst stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Beklagte schulde eine Beschichtung, die den Regeln der Baukunde entspreche. Das sei nicht, was sie abgeliefert habe. Dass die Beklagte ein untaugliches Produkt eingebaut habe, sei ein Mangel, für den sie Gewähr zu leisten habe (vgl. act. 2 S. 64f. Rz. 132ff.).

Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin habe genau das erhalten, was sie bestellt habe. Beide Parteien und der Gutachter beziehen sich auf die Einteilung der verschiedenen Oberflächenschutzsysteme, die der einschlägigen Richtlinie des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton aus dem Jahre 2001 (Instandsetzungsrichtlinie 2001) zu Grunde liegt. Die verschiedenen Systeme werden mit OS bezeichnet und nummeriert. Was die Klägerin in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben habe, sei ein OS 13. Das habe die Beklagte geliefert. Die Beklagte bestreitet, dass die ursprünglich abgelieferte Beschichtung mangelhaft ausgeführt sei, doch komme es darauf ohnehin nicht an. Der Gutachter sei der Ansicht, auch ein korrekt ausgeführtes OS 13 hätte die Risse im Beton nicht überbrückt. Der Mangel sei somit allein auf die Vorgabe der Klägerin zurückzuführen. Diese Vorgabe habe die Beklagte nicht hinterfragen müssen. Sie habe die Klägerin nicht

abmahnen müssen, zumal sie faktisch nur General- und nicht Totalunternehmerin gewesen sei (vgl. insb. act. 20 S. 38f. Rz. 212 und Rz. 217f.).

5.3 Mangel und Abmahnungspflicht in Lehre und Rechtsprechung

5.3.1 Der Begriff des Mangels

Die SIA Norm 118 definiert in Art. 166 Abs. 2, was ein Mangel ist: Entweder fehlt es dem Werk an einer zugesicherten oder sonst wie vereinbarten Eigenschaft oder es fehlt dem Werk an einer Eigenschaft, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung erwarten durfte, insbesondere die Tauglichkeit zum vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch. Die SIA Norm 118 geht vom gleichen Begriff des Mangels aus wie die gesetzliche Regelung des Kauf- und des Werkvertrags. Die Formulierungen der Norm sind an jene des Bundesgerichts angelehnt (vgl. BGE 114 II 239, E. 5.a/aa, S. 244). Das abgelieferte Werk ist mangelhaft, wenn es nicht dem entspricht, was der Unternehmer schuldet. Insoweit geht es immer um eine Abweichung vom Vertrag. Meistens steht dennoch die Auseinandersetzung mit objektiven Normen, öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften, technischen Normen der Fachverbände usw. im Vordergrund. Grund dafür ist, dass einem Werkvertrag in der Regel stillschweigend die Vereinbarung zu Grunde liegt, das Bauwerk nach den aktuellen "Regeln der Kunst" zu erstellen. Dass nur eine Vertragswidrigkeit ein Mangel ist, spielt vor allem in einem Punkt eine Rolle: Was ein informierter und allenfalls abgemahnter Bauherr *en connaissance de cause* bestellt hat, gibt ihm keine Mängelrechte, mag es auch von den Regeln der Kunst abweichen.

5.3.2 Abmahnung bei unsachgemässen Bestellungen und Instruktionen

Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat (Art. 369 OR). Das Werkvertragsrecht sieht also vor, dass der Unternehmer die Bauherrschaft auf untaugliche Vorgaben aufmerksam machen muss. Das wird im Vertrag vom 31. Oktober 2005 nirgends wegbe-

dungen. Auch die SIA-Norm 118 lässt die Anzeige- und Abmahnungspflichten des Gesetzes ausdrücklich bestehen (Art. 25 Abs. 1 SIA 118).

Der Vertrag vom 31. Oktober 2005 sieht ausdrücklich vor, dass die Beklagte die von der Klägerin vor Vertragsabschluss erstellten Pläne überprüfen muss. Damit wird Art. 25 Abs. 3 der SIA-Norm 118 wegbedungen, wonach Pläne sachverständiger Bauherren nicht zu prüfen sind. Art. 25 Abs. 4 der SIA-Norm 118 hält den Unternehmer sogar ausdrücklich zur Anzeige an seinen Kunden an, wenn er Weisungen erhält, deren Fehlerhaftigkeit er tatsächlich feststellt oder nach den Umständen feststellen muss. Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung zu Art. 369 OR. Das Gesetz sieht die Anzeigepflicht ausnahmslos vor. Das Bundesgericht hat jedenfalls dort eine Ausnahme geschaffen, wo der Sachverstand auf der Seite des Kunden grösser ist als beim Unternehmer. Das Bundesgericht dazu wörtlich (BGE 116 II 454, E 2.c/cc, S. 457):

"Objektiv erkennen muss der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit einer Weisung, wenn sie offensichtlich oder er zur Nachprüfung der Weisung verpflichtet und nach dem vorausgesetzten Fachwissen in der Lage ist, die Fehlerhaftigkeit zu erkennen (GAUCH, a.a.O., S. 372 Rz. 1400 ff.). Eine Nachprüfungspflicht des Unternehmers kann sich auch dann ergeben, wenn der Besteller eine Nachprüfung nach den Umständen des Einzelfalles in guten Treuen erwarten darf. Eine solche Nachprüfung kann nach zutreffender Auffassung dann erwartet werden, wenn der Sachverstand auf seiten des Unternehmers (Spezialunternehmer) bedeutend weiter reicht als beim Besteller. Abzustellen ist dabei auf die spezifischen Verhältnisse des konkreten Falles (GAUCH, a.a.O., S. 373 Rz. 1408)."

5.4 Ist die Beklagte ihren Pflichten nachgekommen?

5.4.1 Untauglichkeit einer Beschichtung der Kategorie OS 13

In ihren Ausschreibungsunterlagen bezog sich die Klägerin nicht auf die Einteilung der Oberflächenschutzsysteme der Instandsetzungsrichtlinie 2001. Sie verlangte weder ausdrücklich eine Beschichtung, die den höheren Anforderungen eines OS 11 genügt, noch begnügte sie sich ausdrücklich mit einer Beschichtung

der Kategorie OS 13. Sie verwendete diese Kürzel und die dahinter stehende Einteilung nicht. Es ist der Gutachter W._____, der die Ausschreibungsunterlagen interpretiert und den Schluss gezogen hat, der verlangte Aufbau mit drei Schichten und dem Kunstharz AD._____-floor-355 N deute "unzweideutig auf ein Oberflächenschutzsystem OS 13 hin" (act. 5/7 S. 27). Auf derselben Seite sagt der Gutachter aber auch, die Ausschreibung sei unpräzise formuliert.

Das gewählte System beurteilt der Gutachter als ungenügend (act. 5/7 S. 37): Ein Beschichtungssystem der Kategorie OS 13 muss bei -10 Grad Celsius Risse bis zu einer Weite von 0,1 mm überbrücken können. Das genügt bei Weitem nicht. Der Wert bezieht sich auf Risse, die einmal entstanden sind und sich nicht weiter verändern ("statische Rissüberbrückungsfähigkeit"). Für Risse, die sich nach Anbringen der Beschichtung ausdehnen und zusammenziehen, wäre die überbrückte Rissweite tiefer ("dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit").

Die Instandsetzungsrichtlinie 2001 des deutschen Ausschusses für Stahlbeton umschreibt Beschichtungen der Kategorie OS 13 gerade als Beschichtungen mit *nicht* dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit (Hervorhebung durch das Gericht). Für die Kategorie OS 13 formuliert die Richtlinie nur Anforderungen an die statische Rissüberbrückungsfähigkeit. Demgegenüber formuliert die Richtlinie für die Kategorie OS 11 Anforderungen an die dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit und umschreibt sie als Beschichtungen mit dynamischer, erhöhter Rissüberbrückungsfähigkeit für begeh- und befahrbare Flächen (REINHOLD STENNER in: STÖCKL et al., Schutz und Instandsetzung von Betonbauteilen, Parkhaus- und Bodenbeschichtungen, Renningen 2006, S. 84ff.).

Gemäss der Nutzungsvereinbarung war die Klägerin bereit, Risse im Beton mit einer Weite bis zu 0,4 mm hinzunehmen (Abschnitt 5.1.2 oben). Dieser Wert ist nicht zufällig gewählt. Bis zu dieser Weite gelten Risse als ungefährlich. So kleine Risse lassen den Stahl im Beton nicht rosten, wenn die Betonschicht über dem Stahl genug dick ist (BALDER BATRAN et al., Lernfeld Bautechnik Grundstufe, 13. Auflage, Hamburg 2016, S. 151).

Die Beklagte argumentiert, die Nutzungsvereinbarung beziehe sich nur auf die Tragkonstruktion (act. 20. S. 13 Rz. 48). Das überzeugt nicht, ist doch die Rampe in der Nutzungsvereinbarung ausdrücklich erwähnt (act. 5/6 S. 4 Abschnitt 2.4 "Gebäude"). In Abschnitt 3 der Nutzungsvereinbarung wird auch definiert, welchen Kräften die Rampe standhalten muss (act. 5/6 S. 5). Entgegen ihrem Titel "Tragwerk Neubau Stadion Letzigrund" formuliert die Nutzungsvereinbarung durchaus auch Anforderungen an die Rampe.

Die technische Überlegung, wonach der Verzicht auf Dilatationsfugen die Konstruktion rissanfällig macht, greift ohnehin ungeachtet von Einzelheiten der Vertragsauslegung. Es mag sein, dass Risse, die breiter als 0,4 mm sind, vertragskonform sind, soweit sie nicht in tragenden Betonteilen vorkommen. Gerade wenn dem so wäre, müsste die Beschichtung der Rampe weit breitere Risse überbrücken können, als dies eine Beschichtung der Kategorie OS 13 kann. Die Risse, die effektiv aufgetreten sind, hat die Beschichtung nicht überbrückt (act. 5/7 S. 22). Die Nutzungsvereinbarung zeigt, dass - wenn nicht mit diesen Rissen - so doch mindestens mit Rissen von 0,4 mm Breite zu rechnen war. Mit der Nutzungsvereinbarung wies die Klägerin auch ausdrücklich auf die Rissanfälligkeit der gewünschten, fugenlosen Konstruktion hin. Auch war klar, dass die Rampe direkt den Aussentemperaturen und ihren Schwankungen ausgesetzt sein wird. Mit Rissen, die sich ausdehnen und zusammenziehen, war also zu rechnen. Vor diesem Hintergrund leuchtet die Schlussfolgerung des Gutachters ein. Das gewählte System hat die aufgetretenen Risse nicht überbrückt und es hätte die Risse, mit denen zu rechnen war nicht überbrückt. Erforderlich war ein System, das nicht mitreisst, wenn sich die Risse im Beton darunter ausdehnen oder zusammenziehen ("dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit"). Das eingebaute Produkt war die falsche Wahl, die Fähigkeit, Risse zu überbrücken, die sich unter der Beschichtung ausdehnen und zusammenziehen, wäre auch dann ungenügend gewesen, wenn es handwerklich einwandfrei eingebaut worden wäre (vgl. act. 5/7 S. 38). Umso mehr stellt sich die Frage, wie ausdrücklich die Klägerin genau dieses Produkt verlangt hat.

5.4.2 Widersprüchlichkeit der Ausschreibungsunterlagen

Der Gutachter argumentiert, die Klägerin erwähne AD.____-floor-355 N in ihren Ausschreibungsunterlagen. Das ist ein Kunstharz, das auch für Beschichtungen verwendet werden kann, die den höheren Anforderungen an ein Oberflächenschutzsystem 11 genügen (vgl. act. 5/7 Anhang K S. 24 und Anhang L S. 1). Es wird aber auch in Beschichtungen verwendet, die nur den Anforderungen an ein Oberflächenschutzsystem 13 genügen (vgl. act. 5/7 Anhang K S. 23). Die erhöhte Rissüberbrückungsfähigkeit bei OS 11-Beschichtungen kommt dadurch zustande, dass zwischen der Grundierung und der Verschleisschicht, die aus AD.____-floor-355 N bestehen kann, eine Schwimmschicht aus einem zähelastischen Kunststoff eingefügt wird (vgl. auch Klageantwort S. 27f. Rz. 142ff.).

Indem die Klägerin in ihren Unterlagen AD.____-floor-355 N erwähnt hat, hat sie nicht ausdrücklich gesagt, die Beschichtung brauche nur den Anforderungen an ein Oberflächenschutzsystem OS 13 zu genügen. Dass die Beschichtung die Risse im Beton überbrücken können muss, erwähnt die Ausschreibung sogar ausdrücklich. Der Text differenziert allerdings nicht zwischen statischer und dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit. Er deutet aber eher auf eine OS 13-Beschichtung hin, da er nur drei Schichten erwähnt (Grundierung; AD.____-floor 355N, Versiegelung). Von einer Schwimmschicht als vierte Schicht (bzw. zweite Schicht von unten) ist nicht die Rede. Der Text bezeichnet auch nur eine von drei oder vier Schichten produktscharf. Auch für die Grundierung und die Versiegelung hätten die Mitarbeiter der Klägerin bestimmte Produkte nennen können. Das haben sie nicht getan.

Die Klägerin hat in ihren Ausschreibungsunterlagen allerdings auch klar gestellt, dass die Beschichtung die im Beton auftretenden Risse überbrücken können muss. Sie hat nicht ausdrücklich eine Beschichtung verlangt, welche nur den Anforderungen an ein OS 13 genügt oder gar ausdrücklich verboten, eine Beschichtung anzubringen, die den Anforderungen an ein OS 11 genügt. Sie hat unklar und widersprüchlich formuliert: Einerseits überbrückt eine Beschichtung mit drei Schichten, wovon in der Mitte AD.____-floor 355N, die erwarteten Risse im Beton nicht, andererseits verlangt sie die Rissüberbrückung ausdrücklich.

5.4.3 Weitere Bestimmungen des TU-Vertrages vom 31. Oktober 2005

Ziffer 3.1 des Vertrags vom 31. Oktober 2005 regelt die Hierarchie der zahlreichen, zu Vertragsbestandteilen erklärten Dokumenten (act. 5/2 S. 6): "Grundsätzlich gelten die Unterlagen mit dem höchsten Detaillierungsgrad." Wie die Kunststoffbeschichtung der Rampe auszusehen hat, ist nirgends detaillierter umschrieben als im zitierten Text der Ausschreibung. Der Vertrag sagt allerdings auch, dass die Beklagte ein benutzbares Stadion schuldet (vgl. Ziffern 1.2.3 und 2.1; act. 5/2 S. 5). Der Vertrag verpflichtet die Beklagte zudem, die gesamte, vor Vertragsabschluss erstellte Planung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen (Ziffer 1.2.1; act. 5/2 S. 4). Im Lichte dieser Bestimmungen kann die Ziffer 3.1 des Vertrages nicht bedeuten, dass die Beklagte eine Vorgabe, die zu Rissen in Belag und Beton und dann zu tropfenden Decken führt, blindlings umsetzen darf und muss. Auch aus weiteren Bestimmungen des Vertrages geht hervor, dass die Vertragsparteien davon ausgehen, die bisherige Planung sei kritisch zu behandeln. Ziffer 1.2.4 über das Vorgehen bei Differenzen oder Unklarheiten haben die Parteien in den Vertrag aufgenommen, weil ihnen bewusst war, dass ein 32 Bundesordner umfassendes Vertragswerk Widersprüche und Unklarheiten enthalten wird. Aus diesen Gründen lässt sich nicht sagen, die ursprüngliche, nur den Anforderungen an ein OS 13 genügende Beschichtung sei vertraglich geschuldet gewesen und die Beklagte habe nichts anderes einbauen müssen und nichts anderes einbauen dürfen. Die Auslegung des Vertrags führt zum Ergebnis, dass die Beklagte auch entgegen den detaillierten Vertragsunterlagen eine Beschichtung hätte einbauen müssen, welche die Risse im Beton tatsächlich überbrückt. Eine solche Beschichtung wäre im Übrigen mit dem Wortlaut des Ausschreibungstexts durchaus vereinbar. Dass der Text die Schwimmschicht nicht erwähnt, bedeutet nicht, dass die Beklagte sie nicht bauen muss oder darf. Die Komplettheitsklausel verpflichtet die Beklagte sogar dazu, weil sie auch schuldet, was die Klägerin zwar nicht ausdrücklich verlangt hat, aber für ein benutzbares Stadion erforderlich ist (vgl. Ziffer 7.4; act. 5/2 S. 11).

Ein benutzbares Stadion schuldet die Beklagte zum vereinbarten Pauschalpreis. Die Beklagte argumentiert, die Nachbesserungskosten seien sogenannte Ohnehinkosten, die Beklagte brauche diese nicht zu ersetzen. Das trifft nicht zu.

Mit "Ohnehinkosten" oder "Sowiesokosten" sind Kosten gemeint, die nicht kausal mit dem gerügten Mangel zusammenhängen, Kosten also, welche die Bauherrschaft ohnehin hätte bezahlen müssen, insbesondere weil sie mehr oder anderes erhält, als ursprünglich vorgesehen. Wo die Parteien für das Werk eine Vergütung nach Aufwand oder nach Einheitspreisen vereinbaren, hätte die Bauherrschaft ohnehin mehr bezahlen müssen, wenn sich herausstellt, dass es eine aufwändigere Lösung braucht. Anders verhält es sich beim Pauschalpreis. Der Unternehmer schuldet für den Pauschalpreis ein taugliches Werk und trägt das Risiko, dass nur eine aufwändigere Ausführung tauglich ist. Ist ein Pauschalpreis vereinbart, so kann es Ohnehinkosten nur geben, wenn der Besteller mehr oder anderes erhält, als er ursprünglich bestellt hat. Die Klägerin hat jedoch von allem Anfang an ein taugliches Stadion bestellt. Wenn sich herausstellt, dass nur eine teurere Beschichtung als ursprünglich vorgesehen ein taugliches Stadion ergibt, verwirklicht sich ein Risiko des Unternehmers. Die Klägerin hätte auch dann nicht mehr bezahlen müssen, wenn die Parteien unmittelbar nach Vertragsabschluss bemerkt hätten, dass nur eine Beschichtung der Kategorie OS 11 gut genug ist. Die detaillierte Zergliederung der Offerte in Einheitspreise dient nur der Nachvollziehbarkeit, die Regeln über Bestellungsänderungen bei Einheitspreisen greifen nicht. Der vereinbarte Preis bleibt ein Pauschalpreis.

5.4.4 Abmahnungspflicht

Die Beklagte hält mit dem Gutachter dafür, die Klägerin habe klarerweise eine Beschichtung der Kategorie OS 13 verlangt. Eine derart ausdrückliche Vorgabe, eine Beschichtung einzubauen, welche die Risse nicht überbrückt, gab es nicht. Der Text der Ausschreibung legt zwar eine dreiteilige Beschichtung nahe, bezieht sich aber nicht explizit auf die Kategorien der Instandsetzungsrichtlinie 2001. Der Text der Ausschreibung verlangt auch ausdrücklich die Fähigkeit, die Risse im Beton zu überbrücken. Wo sich verändernde Risse zu erwarten sind, heisst genügende Rissüberbrückungsfähigkeit dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit.

Der Text der Ausschreibung ist widersprüchlich und unklar. Die Auslegung des Vertrages als Ganzes ergibt aber, dass die Beklagte mit der ursprünglich eingebauten Beschichtung nicht das geliefert hat, was sie schuldete.

Selbst wenn man jedoch im Ausschreibungstext eine unzweideutige Anweisung erblicken wollte, eine Beschichtung einzubauen, die nur den Anforderungen an ein OS 13 genügt, könnte die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits erwähnt, hat sich die Beklagte vertraglich verpflichtet, die vor Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 erstellte Planung zu überprüfen (Abschnitt 5.4.3 oben). Eine solche Überprüfungspflicht führt dazu, dass der Unternehmer bei unsachgemässen Instruktionen abmahnen muss (Abschnitt 5.3.2 oben). Wohl ist die Klägerin sachkundig. Erstens verfügt sie selbst über fachkundige Mitarbeiter, zweitens war sie durch ein Architektur- und ein Ingenieurbüro unterstützt. Die Beklagte als eines der grössten Bauunternehmen der Schweiz ist jedoch ebenfalls fachkundig. Sie zog zudem ein auf solche Böden spezialisiertes Unternehmen bei (act. 2 S. 202ff.). Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht sagen, der Sachverstand reiche bei der Klägerin und ihren Hilfspersonen deutlich weiter als bei der Beklagten und ihren Hilfspersonen. Es muss deshalb dabei bleiben, dass die Klägerin nach dem Wortlaut des Vertrages die bisherige Planung hätte überprüfen und deshalb hätte erkennen müssen, dass die Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen unklar, widersprüchlich und unsachgemäss war.

Die Beklagte argumentiert, sie und ihre Hilfspersonen hätten gar nicht erkennen können, dass die Vorgabe der Klägerin unsachgemäss gewesen sei. Sie verweist darauf, dass der Gutachter zahlreiche Begehungen und Untersuchungen gebraucht habe, um zu eruieren, was genau das Problem sei. Die Idee, ein Beschichtungssystem zu wählen, wie es für Parkdecks unter freiem Himmel zuoberst auf Parkhäusern zum Einsatz komme, liege nicht nahe (act. 20 S. 32ff. insb. Rz. 175f. und Rz. 187).

Entgegen der Beklagten ist die Analogie zu einem obersten Parkdeck eines Parkhauses unter freiem Himmel durchaus einleuchtend. Die Rampe ist kaum weniger der Witterung ausgesetzt als so ein Parkdeck. Das Stadiondach, das auf Stützen steht und nicht an Seitenwände anschliesst, ist zu weit oben, um alles Regen-

wasser abzuhalten. Den Aussentemperaturen ist die Rampe genau so ausgesetzt, wie wenn es dieses Dach nicht gäbe. Vielleicht gerät dank dem Dach weniger Regenwasser auf die Rampe. Trocken hält das Dach die Rampe nicht, regnet es doch nicht immer genau senkrecht. Vor allem aber hat die Klägerin in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Anforderung formuliert, die Beschichtung der Rampe müsse rissüberbrückend sein und in der Nutzungsvereinbarung ausdrücklich darauf hingewiesen, der Verzicht auf Dilatationsfugen mache die Konstruktion rissanfällig, sie dulde deshalb Risse bis 0,4 mm. Nur für eine Schicht war ein bestimmtes Produkt vorgegeben. Die Beklagte oder ihre Subunternehmer mussten sich also ohnehin Gedanken über die für die weiteren Schichten zu verwendenden Produkte machen. Wie gut eine Beschichtung Risse überbrückt, hängt nicht nur vom Produkt einer Schicht ab. Die Rissüberbrückungsfähigkeit ist eine Eigenschaft der Produktkombination für alle Schichten einer Beschichtung. Da hätte es nahe gelegen, zu überprüfen, wie breite Risse die gewählte Produktkombination überbrücken kann und ob dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit erforderlich ist. Die Frage ist nicht weit hergeholt. In der vom Gutachter beigelegten Werbebroschüre bringt der Hersteller AD._____ bei bestimmten Kombinationen seiner Produkte ein Piktogramm für Rissüberbrückungsfähigkeit an, bei anderen nicht (act. 5/7 Anhang K S. 5 und S. 7ff.). Die Instandsetzungsrichtlinie 2001 schafft verschiedene Kategorien, die sich gerade bezüglich der dynamischen Rissüberbrückungsfähigkeit unterscheiden. Das zeigt, dass sich diese Frage den Anwendern solcher Böden regelmässig stellt. Der Gutachter brauchte so viele Begehungen, weil nach Abschluss des Bauwerks zahlreiche Ursachen des Problems in Betracht zu ziehen waren, nicht weil die Beklagte und ihre Subunternehmer ein exotisches Problem übersehen hätten.

5.4.5 Verantwortung für Planung und Ausführung

In tatsächlicher Hinsicht macht die Beklagte geltend, entgegen der im TU-Vertrag vom 31. Oktober 2005 vorgesehenen Arbeitsteilung habe die Klägerin auch nach Abschluss des TU-Vertrags selbst mit den ihr genehmen Büros geplant.

Festzuhalten ist vorab, dass die Frage der Planungsverantwortung bereits im Prozess Nr. CG100095-L, Urteil vom 25. September 2015, E. 5.2.3.1, ausführlich

erörtert und entschieden wurde. Das hiesige Gericht kam zum Schluss, dass die heutige Beklagte "das Planungs- bzw. Vergütungsrisiko für fehlende oder fehlerhafte Ausschreibungs- und Ausführungspläne vor und nach Abschluss des TU-Vertrags trägt." Ergänzend ist festzuhalten, was folgt:

An der Sachverhaltsdarstellung der Beklagten irritiert, dass die Beklagte der Klägerin ein höchst unwirtschaftliches Verhalten vorwirft. Wenn die Beklagte nie einen Vertrag mit dem Ingenieurbüro AB. _____ AG oder der AA. _____ AG abgeschlossen hat, bedeutet das auch, dass die Beklagte diese Planungsleistungen nicht bezahlt hat. Die Planung eines Stadions kostet Millionen. Kein Architektur- oder Ingenieurbüro plant das gratis. Die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten läuft darauf hinaus, dass die Klägerin die Planungsleistungen direkt bezahlt hat, obwohl sie bereits im Werklohn des TU-Vertrags inbegriffen sind. Die Klägerin hätte diese Leistungen also doppelt bezahlt. Ein derart sorgloser und unvernünftiger Umgang mit dem Geld der Steuerzahler ist nicht leichthin anzunehmen. Journalisten und Politiker verfolgten den Neubau des Stadions Letzigrund aufmerksam und die Kosten waren Gegenstand öffentlicher Debatten. Vor diesem Hintergrund ist auszuschliessen, dass eine Doppelzahlung in Millionenhöhe nie öffentlich bekannt geworden wäre, wenn es sie gegeben hätte. Selbst wenn man aber von der Sachdarstellung der Beklagten ausgeht, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Zunächst einmal behauptet die Beklagte nicht, das Problem sei in Plänen angelegt, welche Beauftragte der Klägerin nach Vertragsabschluss erstellt hätten. Sie sieht das Problem in den Ausschreibungsunterlagen angelegt. Diese lagen beim Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 bereits vor. Insoweit kann es keine Rolle spielen, mit wem das planende Architektur- oder Ingenieurbüro später, nach Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005, einen Vertrag abgeschlossen hatte oder eben nicht.

Ohne Vertrag hatte die Beklagte zudem zwar kein Weisungsrecht gegenüber Architekt und Ingenieur. Probleme ansprechen konnte sie aber. Die Beklagte behauptet nicht, sie hätte das Problem der nicht rissüberbrückenden Beschichtung angesprochen, um andere Pläne gebeten und Architekt oder Ingenieur hätten sich

geweigert, anders zu planen. Die Beklagte behauptet auch nicht, Architekt oder Ingenieur hätten direkt mit ihren Subunternehmern kommuniziert. Die Beklagte selbst schreibt, sie habe die Pläne über einen Server der Druckerei AE. _____ erhalten und ihren Subunternehmern weiter verteilt (act. 20 Rz. 375 S. 59). Damit hatte die Beklagte sehr wohl die Möglichkeit, die Pläne zu überprüfen, die sie ihren Subunternehmern zur Verfügung stellte. Fehlende Zeit ist kein Argument, denn die Beklagte selbst organisierte sich und ihre Subunternehmer und akzeptierte die vertraglichen Zeitvorgaben. Die Beklagte hätte sich auch jederzeit direkt an die Klägerin wenden können, wenn sie in den Plänen untaugliche Anweisungen erblickt hätte. Sie behauptet nicht, solches getan zu haben.

Wenn die Darstellung der Beklagten zutrifft, bedeutet das zudem auch, dass sie vom gesamten Planungsaufwand befreit war, obwohl die Klägerin sie dafür bezahlen musste. Umso mehr hätte die Klägerin da erwarten können, dass die Beklagte die Unterlagen prüft, die sie entgegen dem TU-Vertrag nicht selbst erstellen musste, weil die Klägerin auch noch jemand anderen dafür bezahlte.

5.5 Kunststoffbeschichtung als Gewährleistungsfall

Mit der umstrittenen Kunststoffbeschichtung wies das Stadion Letzigrund einen Mangel auf, für den die Beklagte grundsätzlich Gewähr zu leisten hat. Sie kann Gewährleistungsansprüchen der Klägerin nicht entgegenhalten, die Klägerin treffe ein Selbstverschulden bzw. der Mangel gehe auf ihre Vorgaben zurück. Soweit dem so war, hätte die Beklagte abmahnen müssen.

6 Mängelrüge

6.1 Kommunikation und Ausbesserungsversuche

Die Klägerin schildert auf den Seiten 12-26 ihrer Klageschrift (act. 2 Rz. 23-62), was die Parteien im Zeitraum zwischen dem Ablauf der zweijährigen Garantiefrist und dem Verfahren betreffend vorsorgliche Beweissicherung an Korrespondenz ausgetauscht haben und was sie zur Behebung des Problems unternommen haben. Die Beklagte setzt sich damit auf den Seiten 14-29 ihrer Klageantwort auseinander (act. 20 Rz. 60-149). Die Beklagte bestreitet die Darstellung der Klägerin

zunächst pauschal und bezeichnet sie als falsch (act. 20 S. 14 Rz. 60). Aus der Klageantwort geht allerdings hervor, dass die Klägerin den Austausch der E-Mails und Schreiben, welche die Klägerin erwähnt, nicht bestreitet. Sie zieht daraus jedoch andere Schlüsse. Trotz der pauschalen Bestreitung ist somit Folgendes als unbestritten vorauszusetzen:

Schon während der Garantiefrist hatte die Klägerin verschiedentlich Risse bzw. tropfende Decken festgestellt, welche die Beklagte lokal ausgebessert hatte (vgl. act. 5/10 S. 2). Mit Schreiben vom 20. Oktober 2010 rügte die Klägerin erstmals nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist (act. 5/9). Sie teilte der Beklagten mit, über Risse in der Rampe sei Wasser in einen Lagerraum eingedrungen. Die Risse würden sich in Block 30 der Rampe befinden. Weiter verlangte die Klägerin eine Behebung des Mangels bis zum 15. Dezember 2010. Am 11. November 2010 fand offenbar eine Begehung statt (act. 5/10).

Am 15. November 2010 stellte AF. _____ von der Klägerin neue Risse und neue Wasserdurchtritte (tropfende Decken) fest (act. 2 Rz. 26). Mit Schreiben vom 18. November 2010 rügte die Klägerin, die Decken der Verpflegungsstationen unter der Rampe würden tropfen. Die Klägerin erwähnt in diesem Schreiben ausdrücklich, die Decken hätten auch schon während der zweijährigen Garantiefrist getropft (act. 5/10 S. 2). Da dies immer wieder vorkomme, genüge eine lokale Ausbesserung nicht. Die Klägerin vermutete einen konstruktiven Mangel oder einen grundlegenden Mangel bei der Ausführung. Sie verlangte Nachbesserung "soweit technisch möglich" bis zum 15. Januar 2011 (act. 5/10 S. 3).

Die Beklagte nahm mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 Stellung. Sie kündigte an, sie werde die Risse beseitigen. Sie werde die Beschichtung aufschneiden, die Risse im Beton mit Kunststoff verschliessen und dann neu beschichten. Das dauere zwei Tage, setze aber Temperaturen von mindestens 15 Grad voraus (act. 5/11 S. 3). Die Beklagte werde die Klägerin informieren, sobald es genug warm sei für diese Arbeit.

Am 22. Februar 2011 fand eine Besprechung mit AG. _____ (Beklagte) sowie AH. _____ und AI. _____ (beide von der Klägerin) statt. Die Teilnehmer kamen

überein, einstweilen Bänder über die Risse zu kleben, weil es für das Aufschneiden und Risse mit Kunststoff ausbessern noch immer nicht warm genug war (act. 2 Rz. 32).

Am 2. März 2011 mailte AJ._____ (Beklagte) an AI._____ (Klägerin), die Risse würden am 3. und 4. März 2011 geklebt (act. 5/12). AH._____ antwortete, dabei handle es sich wie an der Besprechung vom 22. Februar 2011 besprochen nur um eine Notmassnahme, er erwarte einen Vorschlag für das weitere Vorgehen bis zum 11. März 2011 (act. 5/13).

Am 4. März 2011 schrieben die Rechtsvertreter der Klägerin, die Beklagte sei mit keinem Wort darauf eingegangen, dass die wiederholte Rissbildung eine tiefere Ursache haben müsse und das Ausbessern der jeweils auftretenden Risse nicht genüge (act. 5/14 S. 6ff.). Sie forderten die Beklagte zu einer Stellungnahme bis zum 31. März 2011 auf. Am 31. März 2011 schrieb Rechtsanwalt Y2._____ für die Beklagte lediglich, das Problem werde an der Sitzung vom 1. April 2011 besprochen (act. 5/16). Am 4. Mai 2011 (act. 5/18), 8. Juni 2011 (act. 5/19), 11. Juli 2011 (act. 5/20), 22. Juli 2011 (act. 5/21) und am 24. August 2011 (act. 5/22) hielten die Parteien Sitzungen ab. Sie verständigten sich zwar über die Sanierung einzelner Risse, liessen aber offen, was zu tun ist, damit es nicht immer wieder zu neuen Rissen kommt. In den letzten beiden Sitzungen stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Konstruktion müsse über den Winter beobachtet werden, bevor die Beklagte zur Frage eines grundlegenden Konstruktionsmangels Stellung nehmen könne. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2011 (act. 5/25 S. 5f.) hielt die Klägerin fest, ein Konzept zur Behebung des Grundproblems (immer wieder Risse) stehe noch immer aus und setzte der Beklagten Frist bis zum 31. März 2012, um die zwischenzeitlich aufgetretenen Risse auszubessern. In diesem Schreiben wiederholte die Klägerin auch den Standpunkt der Beklagten, die Konstruktion müsse über den Winter beobachtet werden. Die Parteien bzw. deren Anwälte korrespondierten weiter über einzelne Risse und deren Sanierung. Mit Schreiben vom 2. März 2012 hielt die Klägerin nochmals fest, sie erwarte bis zum 31. März 2012 nicht nur die Sanierung bestehender Risse, sondern auch ein Konzept zur Behebung des Grundmangels (act. 5/31). Mit Schreiben vom 20. März 2012 stell-

te sich die Beklagte auf den Standpunkt, sie könne die Abklärung erst im April 2012 fortsetzen (act. 5/32 S. 2). Mit Schreiben vom 24. April 2012 stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, das Nachbesserungsrecht sei verwirkt (act. 5/34). Im Frühling und Sommer 2012 kam es aber zu weiteren Verhandlungen über eine Sanierung durch die Beklagte. Mit Schreiben vom 14. September 2012 wies die Klägerin das Angebot der Beklagten zurück (act. 5/39). Sie verwies auf ein Schreiben der N._____ AG (act. 5/38), das die Beklagte ihrem Vorschlag beigelegt hatte. Die Beklagte hatte vorgeschlagen, den Belag über den Rissen abzufräsen und dort eine neue Beschichtung anzubringen. Die N._____ sprach von einer "Teilinstandsetzung" und davon, dass neue Risse nicht ausgeschlossen werden können.

6.2 Streit um Einhalten der Rügeobliegenheit

Die Klägerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, mit ihren Schreiben vom 20. Oktober 2010 und vom 18. November 2010 habe sie rechtzeitig gerügt. Sie habe das Problem so umschrieben, wie es beim damaligen Kenntnisstand möglich gewesen sei und die Beklagte habe gewusst, worum es gehe. Die Beklagte hält dem entgegen, längst nicht alles, wofür die Klägerin nun Aufwendungsersatz beanspruche, sei von den fraglichen Mängelrügen abgedeckt, insbesondere habe die Klägerin immer nur Mängel an der Oberseite der Rampe gerügt, nie an der Unterseite (act. 20 S. 17f. Rz. 75). Die Klägerin sei auch den Beweis schuldig geblieben, dass sie rechtzeitig gerügt habe (act. 20 S. 18 Rz. 78). Zudem hätte sie nach Vorliegen des Gutachtens von W._____ vom 31. März 2014 die nun im Detail bekannten Mängel rügen müssen, was sie nicht getan habe (act. 20 S. 29 Rz. 149).

6.3 Anforderungen an die Mängelrüge

Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entdeckt, heissen verdeckte Mängel (Art. 179 Abs. 1 SIA 118). Sie muss der Bauherr sofort nach der Entdeckung rügen (Art. 179 Abs. 2 SIA 118), sonst verliert er seine Mängelrechte. Die Rechtslage nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist im Anwendungsbereich der SIA Norm 118 entspricht der Rechtslage nach der Abnahme in

der gesetzlichen Regelung (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Rechtsprechung hat Regeln darüber herausgearbeitet, wann ein Mangel als entdeckt gilt, wie viel Zeit dann bis zur Mängelrüge verstreichen darf und wie detailliert die Mängelrüge zu sein hat:

6.3.1 Wann ist ein Mangel entdeckt?

Der Mangel ist entdeckt, wenn er zweifelsfrei festgestellt ist. Erst wenn der Bauherr eine solche Kenntnis vom Mangel hat, dass er eine substantiierte Rüge erheben kann, trifft ihn die Rügeobliegenheit. Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, greift die Rügeobliegenheit nicht schon bei den ersten Anzeichen. Der Bauherr soll nicht jede Bagatelle, die vielleicht doch noch zum Schadenfall werden könnte, vorsichtshalber rügen müssen. Die Rügeobliegenheit greift aber, sobald der ernsthafte Charakter des fraglichen Zustands deutlich wird (BGE 118 II 142, E. 3b, S. 148f.). Die Rüge muss unverzüglich erfolgen, das Bundesgericht billigt der Bauherrschaft jedoch eine kurze Erklärungsfrist zu. Im Sinne einer Faustregel ist von einer Woche auszugehen. Dem Bauherrn ist es aber unbenommen, zu rügen, noch bevor der Mangel zweifelsfrei feststeht und die kurze Erklärungsfrist zu laufen beginnt. Er wahrt seine Mängelrechte auch, wenn er auf blosser Vermutung hin Mängel rügt, noch bevor sie zweifelsfrei feststehen und ihm die kurze Erklärungsfrist von ungefähr einer Woche zu laufen beginnt (Urteil 4A_293/2017 des Bundesgerichts vom 13. Februar 2018, E. 2.2.3.; Urteil 4C.379/2001 des Bundesgerichts vom 3. April 2002, Erw. 3c).

6.3.2 Inhalt der Mängelrüge

Die Mängelrüge muss die Mängel genau bezeichnen und erklären, dass der Besteller das Werk als vertragswidrig erachtet und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172, E. 1a, S. 175). Zwar genügen Unmutsäusserungen oder pauschale Bemerkungen zur angeblich schlechten Qualität nicht, es reicht aber aus, das Problem nachvollziehbar zu umschreiben. Betreffend Baumstämme liess das Bundesgericht etwa die Rüge "Ware ist so schlecht, dass sie nicht weiter verarbeitet werden kann." genügen. Der Besteller muss die Ursache des Mangels nicht benennen können. Das Bundesgericht verwendet in diesem Zusammenhang das Wort substantiieren. Das ist missverständlich, weil es an die Anforderungen

an eine Rechtschrift in einem Zivilprozess denken lässt. So hoch sind die Anforderungen bei Weitem nicht. Stichworte, wenige Sätze oder eine Liste können durchaus genügen (zum Ganzen: Urteil 4A_82/2008 des Bundesgerichts vom 29. April 2009, Erw. 6.1. mit weiteren Hinweisen).

Ausschlaggebend muss letztlich immer der Zweck der Mängelrüge sein. Die Rügeobliegenheit soll klare Verhältnisse schaffen. Der Unternehmer, der in Anspruch genommen wird, hat ein schutzwürdiges Interesse daran, rasch zu erfahren, ob er mit Gewährleistungsansprüchen rechnen muss oder nicht. Erstens muss er entscheiden, ob er seinerseits Lieferanten oder Subunternehmer rügen will. Zweitens muss er sich entscheiden, wie er sich im Hinblick auf die Gewährleistungsansprüche verhalten will, ob er etwa eigene Abklärungen treffen, dem Besteller Vorschläge unterbreiten oder die Haftung ablehnen will. Die Mängelrüge muss den Unternehmer so informieren, dass er weiss, worum es geht und er diese Entscheide fällen kann. Der Unternehmer muss ihr entnehmen können, welcher Art der Mangel ist und wo am Werk er sich befindet. Die Mängelrüge ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und der gesamte Kontext ist zu berücksichtigen. (zum Ganzen: Urteil 4C.395/2001 des Bundesgerichts vom 29. April 2009, Erw. 2.1.1; Urteil 4A_251/2018 des Bundesgerichts vom 11. September 2018, Erw. 3.2). Eine Obliegenheit, der Mängelrüge Beweismittel beizulegen, gibt es nicht. Dass die Bauherrschaft die Beweislast trägt, spielt erst eine Rolle, wenn es zum Prozess kommt.

6.3.3 Beweislast

Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist eine der Voraussetzungen für Ansprüche aus Sachgewährleistung. Dem entsprechend trägt der Besteller die Beweislast dafür, dass er rechtzeitig gerügt hat. Behauptet der Unternehmer jedoch, der Besteller habe den Mangel schon früher gekannt, als er behauptete, so ist der Unternehmer dafür beweisbelastet (BGE 118 II 142, E. 3a, S. 147).

6.3.4 Verzicht auf den Einwand der Verwirkung

Steht der Mangel zweifelsfrei fest, läuft dem Besteller eine kurze Erklärungsfrist. Wenn der Besteller innert dieser Frist nicht reagiert, verwirkt er seine Mängelrechte. Der Unternehmer kann ausdrücklich darauf verzichten, den Einwand der Verwirkung zu erheben. Das dürfte selten sein. Er kann aber auch stillschweigend durch entsprechendes Verhalten darauf verzichten, sich auf die Verwirkung zu berufen. Ein Unternehmer, der auf die Mängelrüge eintritt, etwa die Existenz eines Mangels anerkennt, Nachbesserung in Aussicht stellt oder sonst wie durch seine Äusserungen oder sein Verhalten zu erkennen gibt, dass er die Gewährleistungspflicht grundsätzlich anerkennt, kann sich im Nachhinein nicht doch noch auf den Standpunkt stellen, die ursprüngliche Rüge sei verspätet (Urteile 4A/256 des Bundesgerichts vom 10. September 2018, E. 3.2.2. und 4A_275/2009 vom 12. August 2009, E. 3).

6.4 Die einzelnen Rügen und Ausbesserungsversuche

6.4.1 Rüge vom 20. Oktober 2010 (act. 5/9)

In ihrer ersten Mängelrüge nach Ablauf der Garantiefrist beschrieb die Klägerin das Problem so: *"In einem Lagerraum des AK. _____ [Betreiber der Imbissstände im Stadion] wurde nach den letzten grösseren Regenfällen vom vergangenen Wochenende eingedrungenes Wasser aufgefunden. Bei einer genauen Inspektion des Raumes wurde entdeckt, dass das Regenwasser über Risse im Umgang (Block 30) in den darunter liegenden Lagerraum einzudringen vermag. Im hinteren Bereich des Umgangs (Block 30) sind weitere Risse erkennbar, durch welche aber - derzeit noch - kein Wasser dringt."* Dann verweist die Klägerin auf zwei beigelegte Fotografien, erklärt, der beschriebene Zustand werde als von der Beklagten zu vertretender Mangel gerügt und setzt Frist an, um einen Sanierungsvorschlag zu unterbreiten.

Die Beklagte stellt keine substantiierten Behauptungen über einen früheren Zeitpunkt auf, an welchem die Klägerin den Mangel bereits entdeckt haben soll, und sie offeriert dafür keine Beweise. Sie stellt auch nicht in Abrede, dieses Schreiben

erhalten zu haben. Somit ist davon auszugehen, dass die Klägerin rechtzeitig, am Mittwoch nach der Entdeckung am Wochenende, gerügt hat.

Das Schreiben genügt auch inhaltlich den Anforderungen an eine Mängelrüge. Die Klägerin beschreibt, was sich mit blossem Auge wahrnehmen lässt, nämlich Risse in der Rampe und Wasser in einem Lagerraum. Sie vermutet, das Wasser fliesse über die Risse in den Lagerraum und befürchtet, weitere Risse könnten in der Zukunft auch noch Wasser führen. Damit beschreibt sie das Problem nachvollziehbar. Dass sie die Beklagte dafür haftbar machen will, sagt sie unmissverständlich. Mehr verlangt die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht. Die Klägerin brauchte in ihrer Mängelrüge weder die Ursache der Risse zu benennen, noch war es ihre Sache, zu erklären, wie das Problem zu beheben sei. Dass sie sich dazu nicht äussert, schadet ihr nicht.

6.4.2 Rüge vom 18. November 2010 (act. 5/10)

Die Klägerin behauptet, ihr Mitarbeiter AF._____ habe am 15. November 2010 erneut tropfende Decken im Stadion festgestellt (act. 2 S. 13 Rz. 26). Sie rügte mit Schreiben vom 18. November 2010. In diesem Schreiben vermutet die Klägerin erstmals, dass entweder ein Konstruktionsmangel oder ein grundlegender Mangel bei der baulichen Umsetzung der Rampe vorliege (act. 5/10 S. 2). In diesem Schreiben stellt die Klägerin klar, dass sie eine weitere lokale Ausbesserung nicht als genügend erachtet und setzt eine Frist für die "technisch einwandfreie Nachbesserung".

Zu diesem Zeitpunkt wusste die Klägerin kaum mehr als einen Monat zuvor. Dass ein Konstruktionsmangel vorlag, wurde erst Jahre später klar, als der Gutachter W._____ feststellte, die angebrachte Beschichtung sei unzweckmässig. Ein Konstruktionsmangel wurde immer wahrscheinlicher, weil nach dem Ausbessern eines Risses immer wieder neue Risse auftraten. Weder am 20. Oktober, noch am 18. November 2018 stand dies jedoch zweifelsfrei fest. Die Klägerin hat mit diesem Schreiben von ihrem Recht Gebrauch gemacht, vermutete Mängel zu rügen, noch bevor sie zweifelsfrei feststehen. Selbst wenn man im Konstruktionsmangel, der sich in Rissen und tropfenden Decken äusserte, ein Problem erblickt, das ne-

ben den Rissen und den tropfenden Decken als solchen separat zu rügen wäre, hätte die Klägerin das getan, noch bevor ihr die kurze Erklärungsfrist überhaupt zu laufen begann.

6.4.3 Keine neuerliche Rüge nach Zustellung des Gutachtens

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe ihre Gewährleistungsrechte verwirkt, weil sie nach Vorliegen des Gutachtens nicht noch einmal gerügt habe. Im April 2014 hätte sie die Mängel in der Tat genauer umschreiben können, als sie es dreieinhalb Jahre zuvor in Unkenntnis des Gutachtens konnte und getan hat.

Diese Rechtsauffassung ist mit dem Zweck der Mängelrüge nicht zu vereinbaren. Schon mit einer Mängelrüge hat der Unternehmer die notwendigen Informationen, um zu entscheiden, ob er seinerseits Subunternehmer rügen, ein Gutachten in Auftrag geben, die Haftung ablehnen oder sofort nachbessern will. Das Gesetz sieht zur Rechtswahrung *eine* Mängelrüge vor. Es gibt keine Obliegenheit, jedes mal präzisierende Nachrügen zu erheben, wenn neue Erkenntnisse über den gerügten Mangel vorliegen. Als die Beklagte das Gutachten vom Gericht zugestellt erhalten hatte, bestanden für sie keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Klägerin sie haftbar machen will, und die Beklagte wusste auch, was die Klägerin beanstandet. Die Klägerin hatte das Gutachten ja veranlasst, um auf Gewährleistung zu bestehen. Hier von einer nochmaligen Rügeobliegenheit auszugehen, käme überspitztem Formalismus gleich.

6.4.4 Verzicht auf den Einwand der Verwirkung

Mit ihrem Verhalten hat die Beklagte stillschweigend auf den Einwand verzichtet, die Klägerin habe zu spät gerügt. Bereits in ihrer ersten schriftlichen Stellungnahme auf die Rüge vom 18. November 2010 kündigte die Beklagte ohne jeden Vorbehalt an, sie werde die Risse der Rampe beseitigen lassen. Sie werde die Beschichtung aufschneiden und mit Polyurethan verschliessen, doch müsse es dafür mindestens 15 Grad warm sein (act. 5/11 S. 3). Damit anerkennt die Klägerin ihre Gewährleistungspflicht. Dass sie dabei davon ausging, die Lösung des

Problems sei bei Weitem nicht so teuer, wie die Klägerin nun geltend macht, ändert nichts daran, dass sie signalisiert hat, sie wolle Gewähr leisten. Der Streit drehte sich in der Folge vor allem darum, wie zu sanieren sei. Dazu machte die Beklagte zuletzt mit Schreiben vom 4. September 2012 einen Vorschlag (act. 5/38). Die Parteien stritten also während fast zwei Jahren darüber, wie das Problem der tropfenden Decken und der Risse in der Rampe zu sanieren sei bzw. wie aufwändige und teure Massnahmen geboten sind. Die Beklagte behauptet nicht, in jener Zeit jemals geltend gemacht zu haben, die Klägerin habe das grundsätzliche Problem immer neuer Wasserdurchbrüche zu spät gerügt oder erklärt zu haben, sie unterbreite ihre Vorschläge aus Kulanz (vgl. act. 5/30 S. 6). Sie behauptet einzig, dass sie sich geweigert habe, einen neu aufgetretenen, im Februar 2012 gerügten Riss auf eigene Kosten zu sanieren, weil die Klägerin diesen früher entdeckt haben müsse. Indem sie fast zwei Jahre lang mit der Klägerin über die Art und Weise der Sanierung korrespondierte und stritt und dabei ihre Gewährleistungspflicht von jenem im Februar 2012 gerügten Riss abgesehen implizit anerkannte, hat die Beklagte auf den Einwand verzichtet, die Klägerin habe zu spät gerügt.

6.5 Verwirkung höchstens in Teilbereichen

Die Mängelrechte der Klägerin sind nicht verwirkt. Sie hat mit den Rügen vom 20. Oktober 2010 und vom 18. November 2010 rechtzeitig und inhaltlich genügend gerügt. Möglicherweise hätten bereits die nicht aktenkundigen Rügen während der Garantiefrist ausgereicht. Selbst wenn die Klägerin verspätet gerügt hätte, könnte die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie hat stillschweigend darauf verzichtet, das geltend zu machen. Allerdings wird bei den einzelnen Teilforderungen zu prüfen sein, ob das, wofür die Klägerin Aufwendungs- oder Schadenersatz begehrt, von ihren Mängelrügen abgedeckt ist.

7 Nachbesserungsfrist und Ersatzvornahme

7.1 Fristansetzungen, Reaktion der Beklagten, Abrufen der Garantie

Auf den Seiten 12-26 ihrer Klageschrift schildert die Klägerin auch, wann sie der Beklagten welche Fristen angesetzt hat (act. 2 Rz. 23-62). Die Beklagte setzt sich auf den Seiten 14-29 (act. 20 Rz. 60-149) damit auseinander. Sie bezeichnet die Darstellung der Klägerin pauschal als falsch (act. 20 Rz. 60 S. 14). Sie stellt jedoch nicht in Abrede, dass die Parteien die eingereichten Schreiben und E-Mails ausgetauscht haben. Sie würdigt diese jedoch anders. Deshalb ist folgender Sachverhalt als unbestritten voranzusetzen:

- Mit Schreiben vom 8. September 2010 hat die Klägerin bei der AC._____ eine von der Beklagten gestellte Gewährleistungsgarantie über zwölf Millionen Franken abgerufen. Die AC._____ überwies die zwölf Millionen Franken der Klägerin am 14. September 2010 (act. 22/10; act. 22/11). Die Beklagte musste diesen Betrag der AC._____ zurückerstatten.
- Im Schreiben betreffend Mängelrüge vom 20. Oktober 2010 setzte die Klägerin der Beklagten Frist bis zum 15. November 2010 an, um einen Vorschlag für die Nachbesserung zu unterbreiten. Die Nachbesserung selbst verlangte sie bis zum 15. Dezember 2010 (act. 5/9 S. 2).
- Im Schreiben vom 18. November 2010 verlangte die Klägerin einen Sanierungsvorschlag bis zum 15. Dezember 2010 und die Nachbesserung "soweit technisch möglich" bis zum 15. Januar 2010 (act. 5/10 S. 3). Gemeint ist der 15. Januar 2011.
- Im Schreiben vom 4. März 2011 erwähnte die Klägerin, die Beklagte sei offenbar daran, die tropfenden Stellen einstweilen von Innen abzudichten. Einen Vorschlag zur Behebung des grundsätzlichen Problems habe sie jedoch nicht unterbreitet. Dafür setzte die Klägerin erneut Frist bis zum 31. März 2011 (act. 5/14 S. 6ff.). Die Beklagte schrieb dazu am 31. März 2011, die Parteien hätten eine Besichtigung am 1. April 2011 vereinbart, die Beklagte wolle ihre Anwälte erst nachher Stellung nehmen lassen (act. 5/16).

- Mit E-Mail vom 6. April 2011 rügte die Klägerin einen weiteren Wassereintritt und verlangte ohne ein exaktes Datum zu nennen, die Reparaturarbeiten möglichst rasch in die Wege zu leiten (act. 5/17).
- Im Sommer 2011 war die Sanierung einzelner Risse wie auch des grundsätzlichen Problems an mehreren Besprechungen ein Thema (act. 5/21 S. 2; act. 5/22 S. 4).
- Mit Schreiben vom 18. November 2011 rügte die Klägerin einen weiteren Riss und verlangte bis zum 2. Dezember 2011 Nachbesserung. Das beinhaltete nicht nur Symptombekämpfung, sondern Ursachenbekämpfung (act. 5/23 S. 1f.).
- Mit Schreiben vom 6. Dezember 2011 stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Parteien seien übereingekommen, die Rampe im Frühjahr 2012 neu zu prüfen (act. 5/24 S. 2). Die Klägerin antwortete am 23. Dezember 2011, neu entdeckte Risse seien dennoch umgehend auszubessern, im Übrigen stehe ein Konzept zur grundsätzlichen Lösung des Problems noch immer aus. Sie verlangte die Ausbesserung des neuen Risses, sobald es die Temperaturen zulassen, spätestens bis zum 31. März 2012 (act. 5/25 S. 5f.). Die Beklagte antwortete am 20. Januar 2012, sie habe im Spätsommer 2011 Risse versiegelt und eine neue Begehung im Frühjahr 2012 vereinbart. Daran halte sich die Beklagte (act. 5/26 S. 5f.). Die Klägerin insistierte mit Schreiben vom 10. Februar 2012 erneut, einzelne neue Risse müssten rasch ausgebessert werden, selbst wenn über die Lösung des Grundproblems erst im Frühjahr 2012 gesprochen werden könnte, und hielt an der Nachbesserungsfrist bis zum 31. März 2012 fest (act. 5/27 S. 6).
- Mit E-Mail vom 14. Februar 2012 rügte die Klägerin einen weiteren Riss (act. 5/28). Das bekräftigte die Klägerin mit Schreiben ihrer Anwälte vom 17. Februar 2012. Sie verlangte erneut ein Konzept für die Sanierung des Grundmangels bis zum 31. März 2012 (act. 5/29 S. 2f.). Die Beklagte antwortete am 24. Februar 2012, die zuletzt gerügten Risse seien zu spät gerügt. Die bisher erkannten Risse habe die Beklagte saniert (act. 5/30 S. 6).

Mit Schreiben vom 24. April 2012 stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Klägerin habe weder den neuen Riss ausgebessert, noch ein Konzept für die Behebung des grundsätzlichen Problems innert der am 31. März 2012 ausgelaufenen Frist vorgelegt. Die Beklagte habe damit das Nachbesserungsrecht verwirkt (act. 5/34 S. 7f.).

Beide Parteien führen aus, sie hätten Vergleichsgespräche geführt, nachdem sich die Klägerin auf den Standpunkt gestellt habe, die Beklagte habe ihr Nachbesserungsrecht verwirkt (act. 2 S. 20 Rz. 47; act. 20 S. 23 Rz. 121ff.). Am 14. September 2012 wies die Klägerin einen Sanierungsvorschlag, den die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2012 und vom 4. September 2012 unterbreitet hatte, als ungenügend zurück (act. 5/36-39). Im Sommer 2013, also während des Beweissicherungsverfahrens, korrespondierten die Parteien erneut über eine Vergleichslösung. Mit Schreiben vom 9. Juli 2013 erklärte die Beklagte, sie sei bereit und interessiert, ausserhalb der laufenden formellen Verfahren eine technische Lösung zu erarbeiten. Ziel sei eine Nachbesserung des Belags spätestens im Frühjahr 2014 (act. 5/43). Im August 2014 fanden die Leichtathletik-Europameisterschaften im Stadion Letzigrund statt. Die Beklagte erwähnt ausdrücklich, sich für diesen Anlass zu engagieren.

Zu einer umfassenden Einigung kam es nicht. Offenbar unterbreitete die AL.____ AG der Beklagten eine Offerte für die Sanierung der Rampe. In einem Schreiben der Beklagten an die AL.____ AG und an das von der Klägerin beauftragte Ingenieurbüro C.____ vom 12. März 2014 wies die Beklagte diese Offerte zurück und stellte klar, sie werde keine Sanierungsarbeiten an der fraglichen Rampe ausführen und keine Kosten für solche Sanierungsarbeiten durch Dritte übernehmen (act. 5/48).

7.2 Gelegenheit und Pflicht zur Nachbesserung als Streitpunkte

Die Klägerin hält dafür, die Beklagte habe Gelegenheit zur Nachbesserung erhalten, aber nicht genutzt. Überdies habe die Beklagte im Brief vom 12. März 2014 in aller Deutlichkeit geschrieben, sie werde nicht nachbessern. Selbst wenn irgendetwas an den Fristansetzungen für die Nachbesserung unkorrekt sein sollte, sei die Klägerin nach diesem Schreiben zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen.

Die Beklagte hält dem entgegen, als die Klägerin zur Ersatzvornahme geschritten sei, sei keineswegs klar gewesen, dass die Beklagte nicht nachbessern werde. Die Parteien hätten Vergleichsgespräche geführt. A._____ sei überdies noch gar nicht zur Ersatzvornahme verpflichtet gewesen. Mit dem unberechtigten Abrufen der Garantie habe die Klägerin wirtschaftlich dieselbe Situation herbeigeführt, wie wenn sie der Beklagten fällige Akontozahlungen von zwölf Millionen Franken schuldig geblieben wäre. Das sei auch rechtlich gleich zu behandeln, nämlich als Zahlungsverzug, welcher der Klägerin die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) ermöglicht habe und bis heute ermögliche. Die Klägerin habe zudem mehr und anderes nachgebessert, als sie gerügt habe. Insbesondere habe die Klägerin stets nur Probleme an der Oberseite der Rampe beanstandet, nie an der Unterseite. Zudem habe sie der Beklagten nie nachgewiesen, dass die gerügten Mängel wirklich existierten. Weiter hätte die Klägerin nach Vorliegen des Gutachtens noch einmal die nun genauer bekannten Mängel rügen und noch einmal eine Frist zur Nachbesserung ansetzen müssen.

7.3 Nachbesserungsrecht, Leistungsverweigerungsrecht und Ersatzvornahme

7.3.1 Sicherung werkvertraglicher Pflichten durch Garantieversprechen

Wenn nichts anderes vereinbart ist, sieht die SIA Norm 118 zur Absicherung der Bauherrschaft während der Garantiefrist eine Solidarbürgschaft vor. Der Betrag richtet sich nach dem Werkpreis, ist aber auf zwei Millionen Franken begrenzt (Art. 181 Abs. 1 und Abs. 2 SIA 118). Davon zu unterscheiden ist die abstrakte Garantie als nicht gesetzlich geregeltes, aber zulässiges Sicherungsgeschäft. Sie

schafft ein Dreiecksverhältnis. Der Unternehmer lässt eine Bank oder Versicherung gegenüber der Bauherrschaft das Versprechen abgeben, die Garantin werde der Bauherrschaft unter bestimmten Bedingungen einen bestimmten Betrag bezahlen. Das Verhältnis zwischen dem Bauunternehmen und der Versicherung richtet sich nach dem Auftragsrecht. Das bedeutet insbesondere, dass das Bauunternehmen Verwendungsersatz schuldet, also der Versicherung die ausbezahlte Garantiesumme zurück erstatten muss (Art. 402 Abs. 1 OR). Anders als bei der Solidarbürgschaft (dazu Art. 502 OR) schuldet die Garantin der Bauherrschaft nicht einfach das, was auch das Bauunternehmen schuldet. Was die Garantin der Bauherrschaft schuldet, richtet sich nach dem Vertrag, der zwischen der Garantin und der Bauherrschaft durch Entgegennahme des Garantieversprechens zustande kommt. Die Verpflichtungen der Garantin decken sich also nicht unbedingt mit jenen des Bauunternehmens.

Die Unabhängigkeit des Garantieversprechens vom Vertrag, der damit gesichert werden soll, ist nicht absolut. In Extremfällen verstösst das Abrufen der Garantie gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Garant muss nicht zahlen. Über das Verbot des Rechtsmissbrauchs erlangt das besicherte Vertragsverhältnis doch eine gewisse Bedeutung. Das darf aber nicht soweit gehen, dass die Garantie praktisch der akzessorischen Bürgschaft gleichgestellt wird. Der Garant darf die Zahlung nur bei schwerwiegenden, offenkundigen Mängeln verweigern (zum Ganzen: BGE 138 III 341, E. 3.2ff., S. 244f.; BGE 122 III 321, E. 4a, S. 322f.; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, Bankgarantie, 5. Auflage, Zürich 2016, § 22 N 46ff., S. 178ff.). Im älteren der zitierten Bundesgerichtsentscheide war es zum Beispiel so, dass der Begünstigte die Garantie abgerufen hatte, obwohl sein Vertragspartner den besicherten Vertrag korrekt erfüllt hatte. Das war unstrittig. Der Vertragspartner benutzte die Garantie als Druckmittel in einem Streit um einen anderen Vertrag, der mit der Garantie nichts zu tun hatte. Das Bundesgericht betont aber, dass ein Streit, auch ein Rechtsstreit um den Grundvertrag das Abrufen nicht missbräuchlich macht (BGE 122 III 321, E. 4a, S. 322; BGE 122 III 273, E. 3a/aa, S. 275). Der Begünstigte missbraucht sein Recht nicht, wenn er die Garantie abrufft, obwohl sein Vertragspartner der Meinung ist, den Grundvertrag korrekt erfüllt zu haben.

Die Beziehungen zwischen dem Bauunternehmen und der Bauherrschaft richten sich nach dem Werkvertrag, der das Sicherungsgeschäft vorsieht. Das Abrufen der Garantie kann den Grundvertrag verletzen (so GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Auflage, Bern 2014, N 1282, S. 417). In diesem Fall sind Schadenersatzansprüche denkbar, neben der Rückerstattung der Garantiesumme, die der Auftraggeber dem Garanten hat ersetzen müssen, kommen auch Bankgebühren in Frage, die als Schadensposition angefallen sind. Auch ein korrektes Abrufen der Garantie kann zu Ansprüchen des Garantie-Auftraggebers gegen den Begünstigten führen. Denkbar ist etwa, dass der Begünstigte die Garantie korrekterweise abrufen, um Drittunternehmer für Ersatzvornahmen zu bezahlen, aber nicht die gesamte Garantiesumme benötigt. Ein allfälliger Überschuss ist dem Vertragspartner aus dem Grundverhältnis zurückzuerstatten. Der Zweck der Garantie ist, die Erfüllung von Forderungen aus Sachgewährleistung sicherzustellen. Daraus folgt, wie bei anderen Sicherungsgeschäften auch, eine Rückerstattungs- und Abrechnungspflicht.

7.3.2 Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen habe (Art. 82 OR). Art. 37 Abs. 1 SIA Norm 118 schneidet den Parteien die Einrede des nicht erfüllten Vertrages keineswegs ab. Die Bestimmung hält nur fest, dass Bauherr und Unternehmer ihren Verpflichtungen auch dann gewissenhaft nachzukommen haben, wenn Meinungsverschiedenheiten auftreten. Deswegen dürfe weder die Arbeit *vertragswidrig* unterbrochen, noch fällige Zahlungen *vertragswidrig* verweigert werden. Das Wort *vertragswidrig* deutet an, dass es vertragskonforme Leistungsverweigerung im Anwendungsbereich der SIA Norm 118 durchaus gibt. Das Zug-um-Zug-Prinzip des Art. 82 OR gilt (HÜRLIMANN in: GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Auflage, N 4.2ff. zu Art. 37).

Allerdings besteht das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR grundsätzlich nur, wenn die Gegenpartei mit einer Leistung in Verzug ist, die mit der verweigerten Leistung in einem Austauschverhältnis steht. Das ist dem Text von

Art. 82 OR zwar nicht zu entnehmen, ist jedoch anerkannt (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 63f.). Art. 82 OR ist in der Regel nur auf die Hauptleistung einer Partei und die entsprechende Gegenleistung ihres Vertragspartners anzuwenden. Ausnahmsweise ist die Anwendung von Art. 82 OR auf Nebenleistungspflichten denkbar. Das Bundesgericht stellt dabei auf den Parteiwillen ab und untersucht, ob die Nebenleistungspflicht einen solchen Stellenwert hat, dass sie in einem Austauschverhältnis zur Hauptleistungspflicht steht (so Urteil 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 3.1 mit Hinweisen und Urteil 4A_308/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 2.5).

7.4 War die Stadt Zürich zur Ersatzvornahme berechtigt?

7.4.1 Gelegenheit zur Nachbesserung

Steht fest, dass der Unternehmer nicht nachbessern kann oder nicht nachbessern will, so muss der Besteller das Ende der Nachbesserungsfrist nicht abwarten, er braucht nicht einmal eine Nachbesserungsfrist anzusetzen. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118 (Abschnitt 3.1 oben).

Das Schreiben der Beklagten vom 12. März 2014 (act. 5/48) lässt keinen Raum für Zweifel. AM._____, der ...-Jurist der Beklagten, richtete dieses Schreiben auch an C'_____, der als Bauherrenberater der Klägerin in die Gespräche vor diesem Schreiben involviert war (vgl. act. 20 S. 24 Rz. 127). Die Beklagte stellt damit auch der Klägerin gegenüber unmissverständlich klar, sie werde die Rampe weder selbst sanieren, noch Dritte dafür bezahlen. Aufgrund der knappen Darstellung der Klägerin ist nicht nachvollziehbar, wie es zu diesem Schreiben kam. Gerade die ausführlichere Darstellung der Beklagten in der Klageantwort (insb. act. 20 S. 24ff. Rz. 127ff.) und das von der Beklagten eingereichte Protokoll einer Besprechung vom 22. November 2013 (act. 22/13) bestätigen aber, dass die Beklagte nicht gewillt war, nachzubessern:

Das Protokoll skizziert, zu welcher Lösung die Beklagte hätte Hand bieten wollen: Die Klägerin hätte ein Unternehmen mit der Sanierung beauftragen und mit dem

Geld der abgerufenen Garantie bezahlen sollen. Die Beklagte hätte in diesem Umfang von der Rückforderung des Garantiegeldes abgesehen, hätte sich die Kosten also anrechnen lassen (act. 22/13 Rückseite). Das von der Klägerin eingereichte Schreiben des General Counsel der Beklagten vom 12. März 2014 (act. 5/48) ist folgerichtig. Die Beklagte erklärt darin, sie werde die Rampe nicht selbst sanieren und werde keinen entsprechenden Vertrag mit der dafür vorgesehenen Firma AL._____ eingehen. AL._____ sei einem Missverständnis erlegen, indem sie der Beklagten eine entsprechende Offerte unterbreitet habe. Es sei der Klägerin unbenommen, einen Vertrag mit AL._____ abzuschliessen.

Die Nachbesserung im Sinne der SIA Norm 118 besteht darin, dass der Unternehmer den Mangel mit eigenen Mitarbeitern behebt, ohne vom Besteller dafür Geld zu verlangen, oder selbst ein Drittunternehmen damit beauftragt und bezahlt (vgl. Art. 170 Abs. 1 SIA 118). Das Schreiben vom 12. März 2014 zeigt, dass die Beklagte dazu in der Tat nicht bereit war. Die Darstellung des Hintergrunds in der Klageantwort macht dieses Verhalten verständlicher. Die Parteien waren offenbar nahe daran, sich auf den skizzierten Vergleich mit der Anrechnung an die Garantie zu einigen. Es zeigt aber noch immer, dass A._____ nicht bereit war, die Rampe mit eigenen Mitarbeitern zu sanieren oder ein Drittunternehmen damit zu beauftragen und es zu bezahlen. Sie vertritt auch in der Duplik die Ansicht, dass es ausgereicht habe, der Klägerin die Möglichkeit aufzuzeigen, die Offerte der AL._____ AG anzunehmen (act. 68 S. 49 zu Rz. 145 der Replik). Damit hat sich die Beklagte geweigert, nachzubessern, so dass die Klägerin zur Ersatzvornahme schreiten durfte (Art. 169 Abs. 2 SIA 118). Die Ersatzvornahme - allerdings unter Anrechnung an das Garantiegeld - ist letztlich das, was die Beklagte von der Klägerin erwartete. Es trifft nicht zu, wenn die Beklagte heute geltend macht, sie hätte nachgebessert, wenn die Stadt Zürich sie dazu aufgefordert hätte. Das Schreiben unterscheidet auch nicht zwischen Ober- und Unterseite der Rampe. Die Klägerin durfte und musste es so verstehen, dass die Beklagte nichts unternehmen und niemanden bezahlen werde. Damit rückt die Frage in den Vordergrund, ob die Beklagte berechtigt war, die Nachbesserung auf eigene Kosten zu verweigern, weil die Klägerin die Garantie abgerufen hatte.

7.4.2 Leistungsverweigerungsrecht

Ziffer 9.3 des TU-Vertrages vom 31. Oktober 2005 sieht vor, dass die Beklagte als Sicherheit für die Mängelbehebung eine abstrakt ausgestaltete Garantieerklärung einer Bank oder Versicherung beizubringen habe (act. 5/2 S. 15). Das läuft darauf hinaus, dass die Klägerin die Garantie durch die blosser Behauptung einer Vertragsverletzung abrufen kann. Die AC._____ hätte nur dann gegenüber der Klägerin das Recht und gegenüber der Beklagten die Pflicht gehabt, die Zahlung zu verweigern, wenn das Abrufen der Garantie für sie erkennbar offensichtlich missbräuchlich gewesen wäre (BGE 122 III 321, E. 4a, S. 323). Davon geht letztlich auch die Beklagte nicht aus. Sie hat der Garantin die Garantiesumme ersetzt. Das hätte sie nicht tun müssen, wenn die AC._____ trotz für sie manifestem Rechtsmissbrauch bezahlt hätte. Wie es sich damit verhält, ist jedoch nicht entscheidend.

Das Abrufen der Garantie kann den Werkvertrag vom 31. Oktober 2005 verletzen. Wenn dem so ist, hat die Beklagte eine Schadenersatzforderung über die abgerufenen zwölf Millionen Franken. Auch wenn das Abrufen der Garantie den Werkvertrag vom 31. Oktober 2005 nicht verletzt hat, kann eine Forderung der Beklagten bestehen. Denkbar ist etwa, dass die Klägerin nur einen Teil des abgerufenen Geldes für Ersatzvornahmen benötigt hat oder die Voraussetzungen dafür nicht überall gegeben waren. So oder anders verschaffte ihr das kein Recht, die Nachbesserung gerügter Mängel zu verweigern.

Art. 82 OR greift in der Regel nur für die Hauptleistungspflichten, also die Zahlung des Werkpreises einerseits und die Ablieferung eines mängelfreien Werks andererseits. Weder eine Schadenersatz-, noch eine Rückforderung sind also erfasst. Sie stehen nicht im Austauschverhältnis zur Nachbesserung. Eine Rückforderung könnte zudem ihrer Natur nach erst fällig werden, wenn die Ersatzvornahme abgeschlossen ist und eine Abrechnung möglich ist. Das war nicht der Fall, als die Klägerin zur Ersatzvornahme schritt.

Fragen kann man sich einzig, ob eine Schadenersatz- oder Rückerstattungsforderung nach dem Willen der Parteien einen solchen Stellenwert hatte, dass aus-

nahmsweise doch von einem Austauschverhältnis auszugehen ist. Dafür gibt es keinerlei Hinweise. Die Parteien haben dieser Frage offenbar keine grosse Beachtung geschenkt, sonst hätte sich das im Vertragstext niedergeschlagen. Sinn und Zweck der vereinbarten Garantie sprechen dagegen:

Gerade bei grossen, komplexen Bauprojekten ist es gut denkbar, dass strittig wird, ob ein Mangel vorliegt, ob die Bauherrschaft zur Ersatzvornahme schreiten darf oder ob der Unternehmer entsprechende Kosten zurückzuerstatten hat. Die Pflicht des Unternehmers, eine solche Garantie zu stellen, soll die Position des Bestellers in diesen Situationen verbessern. Dank der Garantie kann er eine Ersatzvornahme in Auftrag geben, ohne eigene Mittel vorschliessen zu müssen, oder er kann bereits vorgenommene Ersatzvornahmen bezahlen, wenn der Unternehmer deren Rechtmässigkeit bestreitet. Die Garantieerklärung muss so ausgestaltet sein, dass es gerade nicht darauf ankommt, welchen Standpunkt der Unternehmer einnimmt. Das zeigt, dass die Garantie gerade bei einem Disput zum Tragen kommen soll. Sinn und Zweck einer Abrede, wie sie die Parteien in Ziffer 9.3 des Vertrags vom 31. Oktober 2005 getroffen haben, liefe ein Leistungsverweigerungsrecht zuwider. Es hätte zur Folge, dass sich der Besteller und der Unternehmer zuerst über alle strittigen Punkte einigen müssten, bevor der Besteller Nachbesserung verlangen kann, oder dass der Unternehmer das Geld aus der Garantie mangels Einigung dem Unternehmer überweist, jedenfalls in dem Betrag, in dem es nicht mit absoluter Sicherheit benötigt wird. Die von den Parteien mit der Garantieabrede gewollte Besserstellung des Bestellers würde illusorisch, wenn Art. 82 OR auf einen allfälligen Schadenersatz- oder Rückforderungsanspruch anwendbar wäre.

Es trifft zwar zu, dass das Abrufen der Garantie zum selben Resultat führt wie das Verweigern einer fälligen Teilzahlung des Werkpreises. Letzteres hätte der Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ermöglicht. Rechtlich gleich zu behandeln ist das dennoch nicht. Die Besserstellung der Bauherrschaft ist von beiden Vertragsparteien gewollt. Der Schutz der Beklagten muss sich deshalb darauf beschränken, dass sie offenkundig rechtsmissbräuchlich erwirkte Auszahlungen nicht zu ersetzen braucht.

7.5 Berechtigung der Klägerin zur Ersatzvornahme

Nachdem sich die Beklagte ausdrücklich geweigert hatte, nachzubessern, war die Klägerin zur Ersatzvornahme berechtigt. Das Abrufen der Garantie ändert daran nichts.

8 Tatsächliche und angemessene Kosten der Ersatzvornahme

8.1 Streit um tatsächliche und angemessene Kosten

Die Klägerin schildert auf den Seiten 84-209 (Rz. 203-339) ihrer Klageschrift (act. 2), welche Arbeiten sie hat ausführen lassen und wie sich die Kosten der Ersatzvornahme zusammensetzen. Die Klägerin will für die Ersatzvornahme CHF 2'134'573.95 ausgegeben haben (act. 2 S. 208 Rz. 339). Diesen Betrag fordert sie zurück. Sie hat Rechnungen eingereicht, aus denen ersichtlich ist, dass Drittunternehmen ihr insgesamt die zurückgeforderten CHF 2'134'573.95 in Rechnung gestellt haben (act. 5/72-74; act. 5/78-79; act. 5/85-110; act. 5/112-116; act. 5/173-184; act. 5/186; act. 5/188-189; act. 5/191-194; act. 5/198-200).

Die Beklagte hat in der Klageantwort verschiedentlich bestritten, dass die jeweiligen Unternehmen die fakturierten Leistungen überhaupt erbracht hätten oder dass die Klägerin die Rechnung bezahlt habe (z.B. act. 20 S. 68 Rz. 445; act. 20 S. 71 Rz. 458; act. 20 S. 74 Rz. 476; act. 20 S. 111 Rz. 751, Rz. 753 und Rz. 758).

Die Klägerin hat in der Replik Zahlungsbelege der V. _____ eingereicht (act. 65/9-11; act. 65/21-27; act. 65/78; act. 65/135; act. 65/138; act. 65/144-146; act. 65/151-156; act. 65/159; act. 65/185-211; act. 65/236-240; act. 65/243-245). Auch in der Duplik bestreitet die Beklagte verschiedentlich, dass die jeweiligen Unternehmen die fakturierten Leistungen wirklich erbracht haben und dass die Klägerin diese bezahlt hat (z.B. act. 68 S. 102 zu Rz. 366 der Replik; act. 68 S. 108 zu Rz. 392 der Replik; act. 68 S. 132 zu Rz. 478 der Replik).

8.2 Umfang der Rückerstattungspflicht bei Ersatzvornahme

Grundsätzlich schuldet der Unternehmer die tatsächlichen Kosten einer zu Recht vorgenommenen Ersatzvornahme. Der Besteller braucht sich nicht mit Behelfslösungen abzufinden. Er darf jene Arbeiten in Auftrag geben, die notwendig sind, um ein mängelfreies Werk zu erhalten (vgl. Urteil 4A_692/2015 des Bundesgerichts vom 1. März 2017, E. 4.4). Wie bereits erwähnt (Abschnitt 3.1 oben) gelten auch hier die Schranken von Treu und Glauben. In den Worten von GAUCH ist "Kleinlichkeit nicht angesagt, wo doch der Unternehmer die Ersatzvornahme seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten zuzuschreiben hat" (Werkvertrag, N 871). KOLLER und GAUCH betonen unter Hinweis auf deutsche Kommentatoren, der Besteller brauche nicht das billigste Angebot zu wählen, dürfe aber auch keinen Luxus auf Kosten des Schuldners treiben (GAUCH, Werkvertrag, N 1813; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1995, N 496). In einem Urteil vom 3. Mai 1993 sprach das Kantonsgericht des Kantons Jura den Durchschnittswert aus drei eingeholten Offerten zu (BR/DC 1994 S. 52 mit Urteilsanmerkung). PIERRE TERCIER kritisiert in der Urteilsanmerkung, das Gericht hätte auf die Offerte mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis abstellen sollen, anstatt den Durchschnitt zu berechnen. Auch das Abstellen auf das beste Preis-/Leistungsverhältnis läuft darauf hinaus, dem Besteller einen gewissen Ermessensspielraum zuzugestehen. Es bleibt dabei, dass die Bauherrschaft ein angemessenes, aber nicht unbedingt das Angebot mit dem niedrigsten Preis wählen muss.

8.3 Angemessene und tatsächliche Kosten

Die Klägerin hat die eingeklagte Summe ausgegeben. Ein Zahlungsbeleg fehlt einzig für eine Rechnung des Ingenieurbüros C._____ vom 20. Dezember 2013 über Fr. 470.45 (act. 5/79). Es handelt sich um eine Rechnung für eine Nebenkostenpauschale von 6% der Honorarsumme der gleichentags gestellten Rechnung über Fr. 7'840.80 (act. 5/78). Bei allen anderen Rechnungen ist die Zahlung belegt (Abschnitt 8.1 oben). Die Klägerin hat alle übrigen, gleich aufgebauten Nebenkostenrechnungen des Ingenieurbüros C._____ beglichen und auch die Hauptrechnung, aus der sich die Fr. 470.45 ableiten, bezahlt. Vor diesem Hinter-

grund ist davon auszugehen, dass die Klägerin aus Versehen diese Zahlung nicht belegt, wohl aber bezahlt hat.

Dass die Klägerin Rechnungen bezahlt hat, obwohl gar keine Arbeiten ausgeführt wurden, ist nicht anzunehmen. Rechnung und Zahlungsbeleg beweisen, dass die Unternehmen die fakturierten Arbeiten ausgeführt haben. Ob die verrechneten Beträge angemessen sind, ist für jede Teilforderung einzeln zu prüfen, soweit die Beklagte das substantiiert bestritten hat.

9 Verjährung

9.1 Die einschlägigen Vertrags- und Gesetzesnormen

Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes (Art. 371 Abs. 2 OR). Auch die SIA-Norm 118 sieht in ihrem Art. 180 Abs. 2 eine fünfjährige Verjährungsfrist seit Abnahme des Werks oder Werkteils vor.

Der Vertrag vom 31. Oktober 2005 sieht nun aber drei verschiedene Abnahmetermine vor: Die Abnahme 1 am 24. August 2007 (Freigabe für das Leichtathletik-Meeting 2007), die Abnahme 2 am 15. Januar 2008 (Freigabe für die Euro 2008) und die Abnahme 3 am 31. Juli 2008 (Schlüsselfertige Übergabe und Freigabe für das Leichtathletik-Meeting 2008 (act. 5/2 S. 18 Ziff. 10.2). Ziffer 10.3 des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 hält fest, die Verjährungsfristen betreffend Mängelrechte würden mit der Abnahme 1 zu laufen beginnen (a.a.O.).

Weder die Vertragsurkunde, noch die SIA-Norm 118 verändern die gesetzlichen Regeln zur Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährung wird demnach dadurch unterbrochen, dass der Schuldner die Forderung anerkennt oder dadurch, dass der Gläubiger die Forderung durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch oder Klage geltend macht (Art. 135 OR). Wird die Verjährung unterbrochen, so läuft sie von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR).

Wie bereits erwähnt, bestreiten die Parteien nicht, dass sie die eingereichte Korrespondenz mit der Post oder per E-Mail ausgetauscht haben. Sie würdigen diese jedoch unterschiedlich. Die Beklagte bestreitet auch nicht, dass die Klägerin das Schlichtungsbegehren vom 7. August 2012 eingereicht hat (zum Ganzen: act. 2 S. 65ff. Rz. 135-142; act. 5/56; act. 20 S. 50 Rz. 310). In diesem 47 Seiten umfassenden Schlichtungsgesuch verlangt die Klägerin eine Million Franken als Kosten der Ersatzvornahme für den "Mangel 2.35" (Risse im Epoxy-Belag des Umgangs bzw. der Rampe); act. 5/56 S. 5). Weitere CHF 75'000 verlangt sie für Mangelfolgeschäden betreffend diesen Mangel, den sie mit der identischen Formulierung umschreibt (a.a.O.). Unter der zweitletzten, 241. Ziffer ihres Rechtsbegehrens verlangt die Klägerin im Schlichtungsgesuch fünfzig Millionen Franken "aus irgendwelchen Rechtstiteln oder Rechtsgründen, insbesondere (...) aus Mängeln" (act. 5/56 S. 34).

9.2 Streit um Unterbrechung der Verjährung

Die Klägerin hält dafür, die Verjährungsfrist habe durch Nachbesserungsarbeiten, Schreiben und Besprechungen, in denen die Beklagte den Willen bekunde, Gewähr zu leisten und schliesslich durch das Schlichtungsgesuch vom 7. August 2012 mehrmals neu zu laufen begonnen. Dementsprechend sei die Verjährung am 3. Juni 2015, als die Klägerin diese Klage durch Postaufgabe des Schlichtungsgesuch einleitete, noch nicht eingetreten gewesen (act. 2 S. 65ff. Rz. 135-142; act. 1 S. 5).

Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin widerspreche sich selbst. Die Klägerin mache geltend, die Beklagte habe sich geweigert, irgendetwas nachzubessern. Anerkennungshandlungen könne es deshalb gerade nicht gegeben haben. Das Schlichtungsgesuch könne die Verjährung höchstens im geltend gemachten Betrag unterbrochen haben (act. 68 S. 80f. zu Rz. 265-272 der Replik).

9.3 Rechtsprechung zur Verjährungsunterbrechung

Die Anerkennung einer Schuldpflicht dem Grundsatz nach reicht aus, um die Verjährung zu unterbrechen. Ist etwa bei einer Geldschuld der Betrag ungewiss oder

strittig, so unterbricht ein Verhalten, aus dem auf die Anerkennung einer Pflicht dem Grundsatz nach zu schliessen ist, die Verjährung (BGE 134 III 591, E. 5.2.1 und E. 5.2.2, S. 594). Wenn sich der Schuldner damit einverstanden erklärt, Nachbesserungsarbeiten auszuführen, dann unterbricht das die Verjährung (BGE 121 III 270 E. 2c, S. 272). Dasselbe gilt, wenn er Nachbesserungsarbeiten ausführt. Die Verjährung wird nur dann nicht unterbrochen, wenn der Unternehmer seine Schuldpflicht ausdrücklich bestreitet und erklärt, aus Kulanz dennoch nachzubessern (Urteil 4A_111/2018 des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2018, E. 5.2).

Ein beziffertes Schlichtungsgesuch unterbricht die Verjährung nur bis zum eingeklagten Betrag (BGE 122 III 195, E. 9c, S. 203; BGE 60 II 199, E. 4, S. 203).

9.4 Die Bedeutung von Schreiben, Arbeiten und Schlichtungsbegehren

Die Klägerin beruft sich zunächst auf das Schreiben der Beklagten vom 15. Dezember 2010 (act. 5/11 S. 2f.). In diesem Schreiben kündigt die Beklagte an, sie werde die Risse in der Rampe beseitigen lassen. Dann schildert sie, welches technische Verfahren sie anwenden werde und dass sie das tun werde, sobald es die Temperaturen zulassen. Die Beklagte macht nicht geltend, aus Kulanz zu handeln, einen unpräjudiziellen Vorschlag zu unterbreiten oder dergleichen. Mit diesem Schreiben hat die Beklagte ihre Gewährleistungspflicht dem Grundsatz nach anerkannt, und zwar nachdem die Klägerin am 18. November 2010 moniert hatte, es bestehe ein grundlegendes Problem, das immer wieder zu neuen Rissen führe. Dieses Schreiben hat die Verjährung unterbrochen. Dass die Klägerin mit den angekündigten Arbeiten letztlich nur Symptombekämpfung, nicht aber Ursachenbekämpfung ankündigte, ändert daran nichts. Dass die Beklagte davon ausging, das Problem lasse sich mit einigermaßen günstigen Massnahmen lösen, und solche ankündigte, zeigt noch immer ihren Willen, Gewähr zu leisten.

Am 2. März 2011 kündigte ein Bauleiter der Beklagten an, am 3. und 4. März 2011 bestimmte Stellen von innen abzudichten (act. 5/12). Auch das unterbricht die Verjährung.

Auch in den drei eingereichten Besprechungsprotokollen vom 10. März 2011, 4. Mai 2011 und vom 8. Juni 2011 zeigt sich dasselbe Bild: Die Parteien besprachen das wann und wie einer Nachbesserung, sie stritten nicht darüber, ob die Beklagte überhaupt zur Nachbesserung verpflichtet sei. Die Protokolle beweisen, dass die Parteien unausgesprochen davon ausgingen, die Beklagte anerkenne grundsätzlich ihre Gewährleistungspflicht (act. 5/15 S. 2; act. 5/18 S. 2; act. 5/19 S. 2).

Unterbrechend wirkt schliesslich auch das Schreiben vom 24. Februar 2012 (act. 5/30 S. 6). Die Beklagte erklärt darin zwar, für einen konkreten Riss nicht haften zu wollen, weil er aufgrund der Fotos schon zu lange vor der Mängelrüge sichtbar gewesen sein müsse. Zugleich erklärt die Beklagte aber auch, sie werde weiterhin rechtzeitig gerügte Risse reparieren. Auch das lässt sich nur als Anerkennung der Gewährleistungspflicht dem Grundsatz nach verstehen.

Der von der Beklagten beanstandete Widerspruch besteht nicht. Auf den ersten Blick irritiert, dass die Klägerin der Beklagten Passivität vorwirft, dann aber doch ein Verhalten geltend macht, das die Verjährung unterbreche. Aus der Korrespondenz ergibt sich Folgendes Bild: Die Beklagte hat immer wieder kostengünstige Massnahmen zur Reparatur einzelner Risse angekündigt und durchgeführt. Passivität wirft die Klägerin der Beklagten insoweit vor, als dass sie nicht bereit war, so aufwändige Sanierungsmassnahmen durchzuführen, wie es die Klägerin für richtig hielt. Die Meinungsverschiedenheit darüber, welche Sanierungsmassnahmen geboten sind, ändern aber nichts daran, dass die Beklagte dem Grundsatz nach signalisiert hat, sie wolle Gewähr leisten.

Einzig das Schreiben vom 9. Juli 2013 (act. 5/43) hat die Verjährung nicht unterbrochen. Darin erklärt sich die Beklagte "bereit und interessiert, ausserhalb der laufenden formellen Verfahren eine technische Lösung (...) zu erarbeiten. Ziel sei, die Nachbesserung spätestens im Frühjahr 2013 auszuführen. Mit diesem Schreiben hat die Beklagte nichts anerkannt. Sie hat einzig die Bereitschaft signalisiert, sich auf Vergleichsgespräche einzulassen und skizziert, wie die Lösung aussehen könnte. Der Hinweis auf die "laufenden formellen Verfahren" zeigt, dass es der Beklagten darum ging, Interesse an einer aussergerichtlichen Einigung zu signalisieren. In Vergleichsgesprächen sprechen die Parteien naturgemäss dar-

über, was sie leisten könnten, um einen Rechtsstreit beizulegen, ohne dass dies die Anerkennung einer Pflicht impliziert. Sie entsteht erst mit dem Abschluss eines Vergleichs.

Schliesslich ist festzuhalten, dass auch das Sühnbegehren vom 7. August 2012 die Verjährung unterbrochen hat. Der konkret auf die mangelhafte Beschichtung bezogene Betrag von insgesamt CHF 1'075'000 ist deutlich tiefer als der nun eingeklagte Betrag. Die Klägerin hat daneben aber auch noch fünfzig Millionen Franken aus irgendwelchen Rechtsgründen, insbesondere auch aus Mängeln gefordert. Im Zeitpunkt des Sühnbegehrens waren die Ersatzvornahmekosten noch gar nicht alle entstanden. Der Zeitpunkt des Schlichtungsbegehrens zeigt, dass es um die Unterbrechung der Verjährung ging, wo immer diese drohte. Die geforderten fünfzig Millionen können durchaus auch dazu dienen, für bereits und möglicherweise zu tief bezifferte Forderungen die Verjährung vollumfänglich zu unterbrechen. Das musste der anwaltlich vertretenen Beklagten klar sein.

9.5 Keine Verjährung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verjährung nicht eingetreten war, als die Klägerin diese Klage einleitete, indem sie am 3. Juni 2015 das Schlichtungsgesuch zur Post brachte (act. 1 S. 5). Sowohl Anerkennungshandlungen ausserhalb staatlicher Verfahren, als auch das frühere Schlichtungsgesuch vom 7. August 2012 (act. 5/56) haben die Verjährung für den gesamten eingeklagten Betrag unterbrochen.

10 Verwirkung wegen unterlassener Schlussabrechnung

Gemäss Art. 154 Abs. 1 SIA 118 hat der Unternehmer die Schlussabrechnung spätestens zwei Monate nach der Abnahme einzureichen. Die Beklagte argumentiert, das gelte analog auch für die Abrechnung über eine Ersatzvornahme. Weil die Stadt Zürich diese Frist nicht eingehalten habe, sei ihre Forderung auf Erstattung der Ersatzvornahme verwirkt.

Ob die Bestimmung auch auf eine Abrechnung des Bauherrn über eine Ersatzvornahme anzuwenden ist, kann offen bleiben. Selbst wenn dem so wäre, folgte

aus der Säumnis keine Verwirkung. Der zweite Satz von Art. 154 Abs. 1 SIA 118 hält fest, welche Folgen die Säumnis hat. Sie sind weit weniger drastisch: Die Bauherrschaft muss den Unternehmer mahnen. Wenn er dann noch immer nicht abrechnet, kann die Bauherrschaft eine Schlussabrechnung auf Kosten des Unternehmers durch Dritte erstellen lassen. Die Beklagte kann also nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten, dass die Klägerin erst mit der Klageschrift in diesem Prozess über die Ersatzvornahme abrechnet.

11 Die Forderungen im Einzelnen

11.1 Fehlende Mängelrüge und Unangemessenheit als Einwendungen

Wie bereits dargelegt, hat die Klägerin grundsätzlich rechtzeitig gerügt und war grundsätzlich zur Ersatzvornahme berechtigt. Bei jeder einzelnen Teilforderung bleibt allerdings zu prüfen, ob die Arbeiten wirklich der Beseitigung des gerügten Mangels dienen. Weiter steht der Beklagten die Einwendung offen, die Klägerin habe die Ersatzvornahme zu unangemessenen Kosten vorgenommen.

11.2 Anforderungen an Behauptungen und Bestreitungen

Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Wie detailliert die Klägerin ihre Behauptungen aufstellen muss, hängt einerseits von den Anspruchsvoraussetzungen der Rechtsnormen ab, aus denen sie ihre Ansprüche ableitet. Andererseits hängt das davon ab, wie die Beklagte Stellung nimmt. Zunächst kann die Klägerin sich darauf beschränken, die Tatsachen so darzulegen, dass die Beklagte angeben kann, was sie bestreitet und was sie einräumt. Wenn die Gegenpartei einzelne Tatsachen bestreitet, muss die Klägerin die bestrittenen Tatsachen so detailliert darlegen, dass das Gericht Beweise abnehmen und die einschlägigen Rechtsnormen auf den Sachverhalt anwenden kann (BGE 144 III 519, E. 5.2.1.1, S. 523).

Grundsätzlich kann sich die Gegenpartei darauf beschränken, eine Behauptung zu bestreiten. Sie muss aber genau angeben, was sie bestreitet. Pauschale Bestreitungen reichen nicht aus. Ausnahmsweise darf das Gericht von der Gegen-

partei substantiierte Bestreitungen verlangen. Je detaillierter eine Partei die Streitsache darlegt, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitung der Gegenpartei. Wenn ein Kläger eine detaillierte Rechnung oder ein detailliertes Konto aufführt, muss der Beklagte im Einzelnen angeben, welche Positionen er bestreitet. Tut er das nicht, gilt die Rechnung als unbestritten (BGE 144 III 519, E. 5.2.2.2 und E. 5.2.2.3, S. 524f.). Das Gericht hat beide Parteien mit Verfügung vom 10. Mai 2017 auf diese Grundsätze aufmerksam gemacht.

12 B._____

12.1 Überblick

Die Klägerin liess im Sommer 2012 zur Probe eine Musterfläche durch die B._____ AG sanieren und bezahlte dafür CHF 23'760.00. Im April 2014 liess sie eine weitere, kleinere Fläche zur Probe sanieren und bezahlte der B._____ AG dafür CHF 7'617.40. Ferner hat die B._____ AG für CHF 606.80 Löcher verschlossen, welche die Q._____ AG bei der Entnahme von Proben gebohrt hatte. Die Q._____ AG erstellte für die Klägerin ein Privatgutachten (zum Ganzen act. 2 Rz. 203ff. S. 84ff.).

12.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin setzt sich mit dieser Teilforderung auf den Seiten 84ff. ihrer Klageschrift (act. 2 Rz. 203-207) und auf den Seiten 78-93 ihrer Replik auseinander (act. 64 Rz. 360-389). Die Beklagte legt ihren Standpunkt auf den Seiten 66ff. der Klageantwort (act. 20 Rz. 428-442) und auf den Seiten 101-107 der Duplik (act. 68) dar. Zusammengefasst machen die Parteien Folgendes geltend:

Die Klägerin macht geltend, eine solche Probesanierung sei üblich und notwendig gewesen, um eine mängelfreie Rampe zu erhalten. Sie habe für die ganze Rampe nicht die auf die Probeflächen aufgetragenen Beschichtungen gewählt (Replik Rz. 364f. S. 80ff.). Gerade das zeige die Notwendigkeit solcher Versuche. Dank den beiden Probesanierungen habe die Klägerin verhindern können, dass erneut eine untaugliche Beschichtung angebracht werde (Replik Rz. 386 S. 92).

Die Beklagte hält die zwei Probesanierungen für unnötig. Die Klägerin hätte das Gerichtsgutachten abwarten sollen (Duplik S. 101 zu Rz. 360-363 der Replik). Die Klägerin lege denn auch mit keinem Wort dar, inwiefern Erkenntnisse aus den beiden Probesanierungen in das weitere Vorgehen eingeflossen seien (Duplik S. 105 zu Rz. 381 der Replik).

12.3 Würdigung

Die Rechnung vom 11. Oktober 2012 (act. 5/73) über CHF 606.80 (act. 5/73) hängt so eng mit dem Privatgutachten der Q._____ zusammen, dass sie dort zu behandeln ist (Abschnitt 28 unten).

Die erste Probesanierung liess die Klägerin Monate vor dem Beweissicherungsverfahren durchführen. Die zweite Probesanierung basiert auf einer Offerte vom 1. April 2014, die Arbeiten fanden am 3. April 2014 statt (act. 5/74 S. 1 und S. 2). Das am 31. März 2014 fertiggestellte Gutachten kann die offerierende B._____ AG am 1. April 2014 noch nicht gekannt und berücksichtigt haben. In tatsächlicher Hinsicht ist es somit richtig, dass die Klägerin beide Probesanierungen in Unkenntnis des Gerichtsgutachtens in Auftrag gegeben hat.

Der Gerichtsgutachter W._____ hat für Teilaspekte seines Gutachtens die beiden Baustatiker AN._____ und AO._____ von der AP._____ AG in AQ._____ beigezogen. Deren Stellungnahme ist dem Gutachten (act. 5/7) als Anhang N beigelegt. AN._____ und AO._____ halten dafür, nur ein Oberflächenschutzsystem der Kategorie OS 11 erfülle die Anforderungen, die an die Beschichtung der Rampe zu stellen seien (act. 5/7 Anhang N S. 5). Das ist, was die Klägerin letztlich hat anbringen lassen. Die Klägerin behauptet nicht, sie habe die flächendeckend angebrachte Beschichtung ebenfalls probeweise auf einer Musterfläche angebracht. Die Klägerin hat durch ihr eigenes Verhalten die Notwendigkeit solcher Probesanierungen widerlegt. Sie verzichtete auf eine Probesanierung mit der Beschichtung, die sie flächendeckend hat anbringen lassen, ohne darzulegen, dass dies nur dank Erkenntnissen aus den zwei Probesanierungen mit ungeeigneten Beschichtungen möglich gewesen wäre. In diesem entscheidenden Punkt fehlt es an der Substantiierung. Vielleicht könnten die angerufenen Zeugen dazu etwas sa-

gen. Ein Zeugnis darf aber nur dazu dienen, bereits aufgestellte Behauptungen zu beweisen. Wo die aufgestellten Behauptungen, auch wenn man sie als wahr unterstellt, keine Beurteilung zulassen, müssen beantragte Zeugeneinvernahmen unterbleiben. So verhält es sich hier. Gleich verhält es sich bei allen folgenden Positionen, wo die Klägerin Zeugen offeriert, die aufgestellten Behauptungen aber keine Beurteilung zulassen.

Ob Probebeschichtungen üblich sind, kann somit offen bleiben. Eher dagegen spricht Folgendes: Auch die Statiker AN._____ und AO._____ vergleichen die Rampe mit einem Parkdeck unter freiem Himmel (a.a.O.). Solche Parkdecks gibt es seit Jahrzehnten in grosser Zahl. In Fachkreisen müsste deshalb bekannt sein, welche Produkte dafür in Frage kommen. Auch das vom Gutachter beigelegte Werbematerial der Firma AD._____ gibt an, welche Kombination ihrer Produkte dynamisch rissüberbrückend ist und sich für Parkdecks eignet und welche Kombination nur statisch Risse überbrückt (act. 5/7 Anhang K S. 23f.). Die Wahl des richtigen Beschichtungssystems für eine der Witterung ausgesetzte, befahrbare Betonfläche ist kein exotisches Problem. Deshalb ist das Problem ja auch Gegenstand technischer Normen. Sie lässt sich auch ohne Versuche "am lebenden Objekt" treffen, wie es die Klägerin letztlich getan hat.

Soweit die Klage auf Aufwendungsersatz für die Rechnungen vom 29. Juni 2012 über CHF 23'760.00 (act. 5/72) und vom 9. Mai 2014 über CHF 7'617.40 (act. 5/74) gerichtet ist, ist sie somit abzuweisen.

13 C._____

13.1 Überblick

Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Aufwendungsersatz für Rechnungen des Ingenieurbüros C._____ im Totalbetrag von CHF 204'166.45. Die Rechnungen liegen bei den Akten (act. 5/78; act. 5/79; act. 5/85-110). Von einem Bagatellbetrag abgesehen ist auch belegt, dass die Klägerin diese Rechnungen beglichen hat (vgl. Abschnitt 8.1 und 8.3 oben). Somit ist davon auszugehen,

dass das Ingenieurbüro C._____ die in den Rechnungen umschriebenen Arbeiten tatsächlich geleistet hat.

13.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin befasst sich mit dieser Forderung auf den Seiten 87-112 ihrer Klageschrift (act. 2 Rz. 208-224) und auf den Seiten 93-134 ihrer Replik (act. 64 Rz. 390-473). In der Klageschrift hat die Klägerin die Rechnungen in die Rechtschrift aufgenommen und damit deren stichwortartige Leistungsumschreibungen zur Parteibehauptung erhoben. Das Gericht hat in der Verfügung vom 10. Mai 2017 darauf hingewiesen, dass damit kaum beurteilt werden könne, inwiefern die Kritik der Beklagten zutrifft. In der Replik hat die Klägerin ausführlich und in eigenen Worten umschrieben, was das Ingenieurbüro C._____ getan hat. Es besteht aus dem Inhaber C'._____, AR._____ und der Zeichnerin AS._____. Diese drei Mitarbeiter hätten die Klägerin beraten, Pläne erstellt und die Bauleitung für die Sanierung der Rampe ausgeführt. All diese Arbeiten seien notwendig gewesen, um ein mängelfreies Werk zu erhalten. Der verrechnete Betrag sei angemessen und sogar eher günstig. Das zeige sich namentlich dann, wenn man die angemessenen Stundenansätze der Mitarbeiter mit dem durchschnittlichen Stundenaufwand für ein derartiges Vorhaben gemäss der Formel aus der SIA-Honorarordnung 103 multipliziere.

Die Beklagte befasst sich auf den Seiten 68-79 ihrer Klageantwort (act. 20 Rz. 443-501) und auf den Seiten 107-131 der Duplik (act. 68) mit dieser Forderung. Sie hält der Klägerin folgende Argumente entgegen: Das Ingenieurbüro C._____ habe sich doppelspurig mit denselben Fragen befasst, wie der Gutachter W._____. Die Leistungen bis zum Vorliegen des Gutachtens seien deshalb unnötig. Doppelspurigkeiten bestünden auch mit den Leistungen der AL._____ AG. Deren Offerte enthielt auch Überlegungen zur Planung, welche das Ingenieurbüro C._____ einfach übernommen habe. Die Leistungen des Ingenieurbüros C._____ seien auch unzureichend. Die von der Klägerin beigezogenen Bauunternehmen hätten mit Nachträgen weit mehr verrechnet und bezahlt erhalten, als ursprünglich vereinbart. Eine Kostenkontrolle, die das Ingenieurbüro C._____ verrechne, habe nicht stattgefunden. Schliesslich gebe es auch noch Rechnungen aus der Zeit, als

die Bauarbeiten bereits abgeschlossen gewesen seien. Was das Ingenieurbüro da noch zu tun hatte, sei nicht nachvollziehbar. Der verrechnete Betrag insgesamt stehe in einem Missverhältnis zu den üblichen Honoraren eines Bauingenieurs. Den detaillierten Schilderungen der Leistungen des Ingenieurbüros C._____ hält die Beklagte stets denselben Textbaustein mit fünf Argumenten entgegen: Die Arbeiten seien nicht notwendig, die Arbeitsrapporte seien nicht unterzeichnet, es lägen keine Arbeitsergebnisse wie etwa Pläne vor, die Leistungen seien deshalb nicht überprüfbar, es sei nicht klar, ob es wirklich um die Beschichtung der Rampe gegangen sei und der Aufwand sei unangemessen, wenn ihn das Ingenieurbüro C._____ denn überhaupt betrieben habe (vgl. z.B. Duplik act. 64 S. 113).

13.3 Würdigung

Das Gutachten W._____ hat gezeigt, dass die Risse in der Beschichtung und die Wasserdurchbrüche nicht einfach die Folge mangelhafter handwerklicher Ausführung waren. Das zunächst angebrachte System war die falsche Wahl und an den Enden der Beschichtung verhinderte nichts, dass Wasser unter die Beschichtung kroch (act. 5/7 insb. S. 26). Die Sanierung erforderte somit Planungs- und Bauarbeit. Bei Bauarbeiten, die über Bagatellen hinausgehen, ist es auch üblich und erforderlich, dass ein Architektur- oder Ingenieurbüro die Arbeiten leitet und die Beiträge der verschiedenen Bauunternehmen koordiniert. Dass die Klägerin ein Ingenieurbüro zur Planung und Bauleitung beigezogen hat, ist nicht zu beanstanden. Näher zu prüfen sind die Vorwürfe betreffend die Arbeitsweise des Ingenieurbüros C._____.

13.3.1 Arbeiten nicht nachvollziehbar

Soweit das Ingenieurbüro C._____ als Bauherrenberater oder Bauleitung tätig war, liegt es in der Natur dieser Tätigkeit, dass sie sich nicht durchwegs in Dokumenten niederschlägt, die sich Jahre später einem Gericht einreichen lassen. Einzig die Planungstätigkeit wäre durch das Einreichen der Pläne lückenlos dokumentierbar. Eine derart umfangreiche Dokumentation ist jedoch nicht nötig. Dass Pläne zu zeichnen waren, leuchtet mit Blick auf das Gutachten W._____ ein. Nachdem das Ingenieurbüro C._____ Planungsarbeiten verrechnet und die

Klägerin diese bezahlt hat, bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass diese statt gefunden haben. Daran ändert auch nichts, dass das Ingenieurbüro keine Regierapporte von der Klägerin hat gegenzeichnen lassen. Dass Bauleitungs- und Beratungstätigkeit anfiel, ist mit Blick auf das Gerichtsgutachten ebenfalls offenkundig.

Die Rechnungen nennen als Objekt stets die "Umgangsrampe, Stadion Letziggrund" (z.B. act. 5/85). Dass die Klägerin hier Kosten für gänzlich andere Arbeiten zu überwälzen sucht, ist auszuschliessen. Die Beklagte verdreht der Klägerin die Worte im Mund, wenn sie in ihren Textbausteinen mehrere Dutzend mal darauf hinweist, die Klägerin sage selbst in Rz. 392 ihrer Replik, C'._____ habe von zusätzlichen Mängeln gesprochen. Die Klägerin erklärt an der angegebenen Stelle, was damit gemeint ist (act. 64 S. 94f.): Das Ingenieurbüro C'._____ habe zusätzlichen Aufwand gehabt, weil bei der Behebung des Mangels der Beschichtung Erschwernisse aufgetreten seien, zum Beispiel habe es Beschleunigungsmassnahmen gebraucht, um rechtzeitig vor den Leichtathletik-Europameisterschaften fertig zu werden. Die Klägerin sagt aber in Rz. 392 der Replik ausdrücklich, es sei stets um die mangelhafte Beschichtung gegangen.

13.3.2 Doppelspurigkeiten mit dem Gerichtsgutachten

Die Klägerin hat auf den Seiten 99-108 der Replik dargelegt, womit sich das Ingenieurbüro C'._____ von Juni 2013 bis April 2014 befasst hat (act. 64 Rz. 396-409). Die Beklagte hält dem nur pauschal bestreitende Textbausteine entgegen (act. 68 insb. S. 111-115). Somit ist davon auszugehen, dass C'._____ und AR._____ und AS._____ das getan haben, was die Klägerin in der Replik behauptet:

Der Aufwand des Ingenieurbüros C'._____ im Jahr 2013 betraf Abklärungen zur Frage, welche Beschichtung anzubringen sei und Besprechungen zu diesem Thema mit Mitarbeitern der Klägerin, möglichen Materiallieferanten oder Mitarbeitern der N._____ AG, welche die Rampe untersucht hatte. Zudem entstand Aufwand, weil C'._____ das umfangreiche Datenmaterial zu sichten hatte (act. 64 Rz. 397 S. 99f.). Im Januar 2014 befasste sich C'._____ zudem mit einer Offerte der Firma AL._____ und besprach sich mit der AD._____ AG, die einschlägige

Produkte herstellt (act. 64 Rz. 400 S. 102). Im Februar 2014 arbeitete C'._____ wiederum an Abklärungen zum Dünnschichtbelag, prüfte zusätzliche Richtofferten und nahm an Sitzungen mit Mitarbeitern der Klägerin teil. Eine Arbeitsstunde betrifft Rissaufnahmen (act. 64 Rz. 403 S. 103f.). Im März 2014 prüfte C'._____ die Offerte der AL._____ AG (act. 22/18) und besprach diese mit Mitarbeitern dieses Unternehmens. Weiterer Aufwand entstand im Zusammenhang mit einer Offerte der B._____ AG. Zudem entstanden im Ingenieurbüro C._____ im März 2013 bereits Pläne und Vorschläge für Detaillösungen (act. 64 Rz. 406 S. 105). Im April 2014 entstand erheblicher Aufwand mit dem Anfertigen und Besprechen weiterer Pläne, mit dem Einholen und Prüfen von Offerten und mit Besprechungen mit Mitarbeitern der Klägerin (act. 64 Rz. 409 S. 107f.).

Der Gerichtsgutachter W._____ hatte unter anderem die Frage zu beantworten, ob die Beschichtung der Rampe den üblicherweise gestellten Anforderungen entspreche oder ob die Regeln der Baukunde verletzt seien (vgl. act. 5/7 S. 3). Um die Schlussfolgerung begründen zu können, die Regeln der Baukunde seien verletzt, muss sich ein Gutachter natürlich auch Gedanken darüber machen, wie denn eine korrekte Lösung aussähe. Das musste sich auch das Ingenieurbüro C._____ überlegen. Daher rührt der Vorwurf der Doppelspurigkeit. Die Schilderungen der Tätigkeiten des Ingenieurbüros C._____ einerseits und die Lektüre des Gutachtens andererseits zeigen aber, dass die Mitarbeiter des Ingenieurbüros C._____ sich in ganz anderer Tiefe mit diesen Fragen beschäftigt haben. Die vom Gutachter beigezogenen Statiker AN._____ und AO._____ hielten dafür, es brauche ein Oberflächenschutzsystem, das zur Kategorie OS 11 gemäss der Instandsetzungsrichtlinie 2001 gehöre (act. 5/7 Anhang N S. 5). Weiter ins Detail gehen der Gutachter und seine Hilfspersonen nicht. Weder äusserten sie sich zur Eignung der Produkte bestimmter Hersteller, noch holten sie Offerten ein oder prüften diese. Sie erklärten auch nicht im Detail, welche technischen Normen einzuhalten sind. Der Gutachter und seine Hilfspersonen zeichneten auch keine Pläne. Sie stellten lediglich fest, dass die Anschlussdetails nicht geplant waren (act. 5/7 S. 26). Insgesamt haben sich Gutachter und Ingenieur je auf ihre eigenen, verschiedenen Aufgaben konzentriert. Der Gutachter hatte die Fragen des Gerichts zu beantworten, das Ingenieurbüro hatte die Sanierung zu planen und zu

leiten. Das, wofür die Klägerin das Ingenieurbüro C._____ bezahlt hat, leistete der Gutachter nicht.

Auch die AL._____ AG nahm C'._____ und seinen Mitarbeiterinnen die Arbeit nicht ab. Die Beklagte insinuiert, C'._____ habe viel Aufwand für das Einholen einer Offerte verrechnet, dabei habe er doch einfach die Struktur des Angebots der AL._____ übernehmen können. Die Darlegungen der Klägerin zeigen aber, dass das Ingenieurbüro C._____ mehr und auch anderes getan hat, als eine einzige Offerte einzuholen, bei der eine andere Offerte allenfalls hilfreich war. Dass ein Bauleiter verschiedene Offerten einholt, die ähnlich strukturiert sein müssen, um vergleichbar zu sein, ist im Übrigen nicht ungewöhnlich und kein Anzeichen dafür, dass es keine Bauleitung braucht. Auch mit der AL._____ AG bestanden keine kostentreibenden Doppelspurigkeiten.

Es fällt auf, dass die Klägerin die Sanierung hat planen lassen, noch bevor das Gutachten W._____ vorlag. Das ändert nichts an der Schlussfolgerung, dass es keine kostentreibenden Doppelspurigkeiten gab. Obwohl die Klägerin in der Replik detailliert dargelegt hat, was das Ingenieurbüro C._____ wann getan hat, zeigt die Beklagte in der Duplik nicht auf, welche Arbeiten denn mit dem Gutachten obsolet geworden wären. Es macht auch Sinn, dass die Planung bereits vor dem Gerichtsgutachten möglich war. Das Gerichtsgutachten diente dazu, ein prozessual verwertbares Beweismittel für die Behauptung zu erlangen, die Beklagte habe die falsche Beschichtung einbauen lassen oder die Beschichtung sei mangelhaft ausgeführt. Dass die Beschichtung das Problem ist, legt bereits das im Herbst 2012 erstattete Privatgutachten der Q._____ AG nahe (act. 5/49 insb. S. 11). Insoweit war eine sinnvolle Planung möglich, ohne das Gutachten abzuwarten. Auch die Beklagte selbst signalisierte im Übrigen die Bereitschaft, während laufendem Beweissicherungsverfahren eine sinnvolle technische Lösung zu suchen (vgl. Abschnitt 7.1 oben).

13.3.3 Aufwand nach den physischen Bauarbeiten

Zur Bauleitung gehört auch die Begleitung und Vertretung der Bauherrschaft bei der Abnahme der Arbeiten, die Überprüfung der Rechnungen für die Bauarbeiten und gerade bei einer Mängelbehebung die Dokumentation. Dass das Ingenieurbüro C._____ auch nach dem letzten Hammerschlag noch Arbeiten ausgeführt und verrechnet hat, ist nicht zu beanstanden.

13.3.4 Angemessenheit des Gesamtbetrags

Die Stundenansätze von CHF 125 für die Bauzeichnerin AS._____, CHF 145 für die Architektin AR._____ und CHF 165 für den Bauingenieur C'._____ (act. 5/75 S. 2) sind angemessen.

Ob die aufgewendete Zeit für eine bestimmte Besprechung, das Zeichnen eines bestimmten Plans oder die Abklärung einer bestimmten Einzelfrage angemessen war, kann das Gericht nicht einschätzen. Das ist auch nicht notwendig. Die Bauherrschaft, die eine Ersatzvornahme durchführt, hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu handeln. Sie hat mit den Forderungen der von ihr eingesetzten Fachleute so zu verfahren, wie das eine vernünftige Bauherrschaft täte, wenn es um ihre eigenen Mittel ginge. Jeder Beauftragte wird für gewisse Aufgaben etwas länger haben als der Durchschnitt und bei anderen schneller sein. Auch dass ein Ingenieur einmal einen Irrweg beschreitet und Aufwand betreibt, der rückblickend unnötig erscheint, ist nicht ganz zu verhindern. Ausschlaggebend muss somit die Frage sein, ob der verrechnete Gesamtbetrag der Aufgabe angemessen ist oder nicht. Soweit er das ist, wird eine vernünftige Bauherrschaft die Rechnung bezahlen, ohne einzelne Positionen in Frage zu stellen. Entsprechend handelt eine Bauherrschaft, welche solche Kosten zu überwälzen sucht, nicht wider Treu und Glauben.

Der schweizerische Ingenieur- und Architektenverein hat in seiner Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure (Ordnung SIA 103) ein Modell für die Honorierung nach Massgabe der Baukosten entwickelt. Der SIA stellt mit Hilfe einer komplizierten Formel eine Beziehung her zwi-

schen den Baukosten und dem durchschnittlichen Zeitaufwand für eine derartige Aufgabe. Der durchschnittliche Zeitaufwand multipliziert mit dem vereinbarten Stundenansatz ergibt dann das Honorar.

Die Formel zur Berechnung des durchschnittlichen Zeitaufwands lautet (Art. 7.2 Ordnung SIA 103 Ausgabe 2014):

$$\text{Zeitaufwand} = \text{Baukosten} \times p/100 \times n \times q/100 \times r$$

Der Grundfaktor für den Stundenaufwand (p) berechnet sich wiederum nach einer Formel, in welcher die Koeffizienten $Z1$ und $Z2$ vorkommen. Der SIA veröffentlicht die Werte periodisch, für Bauingenieure betragen sie von 2009 bis 2017 unverändert 0.075 für $Z1$ und 7.23 für $Z2$. Die Formel lautet (Art. 7.2 Ordnung SIA 103 Ausgabe 2014):

$$p = Z1 + Z2 / \sqrt[3]{\text{Baukosten}}$$

Der Buchstabe n steht für den Schwierigkeitsgrad, wobei für durchschnittliche Aufgaben der Faktor 1 einzusetzen ist (Art. 7.6 SIA 103).

Mit dem Faktor q kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Bauingenieurbüro nur Teilaspekte bearbeitet hat, zum Beispiel nur geplant hat, aber keine Bauleitung inne hatte. Wo ein Büro ein Vorhaben von Anfang bis zum Schluss begleitet hat, ist für q 100 einzusetzen. Mit dem Anpassungsfaktor r kann ebenfalls besonderen Umständen Rechnung getragen werden. Ohne besondere Vereinbarung ist 1 einzusetzen.

Bei Baukosten von einer Million Franken ergibt sich somit ein durchschnittlicher Zeitaufwand für den Bauingenieur von 1'473 Stunden. Mit dem Mittelwert der vereinbarten Stundenansätze (CHF 145) ergibt sich ohne Mehrwertsteuern ein Honorar von CHF 213'585.00. Mehrwertsteuer eingerechnet sind das rund CHF 230'000.00.

Die Klägerin hat also einen fünfstelligen Betrag weniger bezahlt, als dem durchschnittlichen Zeitaufwand gemäss dem mathematischen Modell der SIA Ordnung 103, multipliziert mit dem Mittelwert der vereinbarten Stundenansätze bei Baukos-

ten von einer Million Franken entspricht. Die Offerte der AL._____ AG belief sich ziemlich genau auf eine Million Franken (act. 22/18). Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin hätte diese Offerte annehmen sollen. Effektiv waren die Baukosten höher, welche die Klägerin bezahlt hat. Die Berechnung zeigt aber, dass die Klägerin dem Ingenieurbüro C._____ ein angemessenes Honorar bezahlt hat, selbst wenn man für die Baukosten jene Offerte zu Grunde legt, welche die Beklagte für die richtige hält. Vor diesem Hintergrund hatte die Klägerin keinen Anlass, Kritik an einzelnen Rechnungspositionen zu üben oder die Bezahlung relativ kleiner Einzelpositionen zu verweigern.

13.3.5 Keine Kostenkontrolle

Die Beklagte insinuiert, eine Kostenkontrolle, die diesen Namen verdiene, habe nicht stattgefunden. Anders sei nicht zu erklären, dass die E._____ AG letztlich fast anderthalbmal die offerierte Summe abgerechnet habe. Auf die Nachträge und ihre Ursachen wird zurückzukommen sein. An dieser Stelle ist nur anzumerken, dass die Beklagte nicht aufzeigt, dass der Klägerin deshalb ein Schadenersatzanspruch zustehen oder sie deswegen das Honorar kürzen könnte. Die Veranderthalbfachung hat Gründe, auf die noch einzugehen sein wird, die jedoch nicht das Ingenieurbüro C._____ zu vertreten hat.

13.4 Ingenieurkosten ausgewiesen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kosten für das Ingenieurbüro C._____ ausgewiesen sind. Der bezahlte Gesamtbetrag ist angemessen. Die Angemessenheit ist eine Rechtsfrage. Die Beklagte behauptet keine Tatsachen, welche die Angemessenheit in Frage stellen, sich aber nur durch ein Gutachten beweisen lassen. Deshalb ist kein Gutachten einzuholen. Das gilt auch bei allen folgenden Positionen, bei denen die Beklagte die Angemessenheit in Frage stellt. Die zu erstattenden Kosten sind Aufwendungsersatz, nicht Schadenersatz. Die Überlegungen, aufgrund derer das Bundesgericht bei Schadenersatzforderungen ohne Mahnung einen Zins ab Schadenseintritt zuspricht (BGE 122 III 53, E. 4a und 4b, S. 54ff.), sind für den Aufwendungsersatz zu übernehmen.

14 D. _____

14.1 Überblick

Die Klägerin befasst sich auf den Seiten 112-117 ihrer Klageschrift (act. 2 Rz. 225-230) und auf den Seiten 134-141 (act. 64 Rz. 474-492) ihrer Replik mit dieser Forderung. Die Beklagte antwortet darauf auf den Seiten 79f. der Klageantwort (act. 20 Rz. 502-517) und auf den Seiten 132-137 der Duplik (act. 68). Die Klägerin fordert die Erstattung von CHF 208'783.75 für Arbeiten, welche die D. _____ AG besondere Bauverfahren geleistet habe. Es geht um die Entfernung der alten Kunststoffbeschichtung.

14.2 Streit um die Treppe

Die Beklagte hat auch in der Duplik anerkannt, die verrechneten Arbeiten seien notwendig, um eine neue Beschichtung der Kategorie OS 11 anzubringen (act. 68 S. 132 zu Rz. 477 der Replik). Die Beklagte bestreitet die Pflicht, Aufwendungsersatz zu leisten, aus grundsätzlichen Überlegungen, die sie auch allen anderen Teilforderungen entgegen hält. Zudem bestreitet sie, dass die D. _____ AG die verrechneten Arbeiten wirklich und mängelfrei geleistet hat. Ferner hält die Beklagte dafür, die Klägerin habe die fragliche Beschichtung auch an einer Aussentreppe entfernen und neu anbringen lassen. Die Klägerin habe jedoch diese Treppe nie beanstandet. Das sei von den angebrachten Mängelrügen nicht abgedeckt.

14.3 Würdigung

Grundsätzlich schuldet die Beklagte Aufwendungsersatz (dazu Abschnitte 5-10 oben). Die Klägerin hat mit der Klageschrift Offerte, Werkvertrag und Rechnungen eingereicht (act. 5/110A-116). Mit der Replik hat die Klägerin auch belegt, dass sie die Rechnungen der D. _____ AG bezahlt hat (act. 65/236-240). Es bestehen somit keine ernsthaften Zweifel daran, dass die D. _____ AG die verrechneten Arbeiten ausgeführt hat. Ob sie dies mängelfrei getan hat, kann offen bleiben. Selbst wenn die D. _____ AG irgendwelche Mängel hätte nachbessern müssen, hätte das an der Höhe der Rechnung nichts geändert. Einzig wenn die Klägerin

wegen mangelhafter Arbeit eine Minderung erwirkt hätte, würde die Beklagte nur den geminderten Betrag als Aufwendungsersatz schulden. Das behauptet die Beklagte jedoch nicht. Gleich verhält es sich bei allen weiteren Positionen, bei denen die Beklagte bezweifelt, ob die von der Klägerin beauftragten Dritten mängelfrei gearbeitet haben.

Eine der fünf Rechnungen betrifft die Aussentreppe. Sie beläuft sich auf CHF 9'796.85 (act. 5/114). Die Aussentreppe ist nicht mit der Rampe verbunden. Sie ist ein separates Bauteil. Allerdings war dort dieselbe Beschichtung angebracht wie auf der Rampe (Prot. S. 7). Die Kläger hat sich deshalb entschlossen, die Beschichtung auch auf der Aussentreppe zu ersetzen.

Die Klägerin hat die Aussentreppe in ihren Mängelrügen nicht erwähnt (vgl. Abschnitt 6.1 oben). Sie behauptet nicht, der Beklagten jemals Probleme mit dieser Aussentreppe beschrieben zu haben, wie sie es bei der Rampe getan hat. Als die Klägerin im Herbst 2010 erstmals beanstandete, es bestehe ein grundlegendes Problem und es sei nicht damit getan, immer wieder neu auftretende Risse zu reparieren, war noch nicht klar, dass das Problem in der Beschichtung lag. Selbst wenn das klar gewesen wäre, hiesse das noch nicht unbedingt, die Beschichtung müsse auch auf der Aussentreppe ersetzt werden, wo die Klägerin keine Probleme geltend machte. Die Treppe kann und muss nicht befahrbar sein und die weit kleinere Betonkonstruktion verändert sich bei Temperaturschwankungen entsprechend weniger. Hinzu kommt, dass die Parteien betreffend die Rampe in Besprechungen, E-Mails und Anwaltsschreiben recht umfangreich miteinander kommunizierten. Da wäre eine ausdrückliche Rüge auch eher zu erwarten, als wenn die Parteien weniger korrespondiert hätten und sich nie vor Ort getroffen hätten. Vor diesem Hintergrund kann die Aussentreppe nicht als stillschweigend mitgerügt gelten. Was die Treppe betrifft, schuldet die Beklagte keinen Aufwendungsersatz.

14.4 Aufwendungsersatz ist geschuldet, aber nicht für die Treppe

Die Klage betreffend Aufwendungsersatz für die Arbeiten der D. _____ AG besondere Bauverfahren ist demnach im Umfang von CHF 198'986.90 gutzuheissen, im Umfang von CHF 9'796.85 ist sie abzuweisen.

15 Vorbemerkung E._____

Mit rund 1,3 Millionen Franken sind die Arbeiten der E._____ AG mit Abstand die grösste Position der Aufwendungen für die Ersatzvornahme. Die Klägerin vereinbarte ursprünglich eine Vergütung von CHF 868'513.25 (act. 5/117 S. 1). Sie hat schlussendlich ziemlich genau anderthalbmal so viel bezahlt. Die Differenz kommt dadurch zustande, dass die Klägerin und die E._____ AG zahlreiche Nachträge vereinbart haben. Teils ging es um zusätzliche Leistungen, teils um zusätzliche Vergütungen wegen erschwerter Ausführungsvoraussetzungen. Dem entsprechend ist für jeden Nachtrag einzeln zu prüfen, ob Aufwendungsersatz geschuldet ist.

16 Ursprüngliche Werkvertragssumme E._____

16.1 Überblick

Die Klägerin hat mit der E._____ AG für den Einbau der neuen Kunststoffbeschichtung einen Werkvertrag zu Einheitspreisen abgeschlossen und eine Vergütung von CHF 868'513.25 vereinbart (act. 5/117). Bezahlt hat die Klägerin für die ursprünglich vereinbarten Leistungen nach ihrer Darstellung CHF 901'268.70 (act. 5/119).

16.2 Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte anerkennt die ursprünglich vereinbarte Vergütung von CHF 868'513.25 grundsätzlich als angemessen (act. 68 S. 137 zu Rz. 495-506 der Replik). Dies allerdings nur, sofern darin auch Nebenarbeiten und Material enthalten seien. Der Betrag entspreche dann ungefähr dem, was auch die AL._____ AG verlangt hätte. Deren Angebot hätte sich auf rund CHF 1,05 Mio. belaufen; darin enthalten seien Abbrucharbeiten von rund CHF 0,2 Mio., so dass die AL._____ AG für dieselben Arbeiten ungefähr denselben Betrag offeriert habe. Die Beklagte hält allerdings eine Reihe von Positionen der Offerte der E._____ AG für unnötig. Sie hält dafür, es hätte keine Budgetpositionen, keine Überzeitzuschläge und keinen Zuschlag für die Koordination mit Drittunternehmen

gebraucht, wie sie die Ziffern 10.1 bis 10.3 der Offerte der E._____ AG vorgesehen hatten (act. 20 S. 251f.ff. insb. Rz. 519-522).

16.3 Würdigung

Die Klägerin stützt ihre Behauptung, sie habe für die ursprünglich vereinbarten Leistungen CHF 901'268.70 bezahlt, auf eine Zusammenstellung, die von der E._____ AG stamme (act. 5/119; act. 64 S. 302 Rz. 684). Die Beklagte spricht diesem Dokument jeden Beweiswert ab. Es sei nicht einmal klar, ob dieses Dokument von der Klägerin oder der E._____ AG stamme (act. 20 Rz. 528-530 S. 82). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Die Offerte (act. 5/116A) und der Werkvertrag (act. 5/117) liegen bei den Akten. Die Klägerin hat die Zusammenstellung in Rz. 232 ihrer Klageschrift zu einer detaillierten Parteibehauptung erhoben (act. 2 S. 118ff.). Die einzelnen Positionen stimmen über weite Strecken mit der Offerte überein. Es gibt geringfügige Abweichungen, wie das bei einem Werkvertrag zu Einheitspreisen zu erwarten ist. Beispielsweise waren in der Offerte fünf Mulden für CHF 980 pro Stück enthalten. Eingesetzt hat die E._____ AG zehn Mulden, so dass die Klägerin für Mulden CHF 9'800 anstatt CHF 4'900 bezahlt hat. Bei einer so detaillierten Behauptung hätte die Beklagte im einzelnen darlegen müssen, welche Positionen nicht stimmen. Das hat die Beklagte nicht getan. Es hat deshalb als unbestritten zu gelten, dass die E._____ AG die Leistungen gemäss der Aufstellung in act. 5/119 erbracht hat (vgl. Abschnitt 11.2 oben). Bewiesen ist auch, dass die Klägerin den fakturierten Betrag bezahlt hat (vgl. Abschnitt 8.1 oben). Es stellt sich einzig die Frage nach der Angemessenheit des bezahlten Betrages.

Die Offerte und der abgeschlossene Werkvertrag basieren auf Einheitspreisen. Nebenarbeiten und Material sind in den Einheitspreisen enthalten. Das Angebot enthielt Budgetpositionen für Anschlüsse an verkleidete Bauteile, die zum Offertzeitpunkt nicht einsehbar waren (act. 5/116A S. 4 Ziffer 10.1). In der Offerte eingesetzt waren CHF 21'700.00. Bezahlt hat die Klägerin CHF 49'466.14 (act. 5/119 S. 4). Die Beklagte setzt sich mit dem verrechneten Betrag nicht auseinander. Sie zeigt nicht auf, wie ein mängelfreies Werk günstiger zu erreichen gewesen wäre. Sie wendet einzig ein, nach einem Jahr Planung dürfe es keine Budgetpositionen

geben. Was die Anschlüsse der Beschichtung kosten, hätte die Klägerin im Voraus verbindlich fixieren sollen. Sie impliziert, dass die Klägerin damit ein mängelfreies Werk günstiger erhalten hätte. Die Offerte selbst enthält allerdings eine einleuchtende Erklärung für das Vorgehen. Die fraglichen Stellen waren nicht einsehbar. Deshalb konnte die E._____ AG nicht ganz genau zum Voraus angeben, was es kosten wird, die Beschichtung an den uneinsehbaren Stellen anzuschliessen. Die Klägerin hat korrekt gehandelt, indem sie sich auf Budgetpositionen eingelassen hat. Das hätte eine vernünftige Bauherrschaft, die ihre Kosten nicht auf Dritte abwälzen kann, auch so gemacht. Dass die verrechneten Preise, zum Beispiel CH 85.00 pro Quadratmeter einer Membran aus AD._____ -elastic 228, unangemessen wären, behauptet die Beklagte nicht.

Die Beklagte wendet sich weiter dagegen, dass in der Offerte und dann auch in der Abrechnung Überzeitzuschläge von CHF 2'850.00 und ein Zuschlag von CHF 18'000.00 für Koordination mit Drittunternehmen enthalten ist. Die Klägerin und die E._____ AG hätten die Arbeiten so planen sollen, dass keine Überzeit notwendig ist. Koordinationsaufgaben habe das Ingenieurbüro C._____ übernommen. Das mag sein. Ausschlaggebend ist eine andere Überlegung. Die Beklagte räumt ein, dass die Offerte der E._____ AG der Grössenordnung nach angemessen war. Die kritisierten Beträge sind relativ klein, gemessen an der gesamten Vergütung. Mit oder ohne die kritisierten Zuschläge war die Offerte der E._____ AG der Grössenordnung nach angemessen. Die Klägerin hat deshalb korrekt gehandelt, indem sie diese Offerte angenommen hat, ohne zu versuchen, die kritisierten Zuschläge "wegzuverhandeln". Ob ihr das gelungen wäre, ist ungewiss. Wenn es ihr gelungen wäre, wäre das noch immer keine Garantie dafür, dass die Klägerin schlussendlich weniger hätte bezahlen müssen. Werkverträge lassen den Parteien stets einen grösseren Auslegungs- und Verhandlungsspielraum als Kaufverträge, weil die Herstellung eines Unikats stets mit mehr Unsicherheit verbunden ist als die Lieferung standardisierter Güter. Hätte die Klägerin in diesem Punkt härter verhandelt und sich durchgesetzt, hätte sie vielleicht in einem anderen Punkt nachgeben müssen oder die E._____ AG hätte höhere Nachtragsforderungen durchsetzen können. Indem die Klägerin die Offerte trotz kritisierbarer Punkte als vernünftiges Gesamtpaket betrachtet und angenommen hat,

hat sie sich durchaus so verhalten, wie es auch eine vernünftige Bauherrschaft auf eigene Rechnung getan hätte. Das war vertretbar. Im Umfang der CHF 901'268.70 für die ursprünglich vereinbarten Leistungen ist die Klage somit gutzuheissen.

17 Nachträge

17.1 Mörtel

17.1.1 Überblick

Unter der strittigen Kunststoffbeschichtung liegt eine Schicht Mörtel. Die Klägerin hat mit der E._____ AG für Mörtelarbeiten, die im Leistungsverzeichnis des ursprünglichen Werkvertrags nicht enthalten waren, eine zusätzliche Vergütung von CHF 11'927.03 vereinbart (act. 5/120).

17.1.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin verlangt Aufwendungsersatz. Nachdem die Kunststoffbeschichtung abgefräst war, habe sich gezeigt, dass der Mörtel darunter bröselig war. Zudem seien Armierungseisen frei gelegen. Um ein Stadion mit mängelfreier Kunststoffbeschichtung zu erhalten, habe die Klägerin auf gewisse Teilflächen Mörtel neu auftragen lassen müssen. Das Problem sei erst zutage getreten, als die Kunststoffbeschichtung abgefräst war. Deshalb habe die Klägerin diese Leistung nicht im ursprünglichen Werkvertrag bestellen und eine Vergütung vereinbaren können (zum Ganzen: act. 2 S. 123f. Rz. 234; act. 64 S. 152-165 Rz. 508-519).

Die Beklagte bestreitet, dass der Mörtel bröselig und das Auftragen einer neuen Schicht Mörtel ("reprofilieren") notwendig war. Die Klägerin habe im Übrigen Mängel des Mörtels unter der Kunststoffbeschichtung nie gerügt. Sie bestreitet, dass es diese Arbeiten gab, dass der Preis angemessen war und hält dafür, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Klägerin diese Arbeiten erst nach Abschluss des ursprünglichen Werkvertrages in Auftrag gegeben habe (zum Ganzen: act. 68 S. 139-141).

17.1.3 Würdigung

Die Klägerin hat die E. _____ AG bezahlt (vgl. Abschnitt 8.1 oben) und sie reicht eine Aufstellung über die Arbeiten und zwei Arbeitsrapporte der E. _____ AG ein (act. 5/120). Damit ist bewiesen, dass die E. _____ AG die behaupteten Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat.

Die Klägerin hat ein Video eingereicht und als Beweismittel für die Notwendigkeit dieser Arbeiten offeriert (act. 65/29). Auf diesem Video kommentiert Al. _____, Projektleiter der Klägerin, Fotografien aus der Zeit der Sanierung. Die Kommentare sind Parteibehauptung. Die Bilder sind jedoch Urkunden und als Beweismittel zulässig und tauglich. Der bröckelige Mörtel ist auf den Bildern sichtbar. Vor allem aber sind auch die frei liegenden Armierungseisen sichtbar. Die Klägerin weist auf den technischen Grundsatz hin, dass Armierungseisen mit 3 bis 3,5 Zentimetern Bodenbelag überdeckt sein müssen (Replik Rz. 510 S. 157). Das stellt die Beklagte mit Recht nicht in Abrede. Armierungseisen können mit Wasser in Kontakt kommen. Damit ist vorsichtshalber trotz der Beschichtung zu rechnen. Sie rosten aber in alkalischer Umgebung nicht. Deshalb müssen sie mit ausreichend Beton oder Mörtel überdeckt sein, diese Materialien sind alkalisch. Wie dick die Schicht im Einzelfall sein muss, wird mit einer komplizierten Formel berechnet (BATRAN et al. Lernfeld Bautechnik Grundstufe, 13. Auflage, Hamburg 2016, S. 151). Frei liegen dürfen Armierungseisen jedenfalls nicht. Mit den Bildern des Videos ist bewiesen, dass es notwendig war, die Flächen zu reprofiliert, bevor die E. _____ AG die neue Kunststoffbeschichtung auftragen konnte. Anders war ein mängelfreies Bauwerk nicht zu erreichen.

Es mag sein, dass die bröselige Mörtelschicht bereits isoliert betrachtet einen Mangel darstellt. Richtig ist, dass die Klägerin diesen nie ausdrücklich gerügt hat. Die Klägerin hat aber gerügt, es bestehe ein grundlegendes Problem, das immer wieder zu Rissen und Wasserdurchbrüchen führe (Abschnitt 6.1 oben). Das Problem war die falsch gewählte Beschichtung, wie sich später herausgestellt hat. Ohne Reprofilierung hätte sich die neue Beschichtung schlicht nicht auftragen lassen. Einer Partei, die zwei Gutachten veranlasst, ist auch nicht vorzuwerfen, sie

habe den Sachverhalt vor Beginn der Arbeiten ungenügend abgeklärt. Das Problem, dem die Klägerin mit diesen Nachtragsarbeiten begegnet ist, hängt genug eng mit der Beschichtung zusammen, um von der Rüge abgedeckt zu sein. Das gerügte Problem (immer wieder Risse und Wasserdurchbrüche) liess sich ohne Reprofilierung nicht fachgerecht beheben.

Die Klägerin hat die Ansätze für Material und Arbeit detailliert behauptet. Die Beklagte stellt keine Behauptungen darüber auf, welche tieferen Ansätze angemessen wären. Die Angemessenheit der bezahlten Ansätze hat deshalb als unbestritten zu gelten. Die Beklagte wendet sich aber dagegen, dass die Klägerin die Arbeiten überhaupt im Nachhinein als Regiearbeiten hat durchführen lassen. Das ist jedoch nicht zu beanstanden. Es leuchtet ein, dass erst nach dem Abfräsen der alten Kunststoffbeschichtung sichtbar wurde, dass Armierungseisen frei lagen und der Mörtel bröselig war. Weder die Privatgutachterin Q._____ AG noch der Gerichtsgutachter W._____ erwähnen dieses Problem. Es war nicht vorhersehbar. Die Beklagte hat die Vergütung für diesen Nachtrag von CHF 11'927.03 somit zu ersetzen.

17.2 Epoximörtel

17.2.1 Überblick

Für weitere Arbeiten hat die Klägerin in einem mit dem Stichwort "Ebenheiten/Epoxymörtel" bezeichneten Nachtrag eine Vergütung von CHF 3'997.08 vereinbart (act. 64 Rz. 552 S. 170).

17.2.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin führt dazu aus, die Fläche unter der Kunststoffbeschichtung sei nicht vollständig eben gewesen. Das müsse sie aber sein, sonst würden sich Wasserlachen bilden. Die Klägerin habe die Rampe deshalb nivellieren lassen (zum Ganzen act. 64 S. 165-173 Rz. 520-528). Die Beklagte hält dem dieselben Argumente entgegen wie beim Nachtrag Mörtelarbeiten: Sie bestreitet, dass diese Arbeiten stattgefunden haben, dass sie notwendig waren, dass die Fläche uneben war und dass der Preis angemessen war (act. 68 S. 141ff.).

17.2.3 Würdigung

Die Klägerin reicht eine Aufstellung über die Arbeiten und zwei Arbeitsrapporte der E._____ AG ins Recht (act. 5/121) und sie hat die E._____ AG bezahlt (Abschnitt 8 oben). Die behaupteten Arbeiten haben statt gefunden. Die Klägerin schreibt selbst, die Unebenheiten seien von blossem Auge nicht erkennbar. Sie hat aber ein Bild eingereicht, bei dem eine Wasserwaage auf der Fläche liegt und sichtbar ist, dass sich die Luftblase nicht in der Mitte der Wasserwaage befindet (Video act. 65/52; Bild separat als act. 65/46 und act. 65/49). Im Übrigen leuchtet ein, dass es Unebenheiten gab, sind doch die Beauftragten der Klägerin unter der alten Kunststoffbeschichtung auf bröckeligen Mörtel gestossen. Die behaupteten Unebenheiten sind bewiesen. Ihre Nivellierung war zwingend notwendig, um das gerügte Problem von immer wieder neuen Rissen und Wasserdurchbrüchen aus der Welt zu schaffen. Das Problem wurde erst nach dem Entfernen der Kunststoffbeschichtung sichtbar und auch dann nur mit einer Wasserwaage oder ähnlichen Hilfsmitteln. Die nachträgliche Anordnung von Regiearbeit ist nicht zu beanstanden. Nachträge von wenigen tausend Franken sind bei einem Auftrag für fast eine Million Franken im Übrigen nichts Ungewöhnliches. Die Beklagte hat die vereinbarten und bezahlten CHF 3'997.08 zu ersetzen.

17.3 Hülsen- und Holzreprofilierung

17.3.1 Überblick

Im Beton der Rampe verlaufen gespannte Stahlseile (Spannkabel), die radial auf die Mitte des Stadions ausgerichtet sind. Sie dienen dazu, die Kräfte besser zu verteilen, die auf die Rampe einwirken. Beim Betonieren mussten dort, wo die Spannkabel enden, Aussparungen freigelassen werden. Die Vorrichtungen, an denen die Kabel eingespannt werden, wurden bereits einbetoniert. Dann wurden die Kabel gespannt. Die Aussparungen und die Rohre, in denen die gespannten Kabel verlaufen, wurden ebenfalls mit Beton oder Mörtel aufgefüllt. Das ist unbestritten (act. 65 S. 173 Rz. 529). Ebenfalls unbestritten ist, dass die Klägerin für Arbeiten in diesem Zusammenhang eine zusätzliche Vergütung von CHF 13'540.29 vereinbart hat (act. 65 S. 181f. Rz. 533).

17.3.1 Parteistandpunkte

Die Klägerin macht geltend, sie sei auch bei diesen Aussparungen auf bröseligen Mörtel gestossen. Ferner hätten sich Holzstücke im ursprünglich verwendeten Beton gezeigt, was unzulässig sei. Die Klägerin vermutet, die Beklagte habe eine Art Recycling-Beton verwendet. Die E._____ AG habe die Aussparungen herausputzen, mit neuem Material auffüllen und eine ebene Oberfläche schaffen müssen, um die neue Kunststoffbeschichtung anzubringen. Das sei beim Abschluss des Werkvertrags nicht vorhersehbar gewesen. Deshalb habe es diesen Nachtrag gebraucht (zum Ganzen act. 64 S. 173-185 Rz. 529-539).

Die Beklagte bestreitet erneut, dass das Auffüllmaterial bröselig war, dass die behaupteten Arbeiten notwendig waren, dass sie stattgefunden haben und dass die Klägerin sie bezahlt hat (act. 68 S. 143f.).

17.3.2 Würdigung

Die Klägerin hat eine Aufstellung über die geleisteten Arbeiten und die detaillierten Arbeitsrapporte der E._____ AG eingereicht (act. 5/122). Die Klägerin hat die E._____ AG bezahlt (vgl. Abschnitt 8.1 oben). Diese Arbeiten haben statt gefunden. Die Klägerin hat auch zu diesem Nachtrag ein Video eingereicht, in welchem der zuständige Projektleiter Al._____ im Stadion erklärt, worum es ging (act. 65/53). Auch hier sind die Kommentare und Erklärungen von Al._____ Parteibehauptungen, die eingeblendeten Bilder aus der Zeit der Sanierung haben jedoch Urkundencharakter. Vierecke mit bröseligem Mörtel sind darauf zu erkennen. Es leuchtet ein, dass sich darauf keine Kunststoffbeschichtung anbringen liess, die vollständig eben sein muss. Die Arbeiten waren somit notwendig, um das gerügte Problem aus der Welt zu schaffen. Die Beklagte kritisiert weiter, die Klägerin reiche keine Rechnungen ein, deshalb seien die Forderungen nicht überprüfbar. Die Klägerin hat die Rechnungen der E._____ AG eingereicht (act. 5/173-179). Diese sind allerdings nicht sehr detailliert, denn die Klägerin hat nicht Nachtrag für Nachtrag bezahlt. Sie hat Akontorechnungen beglichen. Darüber, was geschuldet ist, haben sich die Klägerin und die E._____ AG mit den eingereichten Tabellen verständigt. Die Klägerin hat jedoch in allen Details be-

hauptet, wie viele Mitarbeiter wie viele Stunden an diesem Problem gearbeitet haben, welche Maschinen benutzt wurden und wie viel Material verbraucht wurde und was die Klägerin für Mitarbeiter, Maschinen und Material bezahlt hat. Das wäre sehr wohl überprüfbar, doch setzt sich die Beklagte damit nicht auseinander. Sie zeigt nicht auf, wie sich das Problem günstiger hätte beheben lassen und bestreitet die Angemessenheit nur pauschal. Die nachträgliche Vereinbarung von Regiearbeiten ist nachvollziehbar, auch bei den Aussparungen war das Problem des bröseligen Mörtels erst im Laufe der Bauarbeiten zu erkennen. Die Beklagte hat der Klägerin somit die CHF 13'540.29 für diesen Nachtrag ebenfalls zu ersetzen.

17.4 Porenverfüllung

17.4.1 Überblick

In einem weiteren Nachtrag hat die Klägerin eine zusätzliche Vergütung von CHF 5'499.00 für sogenannte Porenverfüllung akzeptiert (act. 5/123). Es hätten sich Holzstücke im Beton befunden und es hätten sich Hohlräume gebildet, weil der Beton nicht ausreichend gegen Feuchtigkeit geschützt gewesen sei. Diese Hohlräume ("Poren") habe die E._____ AG auffüllen müssen, damit sich dort kein Wasser ansammelt (act. 64 S. 185 Rz. 540).

17.4.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin hält dafür, auch diese nicht vorhersehbaren Arbeiten seien notwendig, um ein mängelfreies Werk zu erhalten. Die Beklagte sieht darin, wenn es denn so wäre, einen separaten, nie gerügten Mangel. Sie bestreitet, dass es überhaupt Hohlräume und Holzstücke im Beton gab, dass diese Arbeiten stattgefunden haben und dass sie angemessen entschädigt wurden (zum Ganzen act. 64 S. 185ff. Rz. 540-545; act. 68 S. 144).

17.4.3 Würdigung

Die Klägerin hat auch diese Arbeiten bezahlt (Abschnitt 8.1 oben). Sie sind nicht frei erfunden. Aus der eingereichten Aufstellung (act. 5/123) ist ersichtlich, dass

die zusätzliche Vergütung im Umfang von ein paar Dutzend Franken für zwei Maschinenstunden eines Rührwerks und im Umfang von gut zweihundert Franken für drei Arbeitsstunden eines Facharbeiters gedacht ist. Ganz überwiegend geht es um die Vergütung des Mehrverbrauchs der Grundierung AD.____-floor 160. Offenbar hat die E.____ AG die Hohlräume damit gefüllt. Auf der zweiten Seite der Aufstellung ist ersichtlich, wie die Parteien handschriftlich gerechnet haben: Sie gingen von einem Verbrauch von zwei Kilogramm pro Quadratmeter der Rampe aus. Diesen Wert zogen die Parteien vom effektiven Verbrauch ab und schlossen so auf einen Mehrverbrauch von 529.34 Kilogramm. Pro Kilogramm vergütete die Klägerin CHF 7.85. Die Aufstellung beweist zusammen mit dem Umstand, dass die Klägerin bezahlt hat, dass es diesen Mehrverbrauch gab. Dem entsprechend muss es auch die Hohlräume gegeben haben, die damit gefüllt wurden. Es trifft zu, dass die Klägerin nie das Vorhandensein dieser Hohlräume gerügt hat. Um dem Problem der Risse und Wasserdurchbrüche Herr zu werden, das die Klägerin gerügt hat, mussten diese Hohlräume jedoch geschlossen werden. Den Ansatz von CHF 7.85 pro Kilogramm stellt die Klägerin nicht substantiiert in Frage. Die Klägerin hat somit auch diese CHF 5'499.00 zu ersetzen.

Der Beklagten würde es im Übrigen nicht helfen, wenn der Mehrverbrauch an Grundierung andere Ursachen haben sollte. Beide Parteien gingen von einem Verbrauch von zwei Kilogramm Grundierung pro Quadratmeter aus. So sieht es die Offerte vor, aufgrund welcher der Werkvertrag abgeschlossen wurde (act. 5/116A S. 3 Ziffer 8.1). Mit der E.____ AG vereinbarte die Klägerin Einheitspreise. Es war vertretbar, im Mehrverbrauch - weshalb auch immer er zustande kam - einen ausserordentlichen Umstand im Sinne von Art. 59 Abs. 1 SIA 118 zu erblicken, so dass sich die Parteien gemäss dem zweiten Absatz dieser Bestimmung "von Fall zu Fall" über eine zusätzliche Vergütung zu verständigen hatten. Angesichts des bescheidenen Betrags, der etwa ein halbes Prozent der ursprünglich vereinbarten Vergütung ausmacht, war es kommerziell auch vernünftig, darüber nicht zu streiten. Indem die Klägerin diesen Nachtrag akzeptiert hat, hat sie sich nicht anders verhalten, als es eine vernünftige Bauherrschaft getan hätte, welche die Kosten niemandem überwälzen kann.

17.5 Abdeckerarbeiten Regen

Die Klägerin verlangt Aufwendungsersatz für eine zusätzliche Vergütung von CHF 36'779.22, die sie mit der E._____ AG vereinbart hat. Im Sommer 2014 sei es unüblich regnerisch gewesen. Um die Arbeit fachgerecht auszuführen, habe es deshalb Abdeckerarbeiten gebraucht, welche die Klägerin vergütet habe. Die Klägerin legt detailliert dar, welchen zusätzlichen Aufwand sie vergütet hat (zum Ganzen act. 65 S. 187ff. Rz. 546-553.).

Die Klägerin hat mit der E._____ AG die Anwendung der SIA Norm 118 vereinbart (act. 5/117 S. 2 Ziffer 8.I). Gemäss deren Art. 60 Abs. 1 trägt grundsätzlich der Unternehmer das Risiko von Mehraufwendungen wegen ungünstiger Witterung. Eine zusätzliche Vergütung müsste vereinbart werden. Die Vertragsurkunde wiederholt diese Regel in Ziffer 24 (act. 5/117 S. 9): "Sofern nichts anderes vereinbart ist, sind allfällige Mehraufwendungen wegen ungünstiger Witterungsverhältnisse im Angebot inbegriffen." Die Klägerin behauptet nicht, eine solche Vereinbarung im ursprünglichen Werkvertrag mit der E._____ AG (act. 5/117) getroffen zu haben. Sie hätte sich somit gut auf den Standpunkt stellen können, keine zusätzliche Vergütung zu schulden. Die SIA Norm 118 lässt hier keinen Auslegungsspielraum offen. Die Klägerin hätte diese Nachtragsforderung ablehnen sollen. Die Beklagte muss sie nicht ersetzen.

17.6 Beschleunigungsmassnahmen

Die Klägerin führt aus, sie habe für Beschleunigungsmassnahmen mit der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 98'236.25 vereinbart und bezahlt. Ab dem 12. Juni 2014 fand die Fussball-Weltmeisterschaft in Brasilien statt. Auf dem Sportplatz neben dem Stadion Letzigrund (zu einem kleinen Teil sichtbar in Prot. S. 7 mittleres Bild) war ein Public Viewing geplant. Die Arbeiten an der Rampe hätten erstens beschleunigt werden müssen, um das Public Viewing durchführen zu können. Zweitens waren die Arbeiten zwingend vor den Leichtathletik-Europameisterschaften ab dem 12. August 2014 abzuschliessen. Das sei nur mit Beschleunigungsmassnahmen zu erreichen gewesen, weil im Verlauf der

Bauarbeiten immer neue, unvorhersehbare Erschwernisse aufgetreten seien (zum Ganzen: act. 65 S. 192ff. Rz. 554-559).

Dass Beschleunigungsmassnahmen, die knapp hunderttausend Franken kosten, verhältnismässig sind, um einen Anlass wie die Leichtathletik-Europameisterschaften durchführen zu können, bedarf keiner näheren Erläuterungen. Ohne detaillierte Darlegung liegt auf der Hand, dass der Schaden weit grösser wäre, wenn kurzfristig ein anderes Stadion gesucht werden müsste. Nicht selbstverständlich ist jedoch, dass Beschleunigungsmassnahmen geboten waren, um ein Public Viewing auf dem Sportplatz vor dem Stadion planmässig durchführen zu können. Die Klägerin führt dazu nur aus, eine Absage hätte zu massiven Schäden geführt (act. 65 S. 192 Rz. 554). Sie erklärt das nicht näher. Ein Schaden könnte aus entgangenen Eintrittsgeldern oder entgangenen Einnahmen aus Getränkeverkäufen bestehen. Es ist keinesfalls selbstverständlich, dass dieser Schaden so gross gewesen wäre, dass Beschleunigungsmassnahmen für knapp hunderttausend Franken als kleineres Übel erscheinen. Das Public Viewing war zudem nicht auf das Stadion angewiesen. Es geht um den Sportplatz neben dem Stadion. Die Klägerin verfügt über zahlreiche weitere Sportplätze und Areale ähnlicher Grösse, verliert aber kein Wort darüber, weshalb ein Verlegen des Public Viewing an einen anderen Ort nicht in Frage kam.

Aufgrund der Darstellung der Klägerin lässt sich nicht beurteilen, ob die Beschleunigungsmassnahmen verhältnismässig waren, soweit es darum ging, das Public Viewing ab dem 12. Juni 2014 zu ermöglichen. Die offerierten Zeugen dienliche Behauptungen nachschieben zu lassen, wäre nicht korrekt. Es lässt sich auch nicht beurteilen, welchen Teil der knapp hunderttausend Franken die Klägerin hätte aufwenden müssen, wenn sie sich auf das beschränkt hätte, was notwendig war, um die reibungslose Durchführung der Leichtathletik-Europameisterschaften zu gewährleisten. Betreffend dieser Teilforderung ist die Klage abzuweisen, weil es an der Substantiierung fehlt.

17.7 Umstellen Installationsplatz

Die Klägerin hat mit der E._____ AG eine weitere zusätzliche Vergütung von CHF 31'272.98 vereinbart für das Umstellen des Installationsplatzes. Offenbar beanspruchte die E._____ AG den Sportplatz vor dem Letzigrund-Stadion für Baustelleninstallationen. Sie musste offenbar zusätzliche Arbeiten leisten, damit das Public Viewing auf diesem Sportplatz ab dem 12. Juni 2014 stattfinden konnte. Die Klägerin verlangt dafür Aufwendungsersatz von der Beklagten.

Wie bereits dargelegt, ist nicht selbstverständlich, dass eine Absage des Public Viewing einen höheren Schaden bewirkt hätte als die Nachtragsarbeiten gekostet haben, und es ist auch nicht selbstverständlich, dass ein Verlegen an einen anderen Ort nicht in Frage kam. Wie es sich damit verhält, legt die Klägerin nicht dar. Betreffend dieser Teilforderung ist die Klage abzuweisen, weil es an der Substantiierung mangelt.

17.8 Belagsabschlusswinkel

17.8.1 Überblick

Die Klägerin hat für Arbeiten im Zusammenhang mit den Belagsabschlusswinkeln eine zusätzliche Vergütung von CHF 28'197.66 mit der E._____ AG vereinbart (act. 64 S. 197f. Rz. 566). Dabei geht es um Folgendes: Dort, wo die Kunststoffbeschichtung endet und der Gussasphaltboden beginnt, braucht es einen Abschluss, der verhindert, dass Wasser unter die Kunststoffbeschichtung kriecht. Zu diesem Abschluss gehört ein Metallprofil, der Belagsabschlusswinkel. Nach Abschluss der Arbeiten ist nur noch ein kleiner Teil davon sichtbar, der grösste Teil des Metallprofils ist mit Bodenbelag überdeckt (Prot. S. 8).

17.8.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin verlangt Aufwendungsersatz für diese zusätzliche Vergütung. Die Beklagte habe diese Abschlüsse nicht fachmännisch geplant und ausgeführt. Deshalb sei Wasser unter die Beschichtung gekrochen und habe Feuchtigkeitsschäden verursacht. Es sei Mörtel abgeplatzt. Die Klägerin habe die schadhafte Stellen ausbessern müssen. Der Mehraufwand dafür sei nicht vorhersehbar gewesen (zum Ganzen: act. 64 S. 197-208 S. 566-577).

Die Beklagte hält dem entgegen, sie habe nie eine Mängelrüge erhoben, ein Kausalzusammenhang mit dem gerügten Problem bestehe nicht. Sie bestreitet, dass sie die Anschlüsse nicht fachgerecht ausgeführt habe. Weiter bestreitet sie, dass die Arbeiten statt gefunden haben, dass die Klägerin sie bezahlt hat und dass das angemessen war (act. 68 S. 147f.).

17.8.3 Würdigung

Die Klägerin hat eine Aufstellung über die zusätzlich vergüteten Arbeiten und die entsprechenden Arbeitsrapporte eingereicht (act. 5/127). Zusammen mit dem Umstand, dass die Klägerin diese Arbeiten bezahlt hat (Abschnitt 8.1 oben), beweist das, dass es diese Arbeiten gab. Dass die Abschlüsse der Kunststoffbeschichtung nicht fachmännisch geplant und entsprechend nicht fachmännisch ausgeführt waren, ist durch das Gutachten W._____ bewiesen (act. 5/7 S. 26 und S. 38f.). Die Abplatzungen sind auf den eingereichten Bildern des Videos sichtbar (act. 5/69). Selbst wenn noch nichts abgeplatzt wäre, würde das der Beklagten nicht helfen. Abplatzungen sind auch das, was zu erwarten ist, wenn Wasser unter die Beschichtung kriechen, sich dort mit den Temperaturschwankungen ausdehnen, zusammenziehen oder gar gefrieren kann. Die Metallprofile einzubauen wäre auch dann geboten gewesen, wenn noch nichts abgeplatzt wäre. Dass die Anschlussdetails schlecht geplant waren, war zwar grundsätzlich beim Abschluss des Werkvertrags mit der E._____ AG bekannt. Wie bereits erwähnt, sieht man aber kaum etwas von diesen Belagsabschlusswinkeln und der Zustand von Beton oder Mörtel unter der Kunststoffbeschichtung ist nicht ersichtlich, solange die Be-

schichtung nicht abgefräst ist. Die nachträgliche Vereinbarung von Regiearbeiten ist somit nicht zu beanstanden. Mit den konkreten Ansätzen oder einzelnen Rechnungspositionen setzt sich die Beklagte nicht auseinander, so dass diese als angemessen zu gelten haben. Die Beklagte hat der Klägerin diese zusätzliche Vergütung zu ersetzen.

17.9 AT._____ -Profile

Die Klägerin hat im Rahmen eines mit dem Stichwort "AT._____ -Profile V4A" bezeichneten Nachtrags mit der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 1'739.44 vereinbart (act. 5/128). An die Rampe schliessen Treppen an, die durch die Zuschauerränge führen. An der Kante des obersten Treppentritts endet die Beschichtung der Rampe. Unter der Beschichtung ist der Treppentritt aus Beton mit einem Profil aus rostfreiem Stahl geschützt. "AT._____" steht für ein Unternehmen, "V4A" für Chromstahl. Die zusätzliche Vergütung hat die Klägerin vereinbart, weil die E._____ AG einige dieser "AT._____ -Profile" durch neue ersetzen musste, was sich erst während der Bauarbeiten gezeigt habe (zum Ganzen act. 64 Rz. 576-584 S. 208ff.). Die Beklagte bestreitet, dass diese Treppentritte zur Rampe gehörten; es sei nicht erkennbar, von welcher Treppe die Klägerin überhaupt spreche. Weiter bestreitet die Beklagte, dass es diese Arbeiten gab, dass sie notwendig waren und dass die Klägerin einen angemessenen Preis bezahlt hat (act. 68 S. 148f.).

Das Gericht hat nach dem ersten Schriftenwechsel mit den Parteien das Stadion besichtigt und sich die Stelle zeigen lassen, wo diese AT._____ -Profile zu ersetzen waren (Prot. S. 8). Entgegen ihren Bekundungen in der Duplik weiss die Beklagte, worum es geht. Die Klägerin legt überzeugend dar, dass es diese Profile braucht, um das gerügte Problem (Risse und Wasserdurchbrüche) zu lösen: Es handelt sich auch hier um einen Abschluss der Beschichtung. Das Gutachten W._____ legt einleuchtend dar, dass die wasserdichte Beschichtung den Beton der Rampe nur dann schützen kann, wenn auch an ihren Enden kein Wasser unter die Beschichtung kriechen und in den Beton eindringen kann (act. 5/7 S. 26). Genau das würde passieren, wenn die Kante mangels Schutz durch ein Stahlprofil abbröckeln würde. Die Klägerin hat die fraglichen Arbeiten bezahlt (Abschnitt

8.1 oben). Es gab sie. Sie hat die Kosten detailliert zergliedert dargelegt. Die Beklagte hält dem nur pauschale, ungenügende Bestreitungen entgegen, so dass die effektiven Kosten als angemessen zu gelten haben. Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten für diesen Nachtrag zu ersetzen.

17.10 Garantie-Vereinbarung

Die Klägerin hat mit der E._____ AG abweichend von der SIA-Norm 118 eine Garantiefrist (Rügefrist) von zehn Jahren vereinbart (act. 5/117 S. 6 Ziff. 18). Sie hat mit der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 5'000.00 vereinbart, um die zehnjährige Garantie auch auf die zusätzlichen Arbeiten auszudehnen (act. 65 S. 215 Rz. 585). Mit dieser zehnjährigen Garantie hat sich die Klägerin etwas verschafft, was sie auch dann nicht erhalten hätte, wenn die Beklagte sogleich ein mängelfreies Stadion abgeliefert hätte. Dem entsprechend muss die Beklagte diese zusätzliche Vergütung nicht ersetzen.

17.11 Dübel etc. für Glastore

Damit die Fans rivalisierender Fussballmannschaften einander nicht in die Haare geraten, sind die verschiedenen Sektoren des Stadions Letzigrund durch eine Konstruktion aus dickem, bruch sicherem Glas und Metall voneinander getrennt. Die Klägerin spricht von Glastoren, Glaswänden oder auch von Sektorentrennern. Gemeint ist immer die Konstruktion im ersten Bild auf Seite 9 bzw. im zweiten und dritten Bild auf Seite 13 des Protokolls. Die Klägerin hat diese Sektorentrennwände nach der Abnahme des Stadions auf eigene Veranlassung und auf eigene Kosten einbauen lassen. Die Beklagte hatte damit nichts zu tun (act. 65 Rz. 910 S. 373).

Als die alte Kunststoffbeschichtung entfernt und die neue angebracht wurde, liess die Klägerin diese Sektorentrennwände abmontieren, einlagern und etwas versetzt neu montieren. Unter den Sektorentrennwänden hat die E._____ AG Feuchtigkeitsschäden festgestellt. Die Ankerlöcher waren vergrössert und es gab Korrosion. Deshalb mussten die Trennwände an neuer Stelle neu verankert und die alten Löcher verschlossen werden. Hoher Aufwand entstand nicht zuletzt, weil die

neuen Verankerungen auf Belastbarkeit zu testen waren und weil mit Messungen verhindert werden musste, dass die für die Statik wichtigen Spannkabel angebohrt oder anderweitig beschädigt werden. Die Klägerin vereinbarte mit der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 29'090.95 (zum Ganzen: act. 65 Rz. 586-599 S. 215ff.). Im Zusammenhang mit den Leistungen der H._____ AG erläutert die Klägerin, die Sektorentrennwände seien von Bodenbelag umgeben, aber nicht mit Bodenbelag unterzogen gewesen. Eine ausreichende Feuchtigkeitsabdichtung habe "aufgrund des (ursprünglichen) mangelhaften Bodenbelags der Umgangsrampe" gefehlt, das habe zu Korrosion und Vergrößerungen der Ankerlöcher geführt (act. 65 S. 376 Rz. 910 Legende zu Abb. 123).

Gerade nach der Darstellung der Klägerin waren es die Feuchtigkeitsschäden, die es notwendig machten, die Sektorentrennwände an neuer Stelle zu montieren und neu zu verankern. Von Feuchtigkeitsschäden berichtet die Klägerin sonst überall dort, wo an den Enden der Beschichtung nichts vorgekehrt war, um zu verhindern, dass Wasser unter die Beschichtung kriecht. Das deckt sich mit den Einschätzungen des Gutachters (act. 5/7 S. 26), der kritisiert, die Anschlussdetails seien mangelhaft geplant und ausgeführt. So muss es auch hier gewesen sein. Die ursprüngliche Kunststoffbeschichtung wies zwar 31 ungefähr haarbreite Risse auf. Die Klägerin behauptet nicht, alle 31 Risse im Belag hätten sich ausgerechnet in der Nähe der Dübel befunden, welche die Sektorentrennwände verankern. So war es auch nicht. Die Klägerin hat Pläne eingereicht, aus denen ersichtlich ist, wo genau die Risse waren (act. 3/69). Die Risse waren nicht besonders nahe an den nachträglich eingebauten Glaswänden (vgl. act. 5/69 Plan 3/8 und Plan 6/8 und Rissaufnahmen act. 5/36). Die Feuchtigkeitsschäden sind somit auf den Umstand zurückzuführen, dass eine ausreichende Feuchtigkeitsabdichtung dort gefehlt hat, wo die Kunststoffbeschichtung für die Verankerung der Sektorentrennwände unterbrochen wurde.

Das bedeutet, dass auch die Beauftragten der Klägerin den Anschlussdetails nicht die gebotene Beachtung geschenkt haben. Die Beklagte hatte mit dem Einbau der Trennwände nichts zu tun. Planer, deren Verhalten die Klägerin zu vertreten hat, haben keine ausreichende Abdichtung vorgesehen und Handwerker, de-

ren Verhalten die Klägerin zu vertreten hat, haben die Kunststoffbeschichtung durchtrennt, um die Sektorentrennwände anzubringen. Die von der Klägerin kritisierte und von der Beklagten bestrittene Verwendung von schnell härtendem Mörtel oder Recyclingbeton allein hätte keine Feuchtigkeitsschäden verursacht. Dazu braucht es Feuchtigkeit und die gelangte über undichte Anschlüsse unter die Beschichtung. Das wäre auch dann ein Problem, wenn die Beklagte anderen Mörtel verwendet hätte. Allenfalls wäre das Problem kleiner. Als Ursache steht jedenfalls das Durchtrennen der Beschichtung klar im Vordergrund. Das unterbricht den Kausalzusammenhang zur bestrittenen Wahl eines zweitklassigen Mörtels, der mehr Feuchtigkeit aufnimmt. Der Fehler der Klägerin war die *conditio sine qua non* für den Schaden. Das hat die Klägerin zu verantworten, die Beklagte hatte damit nichts zu tun. Bei den Kosten für diesen Nachtrag fehlt es somit an der Kausalität mit einem Mangel, den die Beklagte zu vertreten hat. Die entsprechenden Kosten hat die Beklagte nicht zu ersetzen.

17.12 Fassade Restaurant AU._____

17.12.1 Überblick

Auf der Ebene der Rampe, hinter der letzten Sitzreihe, befindet sich das Stadionrestaurant AU._____ (vgl. Prot. S. 9ff.). Die Klägerin hat im Zusammenhang mit Arbeiten an der Fassade des Restaurants eine zusätzliche Vergütung von CHF 47'229.85 akzeptiert (vgl. act. 5/131).

17.12.2 Parteistandpunkte

Für die Klägerin waren diese Arbeiten notwendig, um den gerügten Mangel zu beseitigen. Beim Abtragen des Belags habe sich herausgestellt, dass der Übergang zwischen der Kunststoffbeschichtung und dem Stadionrestaurant ungenügend gewesen sei. Die zusätzlichen Arbeiten würden verhindern, dass Wasser über die Fenster und die Fassadenteile darunter in den Boden der Rampe eindringen kann. Die vorhandene Abdichtung mit Kittfugen habe nicht ausgereicht. Die Klägerin habe für diese Arbeiten einen angemessenen Preis bezahlt. Weil

diese Arbeiten notwendig waren, um den gerügten Mangel zu beseitigen, schulde die Beklagte Aufwendungsersatz (zum Ganzen: act. 64 S. 235ff. Rz. 600-611).

Die Beklagte hält dem entgegen, diese Arbeiten würden ein gänzlich anderes Problem betreffen als die Rampenbeschichtung, die allein Prozessgegenstand sei. Im Übrigen bestreitet sie, dass es diese Arbeiten gab, dass sie notwendig waren und dass die Klägerin einen angemessenen Preis bezahlt hat. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Klägerin diese Arbeiten als Regiearbeiten habe durchführen lassen (zum Ganzen act. 68 S. 151ff.).

17.12.3 Würdigung

Die Klägerin legt überzeugend dar, was diese Arbeiten mit dem gerügten Problem (Risse und Wasserdurchbrüche in der Rampe) zu tun haben: Wenn die Fassade des Stadionrestaurants Wasser aufnimmt und dort, wo die Kunststoffbeschichtung endet, in den Beton der Rampe abgibt, dann tritt dieses Wasser an der Unterseite der Rampe wieder aus und verursacht dort Schäden. Die Beklagte betreibt Wortklauberei, wenn sie moniert, die Klägerin selbst mache Ansprüche betreffend Rampenbeschichtung geltend, hier gehe es um eine Fassade. Die Klägerin beschreibt detailliert, was sie hat einbauen lassen. Sie legt dar, wie sie die Fassade unterhalb der Fenster des Stadionrestaurants mit einer wasserfesten Platte hat abdichten lassen, wie sie eine Flüssigkunststoffolie bis unter den Belag hat ziehen lassen, dass sie bei den Restauranttüren Entwässerungsrinnen hat anbringen und dass sie Metallschienen hat anbringen lassen, wo die Fenster direkt auf den Bodenbelag treffen. All das bestreitet die Beklagte nur pauschal. Sie behauptet nicht, all das sei schon vorher vorhanden gewesen, und sie legt auch nicht dar, dass die nach klägerischer Darstellung einzig vorhandenen Kittfugen ausgereicht hätten. Bei einer derart detaillierten Darstellung kann sich die Beklagte nicht darauf beschränken, pauschal zu bestreiten dass Arbeiten stattgefunden haben und diesen die Notwendigkeit ebenso pauschal absprechen. Substantiiert zu bestreiten hätte bedeutet, darzulegen, was an Abdichtung vorhanden war und weshalb das ausreicht. Im Übrigen hat die Klägerin eine detaillierte Aufstellung und Arbeitsrapporte eingereicht (act. 5/131). Und sie hat auch diese Arbeiten bezahlt (Abschnitt 8.1 oben). Wenn diese Arbeiten überhaupt als bestritten zu gelten hät-

ten, wäre damit bewiesen, dass es sie gab. Weder die Notwendigkeit der Arbeiten, noch die Angemessenheit der bezahlten Preise bestreitet die Beklagte substantiiert.

Über unbeachtliche pauschale Bestreitungen hinaus geht einzig das Argument, die nachträgliche Vergabe von Regiearbeiten sei nicht nachvollziehbar. Das ist entgegen der Beklagten durchaus nachvollziehbar. Instruktiv ist das als Beilage eingereichte Video (act. 65/102). Dort ist beispielsweise gut sichtbar, wo die Klägerin die Flüssigkunststoffolie hat durchziehen lassen, weil die Klägerin Fotos aus der Zeit der Sanierung eingereicht hat, während laufender Arbeiten. Heute, nach Abschluss der Arbeiten, sieht man dem Belag nicht an, ob eine Flüssigkunststoffolie darunter gezogen ist oder nicht. Am vollendeten Bauwerk von blossem Auge erkennbar ist immerhin die Entwässerungsrinne bei der Restauranttüre. Die Klägerin belegt also, dass die Arbeiten, die sie hat durchführen lassen, heute zu einem guten Teil unsichtbar sind. Dementsprechend war auch ihr Fehlen unsichtbar und es ist verständlich, dass die Klägerin erst während laufender Arbeiten erkannt hat, dass zusätzliche Abdichtungsarbeiten notwendig sind.

Im Übrigen liesse die Vorhersehbarkeit der Arbeiten einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nicht ohne Weiteres entfallen. Die Beklagte argumentiert damit sinngemäss, die Klägerin hätte für diese Arbeiten im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrags Einheitspreise oder einen Pauschalpreis vereinbaren können. Wenn sie das getan hätte, hätte sie weniger als die für Regiearbeiten bezahlten CHF 47'229.85 bezahlen müssen. Gratis hätte sie die notwendigen Abdichtungen auch dann nicht erhalten. Wie es sich damit verhält, lässt sich nicht exakt beziffern. Allerdings gehen Baufachleute davon aus, dass Regiearbeiten tendenziell teurer sind. Deshalb bestehen Bauherrschaften und Bauleitungen oft auf rigorosen Formvorschriften und kontrollieren Rapporte genau, wenn Regiearbeiten durchzuführen sind. Der Nachweis, dass das Problem beim Abschluss des ursprünglichen Werkvertrags bekannt gewesen wäre, würde also bedeuten, dass die Mängelbehebung günstiger möglich gewesen wäre. Das müsste - in analoger Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR - zu einer Kürzung des Anspruchs auf Auf-

wendungsersatz nach Ermessen führen, wohl um einen Drittel oder einen Viertel. Gänzlich entfallen würde der Anspruch bei Weitem nicht.

17.13 Abdichtung Lampenschalen

17.13.1 Überblick

Rund um das Stadion sind 54 Leuchten in den Boden eingelassen. 32 davon sind in die Rampe eingelassen, eine davon ist im ersten Bild auf Seite 10 des Protokolls zu sehen. Weitere 22 Leuchten sind in den Gussasphaltboden eingelassen. Für zusätzliche Arbeiten an den Schalen, in denen diese Leuchten untergebracht sind, verlangt die Klägerin Aufwendungsersatz von CHF 4'447.80.

17.13.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin führt aus, wo die Beschichtung ende, habe es auch rund um die Lampenschalen an fachgerechten Abschlüssen gefehlt. Deshalb sei Wasser in die Lampenschalen eingedrungen habe dort Korrosionsschäden verursacht. Die Lampenschalen hätten deshalb mit einem Sandstrahler gereinigt werden müssen. Auch habe die E._____ AG neue, fachgerechte Abschlüsse erstellen müssen. Dies sei notwendig, um die elektrischen Lampen vor Feuchtigkeit zu schützen, aber auch, damit kein Wasser unter die Beschichtung dringt. All das sei notwendig gewesen, um ein mängelfreies Werk zu erhalten. Die Klägerin verlange nur Aufwendungsersatz für die Kosten jener 32 Leuchten, die im Beton der Rampe eingelassen sind, nicht für die weiteren 22 Leuchten im Gussasphaltboden (zum Ganzen: act. 64 Rz. 612-621 S. 247ff.).

Die Beklagte wendet ein, all das habe mit dem gerügten Mangel nichts zu tun. Sie bestreitet Mängel in den Lampenschalen, dass Arbeiten durchgeführt wurden, dass die Klägerin diese bezahlt hat und dass diese notwendig waren und der behauptete Preis angemessen sei. Ferner behaftet sie die Klägerin darauf, dass sich nur 32 Leuchten im Beton der Rampe befinden (act. 68 S. 153f.).

17.13.3 Würdigung

Die E. _____ AG hat die behaupteten Arbeiten ausgeführt. Die eingereichte Aufstellung und die Arbeitsrapporte (act. 5/131) zusammen mit dem Umstand, dass die Klägerin diese Arbeiten bezahlt hat, beweisen das. Rost ist auf den eingereichten Bildern der Lampenschalen deutlich sichtbar (vgl. das Video act. 65/108). Das passt auch zum Befund des Gutachters, wonach die Anschlussdetails ungenügend geplant und ausgeführt waren (act. 5/7 S. 26). In diesem Nachtrag geht es nicht um Rost an den Leuchten selbst, es geht um Rost in den Aussparungen, in denen sich die Leuchten befinden. Diese Aussparungen sind die sogenannten Lampenschalen. Sie sind Teil der Rampe. Dass diese Schäden - und damit der Handlungsbedarf - erst erkannt wurden, als der Belag abgetragen und die Leuchten demontiert waren, überzeugt. Von den Lampenschalen sieht man kaum etwas, wenn die Leuchten montiert sind (vgl. Prot. S. 10). Die Klägerin hat gerügt, es komme in der Rampe immer wieder zu Rissen und Wasserdurchbrüchen. Diese Arbeiten hängen eng genug damit zusammen, um als Teil der Mängelbeseitigung zu gelten. Die Klägerin hat nicht explizit gerügt, die Risse und Wasserdurchbrüche würden auch die Lampenschalen in Mitleidenschaft ziehen. Es geht um die Abwendung von Schäden durch eindringendes Wasser. Auch an den Lampenschalen müssen die Anschlüsse der Beschichtung so ausgeführt sein, dass kein Wasser unter die Beschichtung kriechen kann. Dass Risse und Wasserdurchbrüche durch die Rampe Anlass geben, Aussparungen in der Rampe, in denen sich elektrische Einrichtungen befinden, abzudichten, überrascht nicht. Die Arbeiten waren notwendig, um den gerügten Mangel zu beseitigen. Mit den Kosten für Arbeitsstunden und Material oder den eingesetzten Mengen setzt sich die Beklagte nicht im Detail auseinander. Die bezahlten Preise gelten deshalb als angemessen bzw. unbestritten.

Auch die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagte keinen Aufwendungsersatz für Arbeiten an den 22 Lampenschalen im Gussasphalt schuldet. Die verlangten CHF 4447.80 entsprechen jedoch den Kosten für die gesamten 54 Lampenschalen. Die Aufstellung auf der ersten Seite von act. 5/133 ist mit "NO 54 Lampenschalen" überschrieben. Das spricht eher dafür, dass es um sämtliche 54 Lam-

penschalen geht. Die Aufstellung weist 10 Arbeitsstunden eines Vorarbeiters und 29 Arbeitsstunden von Facharbeitern auf. In den darauf folgenden Arbeitsrapporten hat die Klägerin pink markiert, welche Arbeitsstunden das sind. Im Rapport vom 31. Juli 2014 ist die Arbeit handschriftlich umschrieben mit "weiterführen Abdichtung zweite Hälfte resp. letzte 13 Lampen im Asphaltbereich Lampen herausnehmen, Funktionskontrolle, Reinigen, Wasser entfernen, versetzen und mit Butylband abdichten". Wenn die Letzten 7 Facharbeiterstunden für die letzten Lampen im Gussasphaltbereich aufgewendet wurden, zeigt das, dass der Nachtrag entgegen der klägerischen Darstellung die Kosten für die gesamten 54 Lampenschalen ausweist. Angesichts der klaren Urkunden erübrigt es sich, Zeugen zu befragen, deren Erinnerungen an solche Details unzuverlässig sind. Der Klägerin sind somit nur 32/54 des geforderten Betrags zuzusprechen, das sind CHF 2'635.73.

17.14 Korrosionsschutz Lampenschalen

In einem weiteren Nachtrag unter dem Titel "NO für 54 Lampenschalen, Korrosionsschutz-Erneuerung" hat die Klägerin eine zusätzliche Vergütung für die E._____ AG von CHF 25'941.65 akzeptiert (act. 5/132). Ein Blick auf die in act. 5/132 eingereichten Arbeitsrapporte zeigt, dass vor allem das Sandstrahlen der 54 Lampenschalen arbeitsintensiv war. Ferner war neuer Korrosionsschutz auf die Lampenschalen aufzutragen. Bezüglich der Parteistandpunkte kann auf den vorstehenden Abschnitt betreffend das weit günstigere Abdichten der Lampenschalen verwiesen werden. Die Lampenschalen waren rostig, weil Wasser in die Rampe und auch in die Lampenschalen eingedrungen ist. Diesen Rost mussten Arbeiter mit einem Sandstrahler entfernen, dabei wird zwangsläufig auch aufgetragener Korrosionsschutz entfernt, der wieder aufzutragen ist. Der Rost in den Lampenschalen ist eine Folge des gerügten Mangels (Wasserdurchbrüche). Die Preise und Mengen bestreitet die Beklagte nicht substantiiert. Allerdings ist auch hier darauf hinzuweisen, dass die eingereichte Aufstellung (erste Seite von act. 5/132) die Kosten für alle 54 Lampenschalen ausweist. Verrechnet sind für alle Stufen von Mitarbeitern insgesamt 193.1 Arbeitsstunden. Das entspricht den pink markierten Arbeitsstunden in den folgenden Arbeitsrapporten. Eine Aufglie-

derung nach Lampenschalen im Gussasphalt und in der Rampe ist nicht ersichtlich und es ist auch nicht so, dass weitere, nicht pink markierte Arbeitsstunden im Umfang von etwa 22/54 des gesamten Aufwands sichtbar wären. Somit ist davon auszugehen, dass die Aufstellung auf der ersten Seite von act. 5/132, genau wie nachweislich jene in act. 5/133, die Kosten für alle 54 Lampenschalen ausweist. Das entspricht auch ihrem Wortlaut. Der Klägerin sind somit nur 32/54 des bezahlten Betrags zuzusprechen, das sind CHF 15'372.81.

17.15 Nachtrag H._____

Die Klägerin hat gegenüber der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 3'169.93 akzeptiert. Es geht hier um Mehraufwand für Arbeit und Material, der im Zusammenhang mit Arbeiten der H._____ AG entstanden war. Es geht um Aufwand für das fachgemässe Verschiessen jener Öffnungen, in denen die Sektorentrennwände angebracht waren (act. 64 Rz. 631 S. 265; act. 5/134).

Dieser Aufwand ist nicht auf Mängel zurückzuführen, welche die Beklagte zu vertreten hat. Die Sektorentrennwände mussten an einer neuen Stelle montiert werden, weil der Abschluss der Beschichtung an der bisherigen Stelle nicht fachgerecht ausgeführt war, so dass Wasser unter die Beschichtung kriechen und Feuchtigkeitsschäden verursachen konnte. Das hat die Klägerin zu vertreten; die Beklagte hatte mit dem Einbau der Sektorentrennwände nichts zu tun (Abschnitt 17.11 oben). Die Beklagte schuldet dafür keinen Aufwendungsersatz.

17.16 AD._____

17.16.1 Überblick

Die Klägerin vereinbarte mit der E._____ AG eine zusätzliche Vergütung von CHF 7'285.15. Die E._____ AG hatte die AD._____ AG beigezogen, weil sie einen Engpass bei Mitarbeitern, Maschinen und Material hatte (act. 64 Rz. 639-640 S. 269).

17.16.2 Parteistandpunkte

Die E. _____ AG habe auf Ressourcen der AD. _____ AG zurückgreifen und dafür bezahlen müssen, weil sich erst im Verlauf der Bauarbeiten die Notwendigkeit zahlreicher weiterer Arbeiten gezeigt habe. Die zahlreichen Nachtragsarbeiten hätten den Engpass bewirkt. Sinngemäss macht die Klägerin geltend, auch hier handle es sich um Aufwand, den die Klägerin in guten Treuen veranlasst habe, um den gerügten Mangel zu beseitigen (act. 64 Rz. 639-645 S. 269ff.).

Die Beklagte bestreitet sinngemäss, dass es diese Arbeiten gab, dass sie notwendig waren, dass die Klägerin sie bezahlt hat und dass der Preis angemessen war. Sie macht sinngemäss geltend, die Klägerin hätte diese Arbeiten in den ursprünglichen Werkvertrag integrieren sollen und hätte dann einen besseren Preis erhalten (act. 68 S. 157f.).

17.16.3 Würdigung

Die Klägerin hat eine Aufstellung und zwei Arbeitsrapporte der E. _____ AG eingereicht (act. 5/135). Zusammen mit dem Umstand, dass die Klägerin diese Arbeiten bezahlt hat (Abschnitt 8.1 oben), beweist das, dass es sie gab. In diesem Nachtrag geht es nicht um zusätzliche Arbeiten, die gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag (act. 5/117) nicht geschuldet waren. Es geht um eine zusätzliche Vergütung für die ursprünglich vereinbarten Arbeiten, weil die E. _____ AG diese unter widrigen Umständen (zahlreiche Nachträge) zu erbringen hatte. Die Notwendigkeit dieser Arbeiten bestreitet die Beklagte nicht substantiiert. Sie hat im Gegenteil dafür gehalten, die Offerte der E. _____ AG enthalte dieselben Leistungen wie jene der AL. _____ AG, welche die Klägerin hätte annehmen sollen (Abschnitt 16.2 oben). Es geht um eine zusätzliche Vergütung für anerkanntermaassen notwendige Arbeiten.

Die vorstehenden Abschnitte zeigen, dass es tatsächlich zahlreiche Nachträge gab und sich die Notwendigkeit diverser Arbeiten erst herausstellte, als die alte Beschichtung abgefräst war. Das sind veränderte Ausführungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 SIA 118. Die Klägerin konnte somit nicht einfach auf

dem ursprünglich vereinbarten, tieferen Preis beharren. Die SIA-Norm 118 hält die Parteien in solchen Fällen dazu an, sich über eine zusätzliche Vergütung zu einigen. In Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 nennt die SIA-Norm 118 Kriterien für die Festsetzung neuer Preise, die vor allem auf Beststellungsänderungen zugeschnitten sind (ähnlichste vertragliche Leistung; ursprüngliche Kostengrundlage). Entlang welcher Kriterien die Vergütung zu erhöhen ist, wenn der Unternehmer die bestellte Leistung unter widrigeren Umständen als vorhergesehen zu erbringen hat, ist der Norm nicht zu entnehmen. Das schafft einen grossen Ermessens- und Verhandlungsspielraum.

Vor diesem Hintergrund, und mit Blick auf den Zeitdruck wegen der bevorstehenden Leichtathletik-Europameisterschaften, war es vertretbar, diesen Nachtrag zu akzeptieren. Sich für eine zusätzliche Vergütung an den Kosten des Beizugs externer Ressourcen zu orientieren, macht Sinn und verhindert die Vereinbarung einer willkürlich festgesetzten Summe. Zudem handelte die Klägerin kommerziell vernünftig, indem sie eine Nachtragsforderung von knapp einem Prozent der ursprünglich vereinbarten Vergütung, die sich mit Blick auf Art. 87 Abs. 1 SIA 118 nicht einfach zurückweisen liess, akzeptierte. Das entspricht auch dem Verhalten einer vernünftigen Bauherrschaft, welche die Kosten nicht an Dritte überwälzen kann.

17.17 Belag Aussentreppe

Die Klägerin hat für Arbeiten an der Aussentreppe eine zusätzliche Vergütung von CHF 32'208.12 akzeptiert (act. 64 S. 272ff. Rz.,. 646-659). Da die Aussentreppe nicht von der Rüge abgedeckt ist, schuldet die Beklagte dafür keinen Aufwendungsersatz.

17.18 Deckenreparatur

17.18.1 Überblick

Die Klägerin hat für die Reparatur der Decke in den Catering-Räumen, also für die Reparatur der Unterseite der Rampe, eine zusätzliche Vergütungsforderung der E. _____ AG von CHF 8'165.74 akzeptiert.

17.18.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin hält dafür, das Wasser, das an der Oberseite in die Rampe eingedrungen sei, habe an der Unterseite der Rampe, also an der Decke der Catering-Räume, Feuchtigkeitsschäden verursacht. Es sei zu Kalkausblühungen, Schimmel und dergleichen gekommen. Zum Nachtrag sei es gekommen, weil das Ausmass der Schäden erst nach und nach ersichtlich geworden sei und deren Beseitigung aufwändiger gewesen sei als erwartet. Das habe im Zeitpunkt der Offerte der E. _____ AG (28. April 2014) oder beim Abschluss des Werkvertrags (8. Juli 2014) noch nicht in vollem Ausmass vorhergesehen werden können (zum Ganzen: act. 64 S. 288ff. Rz. 660-667).

Die Beklagte hält dem entgegen, hier gehe es um die Rampenunterseite, diesbezüglich sei die Klägerin nicht zur Ersatzvornahme berechtigt. Es handle sich hier um ein ganz anderes Werkteil als die Rampenbeschichtung. Weiter bestreitet die Beklagte, dass es diese Arbeiten gab, dass die Klägerin sie bezahlt hat und dass sie notwendig waren, ohne sich im Einzelnen mit den Behauptungen der Klägerin auseinanderzusetzen (act. 68 S. 159f.).

17.18.3 Würdigung

Das Gutachten W. _____ beschreibt den Zustand der Unterseite der Rampe, also der Decke der Catering-Räume in Wort und Bild (act. 5/7 insb. S. 12f. und Anhang D). Die Unterseite der Rampe wies Risse auf. Dort ist Wasser ausgetreten. Einmal verdunstet, blieben die im Wasser gelösten Salze zurück, was die Klägerin als Kalkausblühungen, der Gutachter als Sinterspuren bezeichnet. Von Schimmel ist nicht die Rede, doch wäre das mit Blick auf die Feststellungen des Gutachters

keinesfalls überraschend. Wie es sich mit dem Schimmel verhält, kann offen bleiben. Die Feststellungen des Gutachters lassen so oder anders keinen Zweifel daran, dass die Decke bzw. die Unterseite der Rampe reparaturbedürftig war. Die Beklagte betreibt Wortklauberei, wenn sie den Zusammenhang mit dem gerügten Mangel nicht sehen will oder in der Unterseite der Rampe ein anderes Werkteil erblickt. Die Klägerin hat Risse in der Rampe und Wasserdurchbrüche gerügt. Das Wasser, das an der bewitterten Oberseite der Rampe in die Rampe gelangt, hat an der Unterseite der Rampe Schaden angerichtet. Das hängt entgegen der Beklagten durchaus mit dem gerügten Mangel zusammen.

Die Beklagte hat ohne jede Unterscheidung zwischen Ober- und Unterseite geschrieben, sie werde keine Nachbesserungen an der Rampe durchführen (Abschnitt 7.4.1 oben). Vor diesem Hintergrund war die Klägerin ohne Fristansetzung zur Ersatzvornahme berechtigt.

Die behaupteten Arbeiten gab es und die Klägerin hat sie bezahlt (act. 5/137 und Abschnitt 8.1 oben). Notwendig waren sie ebenfalls. Obwohl die Klägerin detailliert beschreibt, welche Arbeiten sie hat ausführen lassen und welche Beträge sie für welche Mitarbeiter und Geräte bezahlt hat, begnügt sich die Beklagte mit pauschalen Bestreitungen. Sie zeigt nicht ansatzweise auf, wie eine Decke ohne Feuchtigkeitsschäden günstiger zu erreichen gewesen wäre.

Näher einzugehen ist einzig auf den Einwand, die Arbeiten seien vorhersehbar gewesen und die Klägerin hätte dafür Einheitspreise vereinbaren können. Die Reparaturbedürftigkeit der Decke war grundsätzlich bereits mit den Feststellungen des Gutachters ausgewiesen, Unklarheiten kann es höchstens bei der Frage gegeben haben, was genau zu tun ist und was das kostet. Die Reparaturbedürftigkeit war vorhersehbar, aber die Klägerin hat das jedenfalls nicht im vollen Ausmass vorhergesehen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Klägerin übliche Sorgfaltsstandards missachtet und so die Arbeiten unnötig verteuert hätte. Es geht um einen Nachtrag von gut achttausend Franken. Das ist nicht einmal ein Prozent der Bausumme. Nachträge in dieser Grössenordnung sind gang und gäbe. Es mag sein, dass die Klägerin diese Arbeiten mit im Voraus vereinbarten Einheitspreisen für ein- oder zweitausend Franken weniger hätte bestellen kön-

nen. Wenn die Klägerin allerdings das Ingenieurbüro C._____ oder andere Beauftragte nach solch kleinen Optimierungsmöglichkeiten hätte suchen lassen, wären dafür die Ingenieurkosten entsprechend höher. Indem die Klägerin Arbeiten dieser Grössenordnung nicht im Voraus eingeplant hat, obwohl das - rückblickend betrachtet - möglich gewesen wäre, hat die Klägerin kein unwirtschaftliches Verhalten an den Tag gelegt. Das wäre durchaus auch das Verhalten einer vernünftigen Bauherrschaft, welche die Kosten der Nachbesserung selber zu tragen hat. Dem entsprechend schuldet die Beklagte für diesen Nachtrag Aufwendungsersatz.

17.19 Dünnschichtbelag

17.19.1 Überblick

Die Klägerin hat unter dem Titel "NO Restarbeiten Dünnschichtbelag" eine zusätzliche Vergütung von CHF 10'092.09 akzeptiert.

17.19.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin führt aus, aufgrund der vielen zusätzlichen Nachträge habe es auch viele zusätzliche Schnittstellen gegeben. Weil etwa auch noch Arbeiten an der Restaurantfassade notwendig waren, habe es auch Arbeiten am Übergang zwischen Fassade und Bodenbelag gebraucht. Ebenso zwischen der Kunststoffbeschichtung und dem Gussasphaltboden, an der Aussentreppe oder zwischen den Tribümentreppen und der neuen Kunststoffbeschichtung. Diese Restarbeiten seien logische Folge der bereits dargestellten Nachträge und damit ebenso unvorhersehbar. Die Klägerin habe somit zu Recht eine zusätzliche Vergütung für die E._____ AG akzeptiert (act. 64 Rz. 668-674 S. 293ff.).

Die Beklagte hält dem entgegen, es gehe nicht an, einzelne Arbeiten einfach zu Restarbeiten zu erklären und dafür zu ihren Lasten eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren. Was genau diese Restarbeiten gewesen seien, sei nicht hinreichend substantiiert. Im Übrigen bestreitet die Beklagte, dass diese Arbeiten etwas mit dem gerügten Mangel zu tun haben. Sie bestreitet weiter, dass die E._____ AG diese Arbeiten vollständig ausgeführt hat, dass sie notwendig waren und dass der Preis dafür angemessen war (act. 68 S. 160f.).

17.19.3 Würdigung

Wiederum hat die Klägerin eine Aufstellung über die geleisteten Arbeitsstunden, das verbrauchte Material und die Berechnung der Zusatzvergütung und die entsprechenden Arbeitsrapporte eingereicht (act. 5/138). Zusammen mit dem Umstand, dass die Klägerin diese Arbeiten bezahlt hat, ist damit bewiesen, dass die E._____ AG diese Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat. Die Notwendigkeit der Arbeiten und die Angemessenheit der einzelnen Stunden- und Materialtarife oder der aufgewendeten Stunden und Materialien bestreitet die Beklagte nur pauschal. Das ist unbeachtlich.

Fraglich ist allerdings, ob für die verurkundeten Arbeiten durchwegs eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren war. Für die Arbeiten gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag vom 8. Juli 2014 haben die Klägerin und die E._____ AG Einheitspreise vereinbart (act. 5/117). Einheitspreise gelten alle Nebenleistungen ab, sie sind das Entgelt für die gesamte vertragsgemässe Ausführung der Leistung (Art. 39 Abs. 2 SIA 118). Soweit Arbeit oder Material auch notwendig gewesen sein könnte, um im Werkvertrag vom 8. Juli 2014 vereinbarte Leistungen zu erbringen, hätte die Klägerin Forderungen nach einer zusätzlichen Vergütung zurückweisen müssen. Nur dort, wo es um zusätzliche Leistungen geht, kommt eine zusätzliche Vergütung in Frage. Es irritiert und ist unnötig kompliziert, dass es einen Nachtrag für Restarbeiten gibt, der logische Folge der bisherigen Nachträge sein soll. Letztlich kommt es allerdings nicht darauf an. Entscheidend ist, ob die geleistete Arbeit zu einer Leistung gehört, für die ein Einheitspreis vereinbart ist oder nicht.

Insgesamt geht es um 12 Vorarbeiter- und 78 Facharbeiterstunden, um 33 Maschinenstunden und diverses Material (act. 5/138 S. 1). Die Rapporte "Restarbeiten 1" bis "Restarbeiten 3" (act. 5/138 S. 2-4) betreffen Arbeiten an der Fassade des Restaurants AU._____. Insbesondere geht es um die bereits erwähnte Flüssigkunststoffolie ("FLK-Applikation"; "FLK-Folie"). Die ersten drei Rapporte weisen 22,5 ("Restarbeiten 1"), 26,5 ("Restarbeiten 2") und 21 ("Restarbeiten 3") Arbeitsstunden aus. Total sind das 70 Arbeitsstunden zu CHF 85. Für die Arbeiten an der Fassade des Restaurants AU._____ waren keine Einheitspreise vereinbart. Dass es diese Arbeiten auch noch braucht, wurde erst im Verlauf der Bauar-

beiten klar (Abschnitt 17.12 oben). Bei den Arbeitsstunden dieser drei Rapporte ist auszuschliessen, dass die Klägerin Arbeiten noch einmal bezahlt hat, die mit Einheitspreisen bereits abgegolten waren. Dasselbe gilt für die Maschinenstunden (11.5 Stunden Schleifmaschine/Winkelschleifer; 13.5 Stunden Staubsauger, 1 Stunde Rührwerk) und das Material.

Anders verhält es sich bei den folgenden vier Rapporten. Aufgrund der stichwortartigen Umschreibung ("anschleifen Siegel auf Einstreuung B 12. Bei benannter Stelle aufgesandet und A7 ebenso"; "bei aufgeschichteter Vertiefung B12 + A7 nochmals nachgeschichtet zur Nivellierung" usw.) bleibt zweifelhaft, ob die Klägerin Forderungen nach einer zusätzlichen Vergütung unter Hinweis auf die Einheitspreise hätte zurückweisen sollen oder nicht. Die Klägerin hat nicht so genau beschrieben, was die E._____ AG geleistet hat, dass sich das beurteilen liesse. Die Beklagte hat somit nur für die in den ersten drei Rapporten aufgeführten Leistungen Verwendungsersatz zu leisten.

Für den in den Rapporten ausgewiesenen Materialverbrauch für das Produkt "AD._____ 375 N" ist kein Preis ersichtlich. Dem entsprechend ist dafür nichts zuzusprechen. Ungewiss bleibt auch, ob mit den im Rapport "Restarbeiten 2" erwähnten 150 Gramm Verdünner dasselbe Produkt gemeint ist wie die in Litern bemessene "Verdünnung S" gemäss Aufstellung. Das muss unberücksichtigt bleiben. Zuzusprechen sind demnach CHF 7'621.05 gemäss nachfolgender Tabelle:

	Einheit	Anzahl	Ansatz		
Arbeit	Stunden	70	CHF	85.00	CHF 5'950.00
Schleifmaschine	Stunden	11.5	CHF	15.00	CHF 172.50
Rührwerk	Stunden	1			CHF 22.00
Staubsauger	Stunden	13.5	CHF	6.00	CHF 81.00
Aceton	Liter	2	CHF	5.75	CHF 11.50
AG 810	Kilogramm	2.7	CHF	19.25	CHF 51.98
Alox	Kilogramm	150	CHF	0.90	CHF 135.00
Klebebandrollen	Stück	5	CHF	8.00	CHF 40.00
AG 359 N	Kilogramm	17	CHF	18.17	CHF 308.89
			Total Material und Maschinen		CHF 822.87
			Zuschlag 12%		CHF 98.74
			Total Brutto Arbeit, Material und Maschinen		CHF 6'871.61
			Gewinnzuschlag 3%		CHF 206.15
			Zwischentotal		CHF 7'077.76
			Abzug Bauversicherung		CHF -21.23
			Zwischentotal		CHF 7'056.52
			Mehrwertsteuer		CHF 564.52
			Total Netto		CHF 7'621.05

17.20 Zinsenlauf

Der Schadenszins ist eine pauschalisierte Entschädigung für die Entbehrung des eingesetzten Kapitals. Entsprechend ist er ab dem Zeitpunkt des Schadenseintritts geschuldet. Das ist der Zeitpunkt der Zahlung, wo es um die Rechnung eines Dritten geht. Die Klägerin hat der E._____ AG Akontozahlungen geleistet. Diese lassen sich nicht einzelnen Leistungen zuordnen. Der mittlere Verfalltag für die geforderte Summe aus insgesamt sieben Zahlungen ist der 24. September 2014. Deshalb ist der zuzusprechende Betrag auf diesen Tag hin zu verzinsen. Weil eine Zuordnung unmöglich ist, ist zu fingieren, die Klägerin habe mit jeder Akontozahlung gleichermassen Leistungen bezahlt, die von ihr zu tragen sind und Leistungen, die sie auf die Beklagte überwälzen kann.

18 F. _____

18.1 Überblick

Die Klägerin verlangt CHF 143'713.80 Verwendungsersatz für Arbeiten der F. _____ AG. Dabei geht es um Arbeiten an der Fassade und den Holzstützen des Restaurants AU. _____ (vgl. Prot. S. 9ff.).

18.2 Parteistandpunkt

Für die Klägerin sind die Arbeiten der F. _____ AG notwendiger Teil der Mängelbehebung, die sie anstelle der Beklagten vorgenommen habe. Die hölzernen Stützpfeiler beim Restaurant AU. _____ seien von Belag umgeben, aber nicht mit Belag unterzogen gewesen. Der Anschluss habe sich auf eine Kittfuge beschränkt. Die hölzernen Stützpfeiler hätten somit Feuchtigkeit aufsaugen und in die Betonkonstruktion der Rampe abgeben können. Die F. _____ AG habe die hölzernen Stützpfeiler gekürzt und für Anschlüsse der Kunststoffbeschichtung gesorgt, unter die kein Wasser kriechen kann. Auch habe die F. _____ eine kleine Metalltreppe beim Stadionrestaurant anheben und den Belag darunter reprofilieren müssen. Die F. _____ AG habe weiter die Fassade beim Stadionrestaurant AU. _____ saniert. Sie habe für wasserdichte Anschlüsse zwischen Fassade und Kunststoffbeschichtung gesorgt und für eine Fassadenkonstruktion gesorgt, die kein Wasser aufnehmen und in die Betonkonstruktion der Rampe abgeben kann (zum Ganzen: act. 64 Rz. 815-885 S. 320ff.).

Die Beklagte hält dem entgegen, all das habe mit dem gerügten Mangel und dem Prozessgegenstand nichts zu tun. Es gehe um Mängel der Rampenbeschichtung, die Fassade des Stadionrestaurants habe damit nichts zu tun. Weiter bestreitet die Beklagte, dass diese Arbeiten ausgeführt und bezahlt wurden, dass sie notwendig waren und dass die Klägerin dafür einen angemessenen Preis bezahlt hat (act. 68 S. 170-173).

18.3 Würdigung

Die Klägerin hat den Werkvertrag mit der F. _____ AG (act. 65/142), deren Rechnungen (act. 5/180-182), ein Protokoll über die Abnahme der Arbeiten (act. 5/182A), Zahlungsbelege betreffend die Rechnungen (act. 65/144-146) sowie ein Video mit Bildern aus der Zeit, als die F. _____ diese Arbeiten ausführte, eingereicht (act. 65/143). Daran, dass es diese Arbeiten gab und die Klägerin sie bezahlt hat, kann kein ernsthafter Zweifel bestehen.

Die Klägerin hat auch eingehend erklärt, was diese Arbeiten mit dem gerügten Problem der Risse und Wasserdurchbrüche durch die Rampe zu tun haben: Die Fassade des Stadionrestaurants AU. _____ beginnt dort, wo die für diesen Prozess zentrale Kunststoffbeschichtung endet. Sinn der Arbeiten der F. _____ AG war es, die Anschlüsse zwischen Fassade und Kunststoffbeschichtung so auszuführen, dass kein Wasser unter die Beschichtung kriechen kann. Der Gerichtsgutachter W. _____ monierte, dass dem vorher nicht so war (act. 5/7 S. 26). Auch wenn die F. _____ die Fassade so ausgestaltet, dass sich zuoberst eine wasserfeste Platte befindet, wirkt das dem Eindringen von Wasser in die Rampe entgegen. Die Fassade kann dann kein Wasser mehr aufnehmen und abgeben. Was die erwähnte Treppe betrifft, ist festzuhalten, dass es hier nicht um die fragliche Aussentreppe aus Beton geht, an welcher dieselbe Kunststoffbeschichtung angebracht ist wie auf der Rampe (zur Aussentreppe Abschnitt 14.3 oben). Es geht um eine kleine Metalltreppe auf der Rampe (vgl. Abb. 106 und Abb. 107 in act. 64 S. 327). Entgegen der Beklagten, die diesen Erklärungen nur pauschal bestreitende Textbausteine entgegen hält, dienten die Arbeiten der F. _____ AG sehr wohl dazu, den gerügten Mangel (Risse und Wasserdurchbrüche durch die Rampe) zu beheben. Wenn die Beklagte geltend macht, die Fassade sei nicht die Beschichtung, nur diese habe die Klägerin zum Prozessgegenstand erhoben, ergeht sie sich in Wortklauberei.

Die Beklagte bestreitet nur pauschal, dass diese Arbeiten notwendig waren und die Klägerin einen angemessenen Preis bezahlt hat. Sie zeigt nicht auf, wie sich wasserdichte Anschlüsse der Beschichtung an die Fassade günstiger hätten aus-

führen lassen und sie schweigt sich darüber aus, wo genau die Klägerin zu viel bezahlt haben soll. Sie tut dies, obwohl die Klägerin äusserst detailliert darlegt, welcher namentlich genannte Mitarbeiter für welchen Arbeitsschritt wie viele Stunden gearbeitet hat und welche Beträge die F._____ für Material verrechnet hat (act. 64 Rz. 827-881 S. 334ff.). Vor diesem Hintergrund ist das keine gültige, substantiierte Bestreitung. Darauf hat das Gericht die Beklagte auch hingewiesen (vgl. Verfügung vom 10. Mai 2017, E. 3.3). Die Arbeiten der F._____ AG haben somit als notwendig und angemessen zu gelten. Die Beklagte hat dafür Verwendungsersatz zu leisten.

19 G._____

Die Klägerin verlangt Verwendungsersatz für zwei Rechnungen des Unternehmens G._____. Die Rechnung vom 24. Juli 2014 beläuft sich auf CHF 22'050.30 (act. 5/183), die Rechnung vom 4. November 2014 auf CHF 8'624.55 (act. 5/184). Es geht um Teile aus Stahl, welche die Klägerin in die Rampe und die Aussentreppe hat einbauen lassen. Die Rechnungen betreffen die Herstellung und Montage dieser Teile. Auch diese Rechnungen hat die Klägerin bezahlt (Abschnitt 8.1 oben).

Die zweite Rechnung betrifft die Aussentreppe. Dafür schuldet die Beklagte keinen Verwendungsersatz (vgl. Abschnitt 14.3 oben). Was die erste Rechnung betrifft, setzt die Beklagte den detaillierten Darlegungen der Klägerin nur pauschale Bestreitungen entgegen. Wie bereits mehrfach erwähnt war an den Enden der Kunststoffbeschichtung nichts vorgekehrt, um zu verhindern, dass Wasser unter die Beschichtung kriecht und in die Rampe eindringt. Die Metallprofile und weiteren Stahlteile von G._____ waren Teil der Vorkehrungen, um das zukünftig zu verhindern. Sie dienten, soweit es nicht um die Aussentreppe geht, der Beseitigung des gerügten Mangels und die Klägerin zeigt nicht auf, wie das günstiger möglich gewesen wäre. Für die erste Rechnung hat die Klägerin somit Verwendungsersatz zu leisten.

20 H._____ AG

20.1 Teilforderung für das Abmontieren, Einlagern und neu montieren

Wie bereits im Zusammenhang mit den Nachträgen der E._____ AG erwähnt, liess die Klägerin nachträglich eine Konstruktion aus bruch sicherem Glas einbauen, um die Fans rivalisierender Mannschaften voneinander zu trennen. Damit hatte die Beklagte nichts zu tun. Diese Konstruktion liess die Klägerin im Rahmen der Ersatzvornahme abmontieren, einlagern und leicht versetzt neu montieren.

An einer neuen Stelle mussten die Trennwände montiert werden, weil sich die Ankerlöcher vergrössert hatten und es zu Korrosion gekommen war. Eine ausreichende Feuchtigkeitsabdichtung habe gefehlt. Die Klägerin führt das auf den ursprünglichen, mangelhaften Bodenbelag zurück. Sie schreibt weiter, die Sektorentrennwände seien nicht mit Bodenbelag unterzogen, sondern lediglich von Bodenbelag umgeben gewesen (zum Ganzen act. 64 S. 373ff. Rz. 909ff., insb. S. 377 Rz. 910).

Die Klägerin fordert knapp achtzehntausend Franken. Die drei eingereichten Rechnungen der H._____ AG belaufen sich auf fast sechzigtausend Franken. Arbeiten für fast vierzigtausend Franken haben auch nach der Darstellung der Klägerin nichts mit den von der Beklagten verursachten Mängeln zu tun (act. 64 S. 379 Rz. 914; act. 5/185-187). Aus der zweiten der drei eingereichten Rechnungen geht hervor, dass die Klägerin die Trennwände im Werk der H._____ AG in AV._____ zerlegen und überholen liess. Die Rechnungsposition "Wiederherstellung" beläuft sich auf brutto CHF 35'360.-- (act. 5/186 S. 1f.).

20.2 Fehlende Kausalität

Aus der Darstellung der Klägerin geht hervor, dass sie selbst diese Kosten verursacht hat: Als Ursache gibt die Klägerin die mangelnde Feuchtigkeitsabdichtung an. Mit dem nachträglichen Einbau dieser Trennwände hatte die Beklagte - immer nach der klägerischen Darstellung - nichts zu tun. Das Handeln der Planer, die keine ausreichende Abdichtung vorgesehen haben, hat die Klägerin zu vertreten.

Ebenso das Handeln der Handwerker, welche die Kunststoffbeschichtung durchtrennt haben, ohne ausreichend abzudichten, um die Trennwände zu montieren. Nur so konnte Feuchtigkeit unter die Beschichtung gelangen und zu Korrosion und zur Vergrösserung der Ankerlöcher führen. Wenn die Klägerin fachgerecht vorgegangen wäre, wäre es nicht zu diesen Feuchtigkeitsschäden gekommen und die Klägerin hätte die Sektorentrennwände an derselben Stelle wieder montieren können. Das wäre selbst dann so, wenn die Beklagte schnell härtenden Mörtel oder Recyclingbeton verwendet haben sollte, der eher Feuchtigkeit aufnimmt. Wo keine Risse oder unsachgemäss ausgeführte Anschlussdetails vorhanden sind, liess auch die erste, unzulängliche Beschichtung kein Wasser durch.

Wegen der von der Klägerin zu vertretenden mangelnden Feuchtigkeitsabdichtung hätten die Sektorentrennwände ohnehin abmontiert und versetzt neu montiert werden müssen. Auch die Kosten für den Transport wären ohnehin angefallen. Die Klägerin liess an den Trennwänden in AV._____ Wiederherstellungsarbeiten für ungefähr das Doppelte des von der Beklagten geforderten Betrages durchführen. Sie behauptet nicht, dass diese Arbeiten im Letzigrund hätten durchgeführt werden können. Diese Wiederherstellungsarbeiten an den Trennelementen selbst haben auch nichts mit der Verankerung und ihrer Abdichtung zu tun. Es geht um das Ersetzen defekter Teile, neue Beschläge, ersetzen bisheriger Schrauben durch Schrauben in einer bestimmten Art von Chromstahl ("V4A"), Oberflächenbehandlung usw., also um ein Überholen aufgrund normaler Abnutzung (vgl. act. 5/186 S. 1f.). Das wäre früher oder später unabhängig vom Fehler der Klägerin und unabhängig von den Mängeln, welche die Beklagte zu vertreten hat, geschehen. Bezüglich dieser Teilforderung ist die Klage somit abzuweisen.

21 I._____

21.1 Parteistandpunkte

Die Klägerin verlangt Verwendungsersatz für CHF 34'755.30. Diesen Betrag habe sie der I._____ AG für Reparaturen an Rissen und am Deckenverputz der Rampenunterseite bezahlt (act. 2 Rz. 314f. S. 169f.). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin die Rechnung bezahlt habe und sie hält dafür, die Klägerin sei nicht zur

Ersatzvornahme berechtigt gewesen. Es habe eine Vereinbarung gegeben, wonach die Beklagte die Rampenunterseite sanieren werde (act. 20 S. 113 Rz. 777f.). In der Duplik bestritt die Beklagte zudem, dass diese Arbeiten korrekt und vollständig ausgeführt worden seien, dass sie notwendig und die Preise angemessen seien und etwas mit dem gerügten Mangel zu tun hätten. Die Leistungen seien zudem nicht überprüfbar (act. 68 S. 177f.).

21.2 Würdigung

Die Klägerin hat bereits in der Klageschrift detailliert behauptet, was die I. _____ AG geleistet hat (act. 2 Rz. 315 S. 169f.). Die Klägerin hat die Rechnung (act. 5/188) und den Zahlungsbeleg (act. 65/243) eingereicht. Dass es diese Arbeiten gab, steht ausser Zweifel. Sie wären auch überprüfbar; aus der Rechnung ist ersichtlich, dass der Betrag sich zu gut der Hälfte aus über zweihundert Arbeitsstunden eines Malermeisters, eines Malers und eines Lernenden, Materialkosten für knapp sechshundert Quadratmeter gestrichene Fläche usw. zusammensetzt. Die Angemessenheit der Preise ist nicht gültig bestritten. Die Klägerin hätte dem mehr als pauschal bestreitende Textbausteine entgegenhalten müssen. Die reparierte Decke ist die Unterseite der Rampe. Die gerügten Wasserdurchbrüche haben sie beschädigt. Die Arbeiten waren deshalb notwendig, um den gerügten Mangel zu beheben.

Sollte die I. _____ irgendetwas unkorrekt ausgeführt haben, so könnte die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es wäre dann an der Klägerin, auf Nachbesserung zu beharren. Zu Gunsten der Beklagten würde sich nur auswirken, wenn die Klägerin nachträglich eine Minderung erwirkt und einen Teil des bezahlten Werklohns zurückerhalten hätte. Das behauptet die Beklagte nicht und dafür gibt es nicht den geringsten Hinweis. Das ist sinngemäss auch überall sonst entgegenzuhalten, wo die Klägerin pauschal die Korrektheit und Vollständigkeit der verrechneten Arbeiten bestreitet.

Ob es früher irgendwann einmal eine Vereinbarung gab, wonach die Beklagte die Unterseite der Rampe sanieren werde, kann offen bleiben. Aus der Korrespondenz ist ersichtlich, dass sich die Beklagte darauf berief, sie werde sich der Sache

wie vereinbart im Sommer 2012 annehmen (Abschnitte 6.1 und 7.1 oben). Nachdem die Klägerin das Schreiben vom 12. März 2014 erhalten hatte (act. 5/48), durfte und musste sie davon ausgehen, dass die Beklagte ohne Unterscheidung zwischen Ober- und Unterseite der Rampe nichts unternehmen werde. Die Beklagte hat der Klägerin somit die Aufwendungen für diese Arbeiten zu ersetzen.

22 J._____

Die Klägerin verlangt Verwendungersatz für eine Rechnung über CHF 972 der J._____ AG (act. 2 Rz. 316f. S. 171). Es geht um Belastungsprüfungen für Dübellöcher, in denen die Sektorentrennwände verankert sind (act. 64 Rz. 926 S. 383).

Wie bereits dargelegt (Abschnitt 17.11 oben), mussten die Sektorentrennwände demontiert und an einer neuen Stelle montiert werden, weil dort, wo die Verankerung der Sektorentrennwände die Kunststoffbeschichtung unterbrach, nichts vorgekehrt war, um zu verhindern, dass Wasser unter die Beschichtung kriecht. Das hat zu Feuchtigkeitsschäden geführt und das hat die Klägerin zu vertreten, welche die Sektorentrennwände nachträglich eingebaut hatte. Die Beklagte hat dafür keinen Verwendungersatz zu leisten.

23 K._____ (Reinigung)

Die Klägerin verlangt für die Reinigung des Stadions Verwendungersatz von CHF 20'919.60 für eine Rechnung der K._____ AG (act. 2 S. 172f. Rz. 319f.). In der Klageantwort bezeichnete die Beklagte die Reinigung als offensichtlich nötig und bestritt lediglich das Begleichen der Rechnung (act. 20 S. 114 Rz. 783f.). Mit der Replik gab die Klägerin weitere Erläuterungen zur Rechnung ab und reichte einen Zahlungsbeleg ein (act. 64 Rz. 931-933 S. 385ff.; act. 65/135). Mit der Duplik bestritt die Klägerin pauschal, dass die Reinigung durchgeführt wurde, dass sie korrekt durchgeführt wurde, dass die Klägerin bezahlt hat und dass der Preis angemessen war. Die Leistungen seien weiter nicht überprüfbar und es handle sich nicht um Kosten der Nachbesserung (act. 68 S. 180f.).

Die Klägerin hat detailliert behauptet, was die K._____ AG geleistet hat. Das wäre überprüfbar, aber die Beklagte setzt sich damit nicht auseinander. Sie bestreitet

die Angemessenheit der Preise und die Notwendigkeit somit nicht substantiiert. Dass es die Arbeiten gab, ist durch die Rechnung und ihre Bezahlung bewiesen.

Näher einzugehen ist auf die Rechtsfrage, ob es sich um Kosten der Nachbesserung handle. Nachbesserungskosten sind sämtliche Kosten, die der Bauherrschaft nicht entstanden wären, wenn der Unternehmer ursprünglich mängelfrei erfüllt hatte (vgl. Art. 170 Abs. 2 SIA 118). Zu ersetzen sind also nicht nur die Kosten für jene Arbeiten, mit denen ganz unmittelbar der Mangel beseitigt wurde, sondern auch Begleitkosten für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten. Sogar die Kosten für die notwendige Ausquartierung von Hausbewohnern würden darunter fallen (BGE 111 II 173, E. 5 S. 174). Entscheidend ist also, ob es diese Arbeiten bzw. Kosten gebraucht hat, um die Bauherrschaft so zu stellen, wie wenn der Unternehmer sogleich mängelfrei erfüllt hätte. Die Klägerin hat ausgeführt, der geforderte Betrag entfalle auf die Reinigungsarbeiten nach der Sanierung und auf Mehraufwand für Reinigungen, die grundsätzlich auch ohne Sanierung stattgefunden hätten. Die Beklagte hält dem nichts Substantiiertes entgegen. Es ist davon auszugehen, dass es so war. Bei ursprünglich mängelfreier Erfüllung hätten keine Nachbesserungsarbeiten das Stadion verschmutzt und das Reinigungsunternehmen hätte keinen Mehraufwand gehabt, weil nicht hätte "um die Bauarbeiten herumputzen" müssen. Es handelt sich somit um Nachbesserungskosten, für welche die Beklagte Verwendungersatz schuldet.

24 L._____

Die Klägerin verlangt Verwendungersatz für zwei Rechnungen der L._____ AG für Flüssigabdichtungen. Die erste Rechnung beläuft sich auf CHF 40'991.75 und betrifft die Aussentreppe (act. 5/192), die zweite Rechnung beläuft sich auf CHF 17'836.85 und betrifft die Fassade des Stadionrestaurants (act. 5/193).

Für die erste Rechnung schuldet die Beklagte keinen Verwendungersatz, weil sie für allfällige Mängel der Aussentreppe nicht gewährleistungspflichtig ist. Hier fehlt es an einer Mängelrüge bzw. die Beklagte musste nicht davon ausgehen, dass die Mängelrügen betreffend die Rampe auch die fragliche Aussentreppe implizit umfassen (vgl. Abschnitt 14.3 oben).

Was die zweite Rechnung betrifft, dienten die Arbeiten entgegen der Beklagten durchaus der Beseitigung des gerügten Mangels (Risse und Wasserdurchbrüche in der Rampe). Ein Teil der Arbeiten betrifft Fugen und Abschlüsse der Kunststoffbeschichtung auf der Rampe selbst (vgl. Prot. S. 12f.). Ein Teil betrifft die Übergänge zwischen der Kunststoffbeschichtung und der Fassade des Stadionrestaurants "AU._____". Diese Übergänge so auszugestalten, dass die Fassade kein Wasser aufnehmen und in den Beton abgeben kann, verhindert künftige Wasserdurchbrüche. Die Klägerin hat damit eine fachgerechte Ausführung der Anschlussdetails nachgeholt, die der Gutachter vermisst hat.

Rechnung und Zahlungsbeleg beweisen miteinander, dass es diese Arbeiten gegeben hat. Die Klägerin zeigt nicht auf, wie Abschlüsse, unter die kein Wasser kriechen kann, günstiger zu haben gewesen wären und sie setzt sich nicht mit den Ansätzen für Arbeit und Material oder den eingesetzten Mengen auseinander. Die Notwendigkeit der Arbeiten und die Angemessenheit der Preise ist somit nur pauschal und damit nicht gültig bestritten. Für die zweite Rechnung (CHF 17'836.85) schuldet die Klägerin somit Verwendungsersatz.

25 M._____

Die Klägerin fordert Verwendungsersatz für eine Rechnung des Malergeschäfts M._____ AG über CHF 6'095.00 (act. 2 Rz. 326f. S. 188ff.; act. 5/195). In der Klageantwort bestritt die Beklagte nur, dass die Klägerin die Rechnung bezahlt habe (act. 20 S. 114 Rz. 792f.). In der Replik reichte die Klägerin einen Zahlungsbeleg ein und erklärte noch einmal, worum es ging: Die Maler der M._____ AG beseitigten an den Decken der Cateringräume Kalkausblühungen und dergleichen und strichen die Decken neu (act. 64 S. 437ff. Rz. 1052-1055; act. 65/138). In der Duplik machte die Beklagte geltend, bezüglich der Unterseite der Rampe sei die Klägerin nicht zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen. Die Behauptungen seien zu wenig detailliert, um sie überprüfen zu können. Im Übrigen bestritt die Beklagte auch in diesem Punkt, dass diese Arbeiten stattgefunden haben, dass sie notwendig waren und dass die Klägerin einen angemessenen Preis bezahlt hat (act. 68 S. 183f.).

Die Klägerin hat genügend substantiiert. Klageschrift und Rechnung ist zu entnehmen, dass die Kundenmalerinnen AW._____ und AX._____ 18.5 Stunden bzw. 16 Stunden gearbeitet haben, die Kundenmaler AY._____ und AZ._____ 18.5 bzw. 4.5 Stunden. Für das Material hat das Malergeschäft eine Pauschale von CHF 15.50 pro Arbeitsstunde verrechnet. Die Behauptungen sind detailliert genug, um einer Überprüfung und substantiierten Bestreitung zugänglich zu sein. Die Beklagte kennt die fraglichen Cateringräume. Sie hat sie gebaut. Sie kann abschätzen, wie lange es braucht, um dort Kalkausblühungen zu entfernen und die Decken zu streichen. Und als grösstes Bauunternehmen der Schweiz kennt die Klägerin die Stundenansätze für Kundenmaler. Die Beklagte hätte somit substantiiert bestreiten können, hat sich aber mit pauschal bestreitenden Textbausteinen begnügt. Die Notwendigkeit der Arbeiten und die Angemessenheit des bezahlten Preises sind somit nicht gültig bestritten. Rechnung und Zahlungsbeleg beweisen, dass es diese Arbeiten gab. Die Klägerin war, auch was die Unterseite der Rampe betrifft, zur Ersatzvornahme berechtigt (vgl. Abschnitt 7.4.1 oben).

Nur der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, was die Arbeiten mit dem gerügten Mangel zu tun haben: Das Wasser, das oben durch die Risse und undichten Abschlüsse in den Beton der Rampe eindrang, trat an der Unterseite, also der Decke der Cateringräume wieder aus. Die im Wasser gelösten Salze bildeten dort die Ausblühungen. Dass Ausblühungen zu entfernen und die Decken neu zu streichen waren, ist also eine direkte Folge der gerügten Wassereinträge. Die Beklagte hat deshalb Verwendungsersatz zu leisten.

26 N._____

26.1 Überblick

Die Klägerin verlangt knapp siebzigtausend Franken als Verwendungsersatz für verschiedene Prüfungen, welche sie durch die N._____ AG hat durchführen lassen. Was die N._____ AG im einzelnen untersucht hat, schildert die Klägerin auf den Seiten 190-201 der Klageschrift (act. 2 Rz. 328-335) und auf den Seiten 439-451 der Replik (act. 64 Rz. 1056-1080). Die Beklagte setzt sich damit auf den Sei-

ten 114 und 115 der Klageantwort (act. 20 Rz. 794-800) und auf den Seiten 184-187 der Duplik (act. 68) auseinander.

26.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin sieht in den Tests, die sie hat durchführen lassen, einen notwendigen Bestandteil der Nachbesserungsarbeiten, die sie anstelle der Beklagten hat durchführen lassen. Die N._____ AG habe unter anderem untersucht, ob der Armierungsstahl noch mit einer ausreichend dicken Betonschicht überdeckt ist ("Betondeckungsmessungen"), ob die verschiedenen Schichten der neuen Kunststoffbeschichtung genug dick sind, um den Normen zu entsprechen und Risse zu überbrücken ("Schichtdickenmessungen"), ob die Oberfläche der neuen Kunststoffbeschichtung genug rauh ist, damit niemand darauf ausrutscht und ob die neue Beschichtung die Kräfte aushält, denen sie ausgesetzt ist.

Die Beklagte hält dem entgegen, soweit die Klägerin Sachverständige beiziehe, um das Werk zu prüfen, tue sie das auf eigene Kosten (Art. 367 Abs. 2 OR). Haftzugfestigkeitsprüfungen seien auch im Leistungsverzeichnis der E._____ AG aufgeführt, diesbezüglich bestehe eine Doppelspurigkeit. Soweit die N._____ AG Bestandesaufnahmen gemacht habe, sei das doppelspurig mit dem Gerichtsgutachten. Im Übrigen erschienen ihr die Kosten zu hoch. Es fehle an Leistungsnachweisen. Sie bestreite, dass es diese Tests überhaupt gab, dass die Klägerin sie bezahlt habe, dass sie korrekt durchgeführt worden seien, dass sie notwendig seien und dass der Preis dafür angemessen sei.

26.3 Rechtliche Behandlung der Prüfungskosten

Technische Tests und Prüfungen schuldet der Unternehmer nicht. Der Bauherrschaft steht es frei, das Werk auf eigene Kosten von Experten ihres Vertrauens prüfen zu lassen. Gerade bei einem Bauwerk, das fast hundert Millionen Franken gekostet hat, wäre es unvernünftig, solche Prüfungen zu unterlassen.

Als Kosten der Ersatzvornahme schuldet der Unternehmer gestützt auf Art. 170 der SIA-Norm 118 den Ersatz jener Kosten, die der Bauherrschaft nicht entstanden wären, wenn der Unternehmer ursprünglich mängelfrei erfüllt hätte (vgl. die

Formulierung in Abs. 2 von Art. 170 SIA 118). In erster Linie sind das die Kosten für jene Arbeiten, welche die Bauherrschaft bei einem Dritten in Auftrag gegeben hat. Diese Arbeiten hätte eigentlich der Unternehmer unentgeltlich ausführen sollen. Wie das bereits erwähnte Beispiel der Ausquartierung von Hausbewohnern (BGE 111 II 173, E. 5 S. 174) zeigt, können darunter auch Kosten fallen, die auch dann bei der Bauherrschaft angefallen wären, wenn der Unternehmer selbst nachgebessert hätte. Die Bauherrschaft soll so gestellt werden, wie wenn der Unternehmer ursprünglich mängelfrei erfüllt hätte.

Bei ursprünglich mängelfreier Erfüllung hätte die Bauherrschaft das Werk einmal auf eigene Kosten prüfen müssen. Diese Kosten sind ihr im Zeitpunkt, in dem sie Nachbesserung verlangt, bereits angefallen. Wenn die Bauherrschaft die nachgebesserten Werkteile ein zweites Mal testen lässt, entstehen ihr Kosten, die sie bei ursprünglich mängelfreier Erfüllung nicht hätte tragen müssen. Diese Kosten sind deshalb als Begleitkosten der Ersatzvornahme anzusehen, soweit eine zweite Überprüfung wegen der Nachbesserungsarbeiten notwendig geworden ist.

26.4 Würdigung

Die Klägerin legt ausführlich und detailliert dar, was die N._____ AG getan hat und legt auch deren Prüfberichte ins Recht (act. 5/70; act. 5/196-197A). Das ist ausreichend substantiiert. Die Klägerin hat die Rechnungen der N._____ AG (act. 5/198-200) bezahlt (act. 65/151). Diese Arbeiten gab es. Sie waren auch eine Folge der Nachbesserungsarbeiten. Wenn eine Beschichtung neu eingebaut wird, muss die Bauherrschaft wissen, ob diese neue Beschichtung die Normen erfüllt, rutscht sicher ist usw., und wenn vorher Beton abgefräst und reprofiliert wird, muss die Bauherrschaft wissen, ob nach diesen Arbeiten genug Beton über dem Armierungsstahl ist, um diesen vor Korrosion zu schützen.

Doppelspurigkeiten mit den Leistungen der E._____ AG sind auszuschliessen. Das betrifft nur die Haftzugfestigkeitsprüfungen. Gemäss der Offerte der E._____ AG hätte eine Haftzugprüfung durch sie CHF 110.00 gekostet (act. 5/116A S. 2 Position 3.3). Die Klägerin schloss mit ihr einen Werkvertrag zu Einheitspreisen ab (act. 5/117 S. 3). Wie viele Haftzugprüfungen sie durchgeführt

hat, ist damit also noch nicht klar. In der Zusammenstellung der Leistungen, die sie gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag erbracht hat, ist der Einheitspreis aufgeführt, aber kein Betrag verrechnet (act. 5/119 S. 1). Die Klägerin hat für Haftzugprüfungen also nicht doppelt bezahlt, weil sie der E._____ AG dafür nichts bezahlt hat, lag doch diese Zusammenstellung den Rechnungen der E._____ AG zu Grunde.

Demgegenüber hat die N._____ AG Anzahl und Breite der Risse in der Rampe aufgenommen und gemessen, obwohl das auch der Gerichtsgutachter getan hat. Für Messungen und Dokumentation der Risse und ihrer Breite hat die N._____ AG brutto CHF 9'439 verrechnet (act. 5/198 S. 1). Netto (15% Rabatt; 8% Mehrwertsteuer) sind das CHF 8'665. In diesem Umfang liegt eine Doppelspurigkeit vor. Für die erste Rechnung sind somit nur CHF 31'510.35 zuzusprechen.

Vom Einwand der Doppelspurigkeiten abgesehen bestreitet die Beklagte nur pauschal und ohne genügende Substantiierung, obwohl die Klägerin genug detailliert behauptet hat, um eine Überprüfung zu ermöglichen. Somit ist davon auszugehen, dass diese Tests notwendig und die bezahlten Preise angemessen waren. Von den Kosten für die Rissbreitenmessungen abgesehen hat die Beklagte dafür Verwendungsersatz zu leisten.

27 Minderwert

27.1 Überblick

Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beschichtung der Rampe heute gebrauchstauglich ist. Die Klägerin fordert jedoch CHF 182'562.25, weil das Stadion als Ganzes trotz der Sanierung einen Minderwert aufweise. Die Klägerin legt ihren Standpunkt auf den Seiten 209-218 der Klageschrift (act. 2 Rz. 340-350) und auf den Seiten 452-475 der Replik dar (act. 64 Rz. 1882- 1924). Die Beklagte befasst sich auf den Seiten 117-125 der Klageantwort (act. 20 Rz. Rz. 815-866) und auf den Seiten 187-203 der Duplik (act. 68) mit dieser Forderung.

27.2 Parteistandpunkte

Beide Parteien berufen sich auf das Gutachten W._____ (act. 5/7) und auf dessen Anhang N. Darin enthalten ist eine Stellungnahme der Ingenieure AN._____ und AO._____ von der AP._____ AG ... zu statischen Fragen, die W._____ eingeholt hatte.

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die in den Beton der Rampe eingelegten Stahlstäbe (Armierungseisen; Bewehrung) seien korrodiert. Zudem sei stellenweise zu wenig Stahl in den Beton der Rampe eingelegt. Das führe zu einer Verkürzung der Lebensdauer der Rampe und es bestehe das Risiko neuer Risse. In der Klageschrift verlangte die Klägerin, den Minderwert gegenüber einem mängelfrei gedachten Stadion durch Gutachten festzustellen und schätzte ihn auf mindestens hundertfünfzigtausend Franken (act. 2 Rz. 350).

In der Replik machte die Klägerin zwei weitere Methoden geltend, um die geforderte Entschädigung zu berechnen. Erstens könne auf das Risiko einer neuen Sanierung abgestellt werden. Das Risiko neuer Risse bestehe vor allem rund um die Aussparungen für Bodenleuchten und Ankerköpfe, weil dort zu wenig Stahl in den Beton der Rampe eingelegt sei. Die gesamte Rampe sei 3'800 Quadratmeter gross. Das erhöhte Riss- und damit Sanierungsrisiko bestehe bei 130 Aussparungen auf einer Fläche von geschätzt je 2,5 Quadratmetern um die Aussparung herum. Es bestehe also auf knapp einem Zehntel der Fläche das Risiko einer erneuten Sanierung, die für 3'800 Quadratmeter gut zwei Millionen Franken gekostet habe. So errechnet die Klägerin den geforderten Minderwert von knapp zweihunderttausend Franken (act. 64 Rz. 1907ff.).

Zweitens könne auf den Aufwand abgestellt werden, den die Beklagte eingespart habe, indem sie die Beschichtung nur mangelhaft habe planen und ausführen lassen. Zu diesem Zweck verlangt die Klägerin die Edition einer Vielzahl von nur allgemein umschriebenen Dokumenten (act. 64 Rz. 1912ff.).

Die Beklagte bestreitet, dass die Bewehrung korrodiert sei und sie bestreitet, dass zu wenig Stahl in den Beton eingelegt sei. Sie verweist auf das Gutachten

W._____. Dieses komme zum Schluss, das Problem sei mit der neuen Beschichtung gelöst, weder sei eine Verkürzung der Lebensdauer des Bauwerks zu befürchten, noch sei die Gebrauchstauglichkeit eingeschränkt. Ein Minderwert, der zusätzlich zu den Kosten der Nachbesserung zu entschädigen wäre, bestehe nicht.

27.3 Rechtliche Behandlung des verbleibenden Minderwerts

Die gesetzliche Regelung des Werkvertragsrechts sieht vor, dass die Bauherrschaft bei Mängeln des bestellten Bauwerks sogleich zwischen unentgeltlicher Nachbesserung durch den Unternehmer und Minderung entscheiden kann und muss (Art. 368 Abs. 2 OR). Eine Kombination von Nachbesserung und Minderung kennt das Gesetz nicht. Nur wenn die Nachbesserung ihrerseits mangelhaft ist, kann die Bauherrschaft erneut zwischen Minderung und einem zweiten Nachbesserungsversuch wählen (BGE 136 III 273, E. 2.4 S. 275f.; BGE 109 II 40, E. 6a, S. 41f.). Aus BGE 105 II 99, E.4b, S. 103f., ergibt sich nichts anderes. In diesem Fall hatten die Besteller für Minderung optiert. Die SIA-Norm 118 weicht insofern von der gesetzlichen Regelung ab, als die Bauherrschaft bei Mängeln zunächst nur Nachbesserung verlangen kann (Art. 169 Abs. 1 SIA 118). Auch die SIA-Norm 118 geht jedoch davon aus, dass die Gestaltungsrechte der Nachbesserung und der Minderung alternativ bestehen, nicht kumulativ. Die Ziffern 1 und 2 von Art. 169 Abs. 1 der Norm sagen ausdrücklich, die Bauherrschaft könne entweder auf Nachbesserung beharren bzw. zur Ersatzvornahme schreiten, oder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Werklohn machen. Wo eine korrekte Nachbesserung stattgefunden hat, kann Ersatz für einen dennoch verbleibenden Minderwert nur als Schadenersatz geschuldet sein (Art. 171 Abs. 1 SIA 118). Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung dort, wo der Unternehmer nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR). Sowohl bei der Minderung, als auch beim Schadenersatz geht es darum, der Bauherrschaft eine durch den verbleibenden Mangel bewirkte Reduktion des Verkehrswerts zu ersetzen.

27.4 Würdigung

Das Gutachten W._____ ist ein voll verwertbares Beweismittel. Es hat denselben Stellenwert wie ein Gutachten, welches das Gericht im Prozess um die Hauptsache selbst einholt. Gutachten unterliegen wie alle Beweismittel der freien Beweiswürdigung. Dabei ist der ganze Kontext zu berücksichtigen. W._____ hat eine Stellungnahme zweier weiterer Fachleute eingeholt, die er seinem Gutachten als Anhang beigelegt hat. Seine eigenen Aussagen sind auch im Lichte dieser Stellungnahme zu würdigen.

27.4.1 Korrosion

Zum Thema Korrosion sagt das Gutachten Folgendes (act. 5/7 S. 24f.): Die Risse im Beton führen dazu, dass der Beton mit Wasser und Luft in Berührung kommt und der Beton mit Wasser und Kohlendioxid aus der Luft chemisch reagiert. Die chemische Reaktion, die dann abläuft, senkt den pH-Wert im Beton. Er ist dann weniger alkalisch bzw. saurer. Das begünstigt Korrosion. Im Wasser aufgelöstes Tausalz, das in den Beton gelangt, begünstigt Korrosion ebenfalls. Das ist die chemische Erklärung dafür, dass die Stahlstäbe im Beton rosten, wenn der Beton Risse aufweist, durch die Wasser oder Salzwasser fließen kann. Stellenweise ist das auch tatsächlich bereits passiert. Das zeigt sich daran, dass bei wenigen Rissen an der Oberseite der Rampe und bei wenigen Rissen an der Unterseite der Rampe Rostspuren festzustellen waren. Wenn Stahlstäbe genug stark rosten, vergrössern sie ihr Volumen so sehr, dass Beton abplatzt. Das ist noch nicht geschehen. Rostspuren gab es nur an vereinzelten Stellen. Betonabplatzungen gab es nirgends. Die Tragsicherheit ist nicht gefährdet. Die Bewehrung ist zwar stellenweise angerostet, aber nicht beeinträchtigt. Ohne wirkungsvollen Schutz würde die Korrosion jedoch weiter fortschreiten, so dass die vereinbarte Nutzungsdauer der Rampe von achtzig Jahren nicht erreicht würde.

Aus dem Anhang N des Gutachtens (act. 5/7 Anhang N S. 5) erhellt, dass mit wirkungsvollem Schutz eine Kunststoffbeschichtung gemeint ist, wie sie die Klägerin hat anbringen lassen. Die Bewehrung ist also an vereinzelten Stellen angerostet,

wird aber nicht mehr weiterrosten. Die bereits eingetretene Korrosion ist vom Ausmass her unproblematisch.

27.4.2 Gefahr neuer Risse / zu wenig Stahl im Beton

Der Armierungsstahl eines Bauwerks aus Stahlbeton dient dazu, Kräfte aufzunehmen, die auf die Konstruktion einwirken. Genug Stahl am richtigen Ort ist entscheidend dafür, dass sich keine oder jedenfalls nur unschädliche, feine Risse bilden (vgl. BATRAN et al., a.a.O., S. 149f.). Der Gutachter W._____ übernimmt die Einschätzung aus der von ihm eingeholten Stellungnahme (act. 5/7 S. 22f.): Grundsätzlich reicht die eingelegte Bewehrung aus. An drei Stellen ist das jedoch nicht der Fall. Wie bereits erwähnt verlaufen im Beton der Rampe radial, auf die Mitte des Stadions ausgerichtet, Vorspannkabel. Diese Vorspannkabel reichen nicht ganz bis zum Rand der Rampe. Der Gutachter spricht vom Deckenrand, da die Rampe zugleich die Decke der Räume auf der nächstunteren Ebene ist. Am Deckenrand herrschen andere Kräfteverhältnisse, die mit zusätzlicher Bewehrung aufgefangen werden müssten. Eine zusätzliche Deckenrandbewehrung sei in den Plänen nicht eingezeichnet, entsprechend sei davon auszugehen, dass sie nicht verlegt worden sei. Bei den Aussparungen für Lautsprecher oder Bodenleuchten entspräche es den Regeln der Baukunde, auf beiden Seiten der Aussparung eine zusätzliche Bewehrung einzusetzen, die der unterbrochenen Bewehrung entspricht. Diese Bewehrung ist in den Plänen eingezeichnet, aber nicht positioniert. Der Gutachter geht deshalb davon aus, dass sie nicht eingebaut wurde. Bei den Vorspannnischen entspricht die zusätzliche Bewehrung nicht der unterbrochenen Bewehrung. Es wurde weniger zusätzlicher Stahl eingebaut, als dem unterbrochenen Querschnitt entspricht. All das mache die Konstruktion rissanfälliger. Es sei denn auch zu zahlreichen Rissen rund um die Vorspannnischen und beim Deckenrand gekommen.

Nichtsdestotrotz sind neue Risse grundsätzlich nicht zu erwarten. Möglich ist einzig, dass sich neue Risse als Folge von seltenen äusseren Einflüssen bilden. Der Gutachter nennt als Beispiele "starke Erschütterungen, Erdbeben, Setzungen und dgl."). Dann könnten sich neue Risse bilden, da in der Betonkonstruktion noch

immer örtliche Spannungskonzentrationen aufgrund von Zwängungen vorhanden seien.

Mit den vom Gutachter erwähnten Setzungen ist Folgendes gemeint: Gebäude geben Kräfte in den Erdboden ab und drücken so den Boden zusammen. Eine Veränderung der Kräfteverhältnisse kann dazu führen, dass der Boden an einer bestimmten Stelle stärker zusammengedrückt wird, sich absenkt und das Gebäude über dem stärker zusammengedrückten Boden dabei Schaden nimmt. Das kann zum Beispiel passieren, wenn neben einem bestehenden Gebäude ein weiteres errichtet wird und mit seinem Gewicht ebenfalls den Boden zusammendrückt. Setzungen können zu Rissen im Gebäude oder auch zu einer Schiefstellung führen. Dem kann die Bauherrschaft allerdings vorbeugen. Setzungen lassen sich berechnen und es gibt Massnahmen, die Schäden durch Setzungen vorbeugen (zum Ganzen: DUVE/MAFFINI, Bautechnik für Juristen, 3. Auflage, S. 147f.).

Zwängungen entstehen insbesondere beim Abbinden des Betons. Der Beton schwindet dabei, sein Volumen verkleinert sich also, das aber nicht völlig gleichmässig. Dabei entstehen Spannungen, die Zwängungen genannt werden. Zwängungen entstehen aber beispielsweise auch in einer Wand, wenn die Decke sich durchbiegt und auf die Wand drückt. Stahl im Beton, aber auch Fugen können diese Kräfte aufnehmen und so Schaden verhindern (zum Ganzen: DUVE/MAFFINI, a.a.O., S. 159f.).

Zusammengefasst hält der Gutachter also dafür, neue Risse könnten nur bei seltenen Ereignissen wie Erdbeben oder Setzungen entstehen. Dann könnten sich insbesondere dort, wo Zwängungen vorhanden sind, neue Risse bilden. Abgesehen davon ist nicht mit neuen Rissen zu rechnen. Die Auswirkungen davon, dass stellenweise zu wenig Armierungsstahl eingelegt ist, sind also stark zu relativieren. Erdbeben sind selten und sie können auch in völlig korrekt bewehrtem Stahlbeton zu Rissen führen. Je nach Stärke des Erdbebens sind auch verheerende Zerstörungen denkbar, die weit über etwa haarbreite Risse hinausgehen. Die fehlenden Stahlstäbe würden sich nur dann auswirken, wenn ein Erdbeben gerade jene Stärke hätte, die bei der Rampe zu Rissen führt, bei korrekter Bewehrung aber nicht zu Rissen geführt hätte. Zu bedenken ist weiter, dass alle Gebäude im

Kanton Zürich obligatorisch gegen Erdbeben versichert sind. Vom Versicherungsschutz ausgenommen sind ganz geringfügige Erdbeben, bei ganz starken Erdbeben sind die Leistungen finanziell begrenzt, weil die Gebäudeversicherungsanstalt nur aus einem speziellen Erbebenfonds leisten muss (§§ 10 und 21 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung [GebVG], LS 862.1).

Auch Setzungen können, wenn sie stark genug sind, völlig korrekt erstellte Gebäude beschädigen. Die fehlenden Stahlstäbe würden sich auch wenn es um Setzungen geht nur auswirken, wenn die Setzungen genau jene Stärke hätten, der die Rampe mit korrekter Bewehrung stand gehalten hätte. Zudem ist die benachbarte Bauherrschaft gehalten, Setzungen vorzubeugen und allfälligen Schaden an Nachbargrundstücken zu ersetzen (vgl. Art. 685 Abs. 1 ZGB). Zu bedenken ist auch, dass das Letzigrundstadion ein grosses und schweres Gebäude ist, das den Boden jetzt bereits stark zusammendrückt. Die meisten Gebäude in der Nachbarschaft sind deutlich kleiner. Die vom Gutachter erwogenen Ereignisse, bei denen sich die fehlenden Stahlstäbe zum Nachteil der Klägerin auswirken könnten, sind in der Tat selten.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das Problem neuer Risse und Veränderungen an bestehenden Rissen auseinanderzuhalten sind. Wenn der Beton der Rampe sich bei wärmeren Temperaturen ausdehnt und bei kälteren Temperaturen zusammenzieht, verändern sich auch die bestehenden Risse. Gerade deshalb war eine Beschichtung mit dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit erforderlich, im Hinblick auf die bestehenden Risse aber auch ausreichend. Neu auftretende Risse würden nur dann zum Problem, wenn sie so weit wären, dass die Beschichtung mitreissen würde, die neuen Risse also nicht überbrücken könnte.

27.4.3 Keine spürbaren Auswirkungen auf den Verkehrswert

Aus den Ausführungen des Gutachters ist zu schliessen, dass die bereits eingetretene Korrosion keine spürbaren Auswirkungen hat. Die fehlenden Stahlstäbe könnten bei seltenen Ereignissen zu neuen Rissen im Beton der Rampe und der Beschichtung führen. Dass sich der vom Gutachter festgestellte Makel jedoch für

die Klägerin nachteilig auswirkt, ist somit unwahrscheinlich. Zuerst müsste eines der seltenen Ereignisse (Setzungen; Erdbeben) eintreten. Die Setzungen oder das Erdbeben dürften nicht so geringfügig sein, dass sie dem Stadion nichts anhaben können, aber auch nicht so stark, dass die fehlenden Stahlstäbe Schaden ohnehin nicht abgewendet hätten. Bei einem Erdbeben oder bei Setzungen in der "richtigen" Stärke ist der Schaden in der Regel von der Gebäudeversicherung gedeckt (Erdbeben) oder es besteht eine Haftung des bauenden Nachbarn, der die Setzungen verursacht hat. Dass letztlich die Klägerin oder ein nachfolgender Eigentümer des Stadiongrundstücks zu Schaden kommt, ist somit sehr unwahrscheinlich.

Die von der Klägerin vorgeschlagene Berechnungsweise für den behaupteten Minderwert klammert all das aus. Ihr liegt der richtige Gedanke zu Grunde, den Minderwert mit den Kosten gleichzusetzen, mit denen ein Eigentümer wegen den fehlenden Stahlstäben zu rechnen hätte. Unberücksichtigt bleibt aber, dass die schädigenden Ereignisse vielleicht überhaupt nicht eintreten. Die mutmasslichen Sanierungskosten wären entsprechend dieser Wahrscheinlichkeit zu korrigieren. Unberücksichtigt bleibt weiter der Zeitwert des Geldes. Selbst wenn die Klägerin wegen eines Erdbebens in fünfzig Jahren knapp zweihunderttausend Franken aufwenden müsste, wäre es nicht richtig, ihr heute diesen Betrag zuzusprechen.

Schliesslich überzeugt auch die Schätzung der mutmasslichen Sanierungskosten nicht. Gegenstand der klägerischen Ersatzvornahme war der Ersatz einer falsch gewählten Beschichtung durch das richtige System einschliesslich der nachträglichen Erstellung aller korrekten Anschlüsse. Das ist etwas anderes als die Reparatur neuer Risse, wenn grundsätzlich die richtige Beschichtung vorhanden ist. Die Klägerin behauptet, die Beschichtung sei ein ganzes, Teilflächen könnten nicht saniert werden (act. 68 Rz., 1910 S. 473). Dennoch will sie den behaupteten Minderwert berechnet wissen, indem sie die Kosten der Ersatzvornahme auf die betroffene Fläche rund um die zubetonierten Vorspannnischen umrechnet. Aus den Schilderungen der Klägerin selbst und dem Gutachten ergibt sich, dass die Grundannahme, auch bei einem einzigen Riss müsste die ganze Rampe saniert werden, nicht zutrifft. Solange nur einzelne Risse auftraten, hat sich die fachkun-

dige und fachkundig beratene Klägerin mehrmals damit zufrieden gegeben, dass die Beklagte Risse lokal verschliesst. Das ist auch bei der neuen Beschichtung möglich, die sich ja nur durch eine zusätzliche, zähe Schwimmschicht von der alten unterscheidet. Auch die Kritik des Gutachters, die Anschlüsse seien nicht fachgerecht geplant und ausgeführt gewesen, zeigt, dass die Beschichtung durchaus unterbrochen werden kann, wenn ein sachgerechter Anschluss ausgeführt wird. Im unwahrscheinlichen Fall, dass die Klägerin überhaupt zu Schaden kommt und den Schaden selber zu tragen hätte, könnten die Sanierungskosten auch weit geringer sein als die behaupteten knapp zweihunderttausend Franken.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die fehlenden Stahlstäbe keine spürbaren Auswirkungen auf den Verkehrswert des Stadiongrundstücks haben. Ein Verkauf des Letzigrundstadions wäre eine Transaktion über Dutzende von Millionen Franken. Ein Makel, der nur in unwahrscheinlichen Szenarien Schäden anrichten könnte, welche die Klägerin mit zweihunderttausend Franken deutlich zu hoch schätzt, und welche wahrscheinlich auf Dritte überwälzbar wären, ist ein zu weit hergeholtes Problem, um in den Köpfen jener, die dereinst den Preis aushandeln würden, eine wesentliche Rolle zu spielen.

Hinzu kommt, dass ein Verkauf des Stadiongrundstücks aller Voraussicht nach keine alltägliche Immobilientransaktion wäre, die sich auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Kaufvertrags beschränkt. Reine Sportstätten profitabel zu betreiben ist schwierig. Auf dem Grundstück des Hardturm-Stadions planten private Investoren deshalb ein Stadion mit sogenannter Mantelnutzung, also eine Kombination aus Stadion und Einkaufszentrum. Ob sich solche Pläne realisieren lassen, hängt dann auch von Akten der Raumplanung wie Gestaltungsplänen und der Erteilung einer ganzen Reihe öffentlich-rechtlicher Bewilligungen ab (vgl. BGE 131 II 81). Am 25. November 2018 hat die Klägerin eine Volksabstimmung betreffend das Hardturm-Areal durchgeführt. Dort sollen gewinnorientiert vermietete Wohnhochhäuser das Stadion finanzieren und eine Genossenschaftssiedlung die politische Akzeptanz des Gesamtpakets verbessern. Die Befürworter der Vorlage wiesen und weisen in ihrem Internetauftritt wörtlich darauf hin, diese drei Elemente seien "untrennbar miteinander verknüpft" (<<https://projekt-ensemble.ch/einblicke-ins->

projekt/untrennbar-miteinander-verknüpft/>, besucht am 19. Juni 2019). Die Erfahrungen mit dem Hardturm-Areal legen nahe, dass eine Transaktion über das Letziggrundstadion sich nicht auf einen Kaufvertrag beschränken würde. Wahrscheinlicher wäre ein Kaufvertrag, der Teil eines komplexen Geflechts von sich gegenseitig bedingenden zivil- und verwaltungsrechtlichen Akten wäre. In einer derartigen Transaktion würde der Makel der fehlenden Armierungseisen an bestimmten Stellen der Rampe noch mehr in den Hintergrund treten, als es bei einem gewöhnlichen Kaufvertrag der Fall wäre.

27.4.4 Keine Verkehrswertschätzung

Nach dem Gesagten muss eine Schätzung des Verkehrswerts des Stadiongrundstücks im ist-Zustand und mit weggedachtem Makel unterbleiben. Der Verkehrswert eines Mehrfamilienhauses, einer Büro- oder Gewerbeliegenschaft oder eines Eigenheims lässt sich durch eine Verkehrswertschätzung deshalb einigermaßen zuverlässig ermitteln, weil es eine Vielzahl von vergleichbaren Transaktionen gibt. Dementsprechend sind die Überlegungen und Präferenzen, die in die Preisbildung einfließen, den Fachleuten bekannt. Ganz anders verhält es sich bei einer Transaktion über das Letziggrund-Stadion. Es gäbe nur wenige vergleichbare Transaktionen und jede wäre ein Einzelfall, in dem spezifische Gegebenheiten und Entscheide der Lokalpolitik in die Preisbildung mit eingeflossen sind. Das zu beziffern wäre Scheingenauigkeit. Da sich die hypothetische Transaktion nicht mit einer Vielzahl vergleichbarer Transaktionen vergleichen liesse, wäre auch der Einfluss der fehlenden Armierungseisen nicht bezifferbar. Die obigen Überlegungen legen jedoch nahe, dass er marginal oder inexistent wäre.

27.4.5 Eingesparter Aufwand als untaugliches Kriterium

Der Aufwand, den die Beklagte eingespart hat, indem sie es unterliess, zusätzliche Bewehrungen einzuplanen, ist auch kein sachgerechtes Kriterium. Er liesse sich nicht aus den zur Edition geforderten Dokumenten herauslesen. Unternehmen der Bauwirtschaft schliessen Verträge ab, die Preise für die den Regeln der Baukunde entsprechenden Leistungen enthalten. Wie viele Stunden ein Bauingenieur mehr hätte arbeiten müssen, um Anzahl, Dicke und Lage der fehlenden

Stäbe zu ermitteln und einzuzeichnen, ginge nicht aus den Unterlagen hervor. Die beantragte Edition muss auch deshalb unterbleiben. Im Übrigen ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass Urkundeneditionen dem Beweis bereits aufgestellter Behauptungen dienen und die Urkunden genau zu bezeichnen sind. Der klägerische Antrag läuft demgegenüber auf eine unzulässige Beweisausforschung hinaus. Selbst wenn sich eine Zahl isolieren liesse, müsste diese nicht eins zu eins auf den Verkehrswert durchschlagen. Aus den Schilderungen der Klägerin und der Einschätzung des Gutachters ist zu schliessen, dass der eingesparte Aufwand gering war. Es hätte genügt, einzuzeichnen, wo die Armierungseisen hingehören und sich zu überlegen, wie viele das sein müssen.

27.5 Abweisen der Forderung

Ein ziffernmässig nachweisbarer Schaden wegen des Rosts oder der fehlenden Stahlstäbe besteht nicht. Er liesse sich auch mit den beantragten Beweismitteln (Aktenedition; Schätzung durch einen Sachverständigen) nicht nachweisen. Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Gerichts mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Über den Wortlaut der Bestimmung hinaus ist diese Bestimmung auch dann anwendbar, wenn eine Schädigung nicht nachweisbar ist, sich aber mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt (BGE 98 II 34, E. 2 S. 36f.). Das ist hier nicht der Fall. Die Schilderungen der Klägerin und die Einschätzungen des Gutachters legen nahe, dass der verbliebene Makel nicht jene Tragweite hat, die Auswirkungen auf die Preisbildung bei einer Transaktion über einen zwei- oder gar dreistelligen Millionenbetrag nahe legt. Keine Rolle spielen darf die Erkenntnis, dass selbst physisch restlos beseitigte Mängel sich auf die Preisbildung auswirken können (merkantiler Minderwert). Das Bundesgericht lässt die Entschädigung solcher Minderwerte nur dann zu, wenn das Grundstück tatsächlich verkauft wurde (zur Publikation vorgesehene Urteil 4A_394/2018 des Bundesgerichts vom 20. Mai 2019, E. 4.2.3).

28 Mangelfolgeschaden

Die Klägerin macht zahlreiche Positionen als Mangelfolgeschäden geltend. Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte diese Mangelfolgeschäden grundsätzlich zu ersetzen. Sie hat aber die Möglichkeit, zu behaupten und zu beweisen, was sie vorgekehrt hat, um solche Schäden zu verhindern. Das kann den Schluss zulassen, die Unternehmerin treffe kein Verschulden, weil sie die zumutbare, übliche und vertraglich geschuldete Sorgfalt habe walten lassen (zum Ganzen: Abschnitt 3.2 oben).

28.1 Keine Vorkehrungen dargelegt

Die Beklagte legt nicht dar, was sie getan hat, damit die Rampe hinter den Zuschauerrängen im Letzigrund-Stadion die richtige Beschichtung erhält und damit kein Wasser an deren Abschlüssen unter die Beschichtung kriechen kann. Sie will - trotz Abschluss eines Totalunternehmervertrages - dafür nicht verantwortlich sein. Wie bereits im Zusammenhang mit der Abmahnungspflicht erwogen, waren die Ausschreibungsunterlagen widersprüchlich formuliert. Einerseits deuteten die Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen eher auf eine Beschichtung hin, welche nur die Anforderungen an ein System der Kategorie OS 13 erfüllt, andererseits verlangte die Klägerin Rissüberbrückungsfähigkeit und erwähnte ausdrücklich die Rissanfälligkeit der gewählten Bauweise. Auch war klar, dass die Konstruktion dem Auf und Ab der Aussentemperaturen ausgesetzt sein würde, so dass sich Risse ausdehnen und zusammenziehen. Die Beklagte war vertraglich verpflichtet, die bisherige Planung zu überprüfen, und es wäre nahe gelegen, sich die Frage zu stellen, ob die in den Ausschreibungsunterlagen angedeutete Lösung die zu erwartenden Risse im Beton überbrücken kann, zumal die Klägerin auf die Rissanfälligkeit der gewählten Konstruktion hingewiesen und die Fähigkeit der Beschichtung zur Rissüberbrückung ausdrücklich verlangt hatte. Da die Beklagte nicht darlegt, sich mit dieser Frage auseinandergesetzt zu haben, kann sie die gesetzliche Vermutung des Verschuldens (Art. 97 Abs. 1 OR) nicht mit dem Argument widerlegen, sie habe die zumutbare, vertraglich geschuldete Sorgfalt an den Tag gelegt.

28.2 Erkennbarkeit des Problems der Rissüberbrückungsfähigkeit

Die Beklagte macht sinngemäss jedoch auch geltend, der Entscheid für die richtige Beschichtung sei so schwierig, dass die vertraglich geschuldete sorgfältige Prüfung der bisherigen Planung nicht zum Schluss geführt hätte, die vorgesehene Beschichtung könne die zu erwartenden Risse nicht überbrücken. Der Fehler wäre auch bei sorgfältiger Überprüfung unentdeckt geblieben. Das trifft nicht zu.

28.2.1 Rissüberbrückungsfähigkeit als normiertes, häufiges Problem

Es mag sein, dass es zu diesem Thema keine schweizerische Norm gibt. Die Wahl des richtigen Oberflächenschutzsystems ist aber eine Frage, die sich Planern routinemässig stellt. Anders ist nicht zu erklären, dass der deutsche Ausschuss für Stahlbeton im Jahre 2001 die vom Gutachter erwähnte Richtlinie herausgegeben hat und dass sich auch Europäische Normen damit befassen. Teil 2 der Euro-Norm EN 1504 befasst sich mit Oberflächenschutzsystemen, Teil 7 der Euro-Norm EN 1062 befasst sich mit der Rissüberbrückungsfähigkeit. Die deutsche Richtlinie aus dem Jahr 2001 teilt die möglichen Oberflächenschutzsysteme in verschiedene Kategorien ein und formuliert für jede Kategorie andere Anforderungen an die Rissüberbrückungsfähigkeit (zum Ganzen: REINHOLD STENNER in: FRANZ STÖCKL et al., Schutz und Instandsetzung von Betonbauteilen, Parkhaus- und Bodenbeschichtungen, Renningen 2006, S. 78ff.). Auch die Hersteller der Beschichtungssysteme weisen in ihren Unterlagen darauf hin, welche Produkte sich für Beschichtungssysteme welcher Kategorie verwenden lassen (vgl. die Broschüre in Anhang K des Gutachtens W._____, act. 5/7). All das spricht dagegen, dass es sich dabei um ein exotisches Problem handeln soll, welches auch bei sorgfältiger Überprüfung der vor Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 erstellten Planung ohnehin übersehen worden wäre.

28.2.2 Dynamische und statische Rissüberbrückungsfähigkeit

Es gibt Betonkonstruktionen, die zwar Risse aufweisen, die einmal entstandenen Risse bleiben aber konstant. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Konstruktion keinen Temperaturschwankungen usw. ausgesetzt ist. Die Fähigkeit, solche Ris-

se zu überbrücken, heisst statische Rissüberbrückungsfähigkeit. Für Systeme der Kategorie OS 13 formuliert die Richtlinie des deutschen Ausschusses für Stahlbeton nur Anforderungen an die statische Rissüberbrückungsfähigkeit (STENNER, a.a.O., S. 86). Die Fähigkeit, Risse zu überbrücken, die sich nach Anbringen der Beschichtung ausweiten oder zusammenziehen, heisst dynamische Rissüberbrückungsfähigkeit. Für Systeme der Kategorie OS 11 legt die Richtlinie dafür Anforderungen fest, nicht aber für Systeme der Kategorie OS 13 (a.a.O. S. 85). In der Kurzbeschreibung werden Systeme der Kategorie OS 13 denn auch als Beschichtungen mit nicht dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit für begeh- und befahrbare, mechanisch belastete Flächen umschrieben, Beschichtungen der Kategorie OS 11 hingegen als solche mit erhöhter dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit für begeh- und befahrbare Flächen (a.a.O., S. 81). Bei überdachten Betonbauteilen in geschlossenen Parkgaragen reicht ein System der Kategorie OS 13 aus, für das der Witterung ausgesetzte oberste Parkdeck unter freiem Himmel ist ein System der Kategorie OS 11 erforderlich (a.a.O. S. 88).

28.2.3 Erkennbarkeit bei Vertragsabschluss

Weit über der Rampe befindet sich zwar das Stadiondach, das etwas Schutz vor Regen bietet. Das auf Stützen schwebende Stadiondach ist jedoch so weit oben, dass durchaus Regenwasser auf die Rampe gelangen kann. Den Aussentemperaturen und ihren Schwankungen ist die Rampe genau so ausgesetzt wie ein Parkdeck unter freiem Himmel. Die Klägerin wies auch darauf hin, dass sie eine lange, fugenlose und damit rissanfällige Konstruktion wolle. All das war bereits beim Abschluss des TU-Vertrags vom 31. Oktober 2005 ersichtlich. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das Problem der Rissüberbrückungsfähigkeit ohnehin übersehen worden wäre, wenn die Beklagte die bisherige Planung näher geprüft hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Überprüfung ergeben hätte, dass die Rampe Temperaturschwankungen ausgesetzt ist, die Risse, mit denen die Klägerin erklärermassen rechnete, sich also nach Anbringen der Beschichtung ausweiten und zusammenziehen könnten. Wenn Fachleute sich der Sache angenommen hätten, wären sie zum Schluss gekom-

men, eine Beschichtung mit dynamischer Rissüberbrückungsfähigkeit sei erforderlich.

Hinzu kommt, dass die fehlenden Anschlussdetails der Beklagten hätten auffallen müssen. Die Beklagte muss sich hier das Wissen der von ihr eingesetzten Subunternehmer anrechnen lassen (Art. 101 Abs. 1 OR). Die Beklagte selbst als grösstes Bauunternehmen der Schweiz oder aber ein Unternehmen, das regelmässig solche Beschichtungen anbringt, hätte erkennen müssen, was der Gutachter erkannt hat: An den Abschlüssen war nichts vorgekehrt, um zu verhindern, dass Wasser unter die Beschichtung kriecht. Wer solche Anschlüsse handwerklich ausführt, weiss wie fachgerechte Anschlüsse aussehen. Dass etwa jene Metallprofile fehlen, welche die Klägerin nachträglich hat einbauen lassen, konnte der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmerin nicht entgehen. Der Beklagten gelingt der Nachweis fehlenden Verschuldens somit nicht.

29 Leuchten

In den Beton der Rampe sind Bodenleuchten eingelassen (Prot. S. 10). Die Klägerin macht im Zusammenhang mit diesen Leuchten einen Mangelfolgeschaden von CHF 41'257.85 geltend: Wegen der unsachgemäss ausgeführten Anschlüsse sei Wasser in die Lampenschalen eingedrungen, deshalb seien diese Leuchten verrostet und hätten ersetzt werden müssen (act. 2 S. 219ff. Rz. 351-533; act. 64 S. 476ff. Rz. 1925-1951).

Um einen Mangelfolgeschaden handelt es sich nicht. Die Leuchten sind in das Bauwerk eingebaut, sie sind ein Teil davon. Ein Mangelfolgeschaden ist nur jener Schaden, der trotz tadelloser Nachbesserung verbleibt. Wenn eine korrekte Rüge rechtzeitig erfolgt ist, schuldet die Klägerin den Ersatz dieser Leuchten allerdings unter dem Titel der Nachbesserung.

Die Klägerin behauptet nicht, die verrosteten Leuchten jemals ausdrücklich gerügt zu haben. Allerdings stellt sich die Frage, ob dieser Mangel noch genug eng mit dem Problem der Wasserdurchbrüche und der Risse in der Rampe zusammenhängt, um als mitgerügt zu gelten. Auch wer die Rügen vom 20. Oktober 2010

(act. 5/9) und vom 18. November 2010 (act. 5/10) aufmerksam durchliest, kommt nicht auf die Idee, das Problem könnte auch die in die Rampen eingelassenen Leuchten betreffen. Der Zusammenhang erschliesst sich erst, wenn man weiss, dass die mangelhafte Beschichtung beiden Problemen als Ursache gemeinsam ist und dass das Problem sich nicht auf die Wahl des falschen Produkts beschränkt, sondern auch die Anschlüsse der Beschichtung nicht wasserdicht waren. Die Lampenschalen, die abzudichten waren, können noch als mitgerügt gelten. Undichte Abschlüsse der Beschichtung bei den Lampenschalen sind nicht nur ein Problem für die Lampen, sondern begünstigen auch die gerügten Wasserdurchbrüche. Das lässt sich von den verrosteten Leuchten nicht sagen. Die Parteien korrespondierten ausführlich über die Sanierung der Rampe und führten gemeinsame Begehungen durch. Dennoch behauptet die Klägerin nicht, der Ersatz dieser Leuchten sei jemals besprochen worden. Typischerweise werden Elektroinstallationen von darauf spezialisierten Unternehmen ausgeführt, nicht von Bauunternehmen. Das war auch hier so. Die Beklagte hatte ein legitimes Interesse an einer ausdrücklichen Rüge betreffend die Leuchten, weil sie allenfalls ihrerseits andere Subunternehmer hätte rügen müssen und weil der TU-Vertrag vom 31. Oktober 2005 für "elektrische Anlagenteile und Apparate" eine kürzere Garantiefrist vorsieht (act. 5/2 S. 16 Ziffer 10.3). Man kann sich zumindest fragen, ob die beschädigten Bauteile ganz oder teilweise darunter fallen. Die Beklagte hätte die Chance erhalten müssen, das zu überprüfen. Sinn und Zweck der Mängelrüge ist auch, dass ein Unternehmer entscheiden kann, ob er die Haftung ablehnt und auf wen er Rückgriff nehmen muss. Die unterbliebene ausdrückliche Rüge betreffend die Leuchten wäre somit erforderlich gewesen. Daran scheitert die Klage für diese Teilforderung.

Selbst wenn die Mängel an den Leuchten selbst als stillschweigend mitgerügt anzusehen wären, wäre die Klage für diese Teilforderung abzuweisen. Bei den Leuchten und der Stromversorgung für diese handelt es sich in der Tat um elektrische Anlagenteile, für welche die zweijährige Garantiefrist gilt .

30 Privatgutachten Q._____ AG

30.1 Streit um die Kosten eines Privatgutachtens

Die Klägerin hatte bei der Q._____ AG ein Privatgutachten eingeholt, bevor sie ihr Gesuch um vorsorgliche Beweissicherung gestellt hat. Sie fordert Ersatz der entsprechenden Kosten von CHF 5'773.70 (act. 2 S. 221ff. Rz. 356-358). Sie sei auf dieses Gutachten angewiesen gewesen, um ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisführung substantiieren zu können. Als einwohnerstärkste Gemeinde der Schweiz sei die Klägerin zwar Eigentümerin zahlreicher Gebäude und trete oft als Bauherrschaft auf, das bedeute aber nicht, dass sie die notwendigen Mitarbeiter und Infrastruktur habe, um spezialisierte Laboruntersuchungen selbst durchzuführen (act. 64 S. 496 Rz. 1963). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin sei nicht auf externe Fachleute angewiesen gewesen und das Gutachten sei auch nicht notwendig gewesen, um das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme zu stellen (act. 20 S. 128f. Rz. 886-895).

30.2 Rechtliche Behandlung der Kosten eines Privatgutachtens

Ein Privatgutachten kann dazu dienen, einen Mangel zu beheben, indem es feststellt, was genau die Ursachen des technischen Problems sind und welche Lösungsmöglichkeiten es gibt. Es kann aber auch dazu dienen, einem Gericht oder der Gegenpartei aufzuzeigen, wie sich der rechtserhebliche Sachverhalt präsentiert oder die eigenen Risiken im Hinblick auf ein Gerichtsverfahren besser einzuschätzen. Es kann also der technischen Mängelbehebung oder der Rechtsverfolgung dienen. In der Realität dürften sich diese beiden möglichen Zwecke eines Privatgutachtens meist vermischen. Das Bundesgericht hat denn auch in einem vergleichbaren Fall offen gelassen, ob Kosten eines Privatgutachtens als Mangel- folgeschaden zu behandeln und nach den Regeln des vertraglichen Schadenersatzrechts zu ersetzen sind, oder ob es sich um Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO handle, die sich gegebenenfalls nach den Regeln des Zivilprozessrechts auf die Gegenpartei überwälzen lassen (Urteil 4A_113/2017 vom 6. September 2017, E. 6.2.5.). Es verweist auf seine Rechtsprechung zu den An-

waltskosten, bei denen sich ebenfalls die Frage stellt, ob die Schadenersatzregelung des Zivilrechts oder die Kosten- und Entschädigungsregelung der Zivilprozessordnung greift (Urteil 4A_264/2015 des Bundesgerichts vom 10. August 2015, E. 3 mit Hinweisen).

Bei den Anwaltskosten läuft die bundesgerichtliche Rechtsprechung darauf hinaus, dass Kosten für Arbeiten eines Anwalts, die letztlich der Prozessführung dienen, unter die Regelung der Zivilprozessordnung fallen. Das gilt auch dann, wenn diese Kosten vor der Rechtshängigkeit des Prozesses entstanden sind. Unter die Regelung des Obligationenrechts fallen dagegen Kosten für Arbeiten, die der Wahrung der Interessen der Klientschaft auch ausserhalb eines Prozesses dienen, etwa das Erheben von Mängelrügen. Die Abgrenzung bereitet auch bei den Anwaltskosten Schwierigkeiten (zum Ganzen: vgl. Abschnitt 31 unten). Für technische Privatgutachten muss das heissen, dass die Regelung der Zivilprozessordnung anzuwenden ist, wenn die Rechtsdurchsetzung in einem staatlichen Verfahren im Vordergrund steht. Wo die Suche nach dem technisch richtigen Vorgehen im Vordergrund steht, ist die Regelung des Obligationenrechts anzuwenden.

30.3 Würdigung

Das Gutachten der Q._____ AG liegt bei den Akten (act. 5/49). Die Klägerin hat es bezahlt (act. 5/206; act. 65/149). Nach ihrer eigenen Darstellung war die Klägerin auf dieses Gutachten angewiesen, um ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisführung zu substantiieren. Im Vordergrund stand ein Gerichtsverfahren. Dem entsprechend stellt sich die Frage, ob die Kosten des Gutachtens notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO sind.

Die Q._____ AG hat in der Rampe Bohrkerne entnommen, festgestellt, bis zu welcher Rissbreite die Beschichtung an der konkreten Stelle Risse statisch überbrücken kann und sie hat gemessen, wie dick die verschiedenen Schichten an den jeweiligen Stellen sind. Weiter hat die Q._____ AG die Struktur des Betons mikroskopisch untersucht, ohne Auffälligkeiten festzustellen. Die Q._____ AG zog aus ihren Untersuchungen den Schluss, die Risse in der Beschichtung seien auf Risse im Beton zurückzuführen, die Beschichtung könne die aufgetretenen Risse

nicht überbrücken. Die Rissüberbrückungsfähigkeit der Beschichtung schwanke mit den Schichtdicken. Wo die Schichten dicker seien, überbrücke die Beschichtung grössere Risse. Die Schwankungen in der Schichtdicke seien auffällig (act. 5/49 S. 10). Die Q._____ AG lieferte ihr Gutachten am 6. September 2012 aus (act. 5/49 Fusszeile).

Im Spätsommer 2012 war noch nicht klar, ob die Beschichtung das Problem sei und ob die Ausführung oder die Planung mangelhaft sei. Das Privatgutachten der Q._____ AG lieferte deutliche Hinweise darauf, dass die ungenügende Rissüberbrückungsfähigkeit der Beschichtung das Hauptproblem sei. Das Gerichtsgutachten W._____ hat das bestätigt. Das Privatgutachten der Q._____ AG lieferte der Klägerin somit sinnvolle Hinweise darauf, welche Fragen an den Gerichtsgutachter sie beantragen solle. Ohne die mit dem Privatgutachten gewonnene Sicherheit über die Lokalisierung des Problems hätte die Klägerin guten Grund gehabt, im selben Detaillierungsgrad nach weiteren möglichen Ursachen zu fragen. Der Nutzen des Privatgutachtens der Q._____ AG liegt also vor allem darin, dass es eine Fokussierung des Gerichtsgutachtens auf die Beschichtung und die Ausklammerung anderer denkbarer Ursachen ermöglichte (etwa der Qualität des Betons der Rampe). Das Gutachten W._____ kostete CHF 48'692.25 (act. 5/220 S. 5). Es wäre deutlich teurer geworden, wenn W._____ eine breitere Fragestellung zu bearbeiten gehabt hätte. Vor diesem Hintergrund ist das Gutachten der Q._____ AG als notwendige Auslage im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO zu qualifizieren. Folglich ist auch der Aufwand für das Stopfen der Löcher, aus denen die Proben stammen, eine notwendige Auslage.

Dass die Klägerin diese Untersuchungen auch mit eigenen Mitarbeitern und mit eigener Infrastruktur hätte durchführen können, leuchtet nicht ein. Wohl ist die Klägerin Eigentümerin zahlreicher Gebäude und häufig in der Rolle der Bauherrschaft. Derartige Untersuchungen sind jedoch hochspezialisiert und relativ selten. Die Klägerin vergibt bereits weit häufigere Aufgaben an Unternehmen der Privatwirtschaft. Insbesondere plant und baut sie Gebäude nicht mit eigenen Mitarbeitern, sondern vergibt diese Aufträge in aller Regel an Architektur- und Ingenieurbüros bzw. Bauunternehmen. Aus der notorischen Tatsache, dass für die Klägerin

zahlreiche Architektinnen und Architekten, Bauingenieurinnen und Bauingenieure arbeiten, kann also nicht geschlossen werden, dass sie Untersuchungen, wie sie die Q._____ AG durchgeführt hat, selbst hätte durchführen können. Sie betreibt kein entsprechendes Labor. Das tun auch andere grosse Immobilieneigentümer wie Pensionskassen, Industriebetriebe usw. nicht.

31 Anwaltskosten

31.1 Beizug eines Anwaltsbüros weit vor dem Prozess

Die Klägerin war bereits lange vor der Einleitung dieses Prozesses anwaltlich vertreten. Die Mängelrügen vom 20. Oktober 2010 und vom 18. November 2010 (act. 5/9; act. 5/10) hatten bereits Anwälte verfasst. Die Klägerin verlangt von der Beklagten insgesamt CHF 54'152.05 für gehabte Anwaltskosten (act. 2 Rz. 360 S. 223). Davon entfallen CHF 32'582.60 auf die Vertretung der Klägerin im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweissicherung (act. 2 Rz. 378 S. 257f.). CHF 21'569.45 entfallen nach der Darstellung der Klägerin auf Anwaltstätigkeit ausserhalb staatlicher Verfahren (act. 2 Rz. 364 S. 242ff.). Auf die Kosten für die Vertretung im Beweissicherungsverfahren wird in Abschnitt 33 und 40.4 zurückzukommen sein. In diesem Abschnitt geht es um die Kosten für jene Anwaltstätigkeit, für welche die Klägerin keinen Zusammenhang mit einem bestimmten Verfahren geltend macht.

31.2 Streit um Notwendigkeit anwaltlicher Unterstützung und deren Kosten

Die Beklagte hält dem zusammengefasst entgegen, die Klägerin sei nicht auf den Beizug eines Anwaltsbüros angewiesen gewesen. Das Hochbaudepartement verfüge über einen eigenen Rechtsdienst, der auch hätte leisten können, was die beigezogenen Anwälte geleistet haben. Die Beklagte wirft der Klägerin weiter vor, sie lege ihre Forderung nicht substantiiert dar. Es bleibe unklar, ob die Anwaltstätigkeit wirklich mit dem Mangel betreffend Kunststoffbeschichtung zu tun habe und ob es sich nicht um eine Leistung handle, die durch die Parteientschädigung abgedeckt sei. Auf die Argumente gegen einzelne Positionen ist bei der jeweiligen Rechnung einzugehen.

31.3 Anwaltskosten als Sonderfall im Haftpflichtrecht

31.3.1 Zusammenspiel von Prozessrecht und Schadenersatzrecht

Rechtsverfolgungskosten wie Kosten für Privatgutachten, Anwaltshonorare usw. sind oft Bestandteil eines Schadens. Es ist naheliegend, gestützt auf das vertragliche oder ausservertragliche Schadenersatzrecht deren Ersatz zu verlangen. Für Rechtsverfolgungskosten gelten jedoch vom allgemeinen Schadenersatzrecht abweichende Regeln. Am häufigsten hat sich das Bundesgericht zu den vorprozessualen Anwaltskosten geäussert. Dieselben Überlegungen gelten aber sinngemäss auch für alle weiteren Rechtsverfolgungskosten.

Bis zum Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung war das Privatrecht auf Bundesebene geregelt, das Zivilprozessrecht war Sache der Kantone. Der Ersatz der in einem Zivilprozess entstandenen Anwaltskosten ist eigentlich eine Frage des materiellen Zivilrechts. Sie hängt jedoch eng mit dem Zivilprozessrecht zusammen. Lehre und Rechtsprechung gingen deshalb davon aus, es bestehe ein echter Vorbehalt (Art. 5 Abs. 1 ZGB), die Kantone seien befugt, in ihren Zivilprozessordnungen eigene Regeln über den Ersatz von Anwaltskosten aufzustellen, auch solche, die von Art. 41 OR abweichen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 zu § 68 ZPO/ZH; BGE 81 II 534, E. 7 S. 543). Vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung war durch Auslegung des kantonalen Rechts zu ermitteln, ob eine Prozessentschädigung auch die vorprozessualen Bemühungen abgilt. Im Urteil 4A_386/2008 vom 2. März 2009 kam das Bundesgericht etwa zum Schluss, die in der Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen vorgesehene Parteientschädigung gelte auch als Ersatz für Anwaltskosten, die bei der Vorbereitung oder der versuchten Verhinderung des Prozesses entstanden seien. Entsprechend bestehe kein Raum für einen bundesrechtlichen Schadenersatzanspruch (E. 1.2.2). Das gilt unabhängig davon, ob die nach einem Tarif zugesprochene Parteientschädigung im Einzelfall kostendeckend war oder nicht (BGE 133 II 361, E. 4.1, S. 363 und E. 4.3 S. 364; BGE 139 III 190, E. 4.4, S. 193f.).

Von diesem Vorbehalt ist auch nach der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts noch etwas übrig geblieben. Der Begriff der Parteientschädigung und was diese alles umfasst, ist heute eine Frage des Bundesrechts und in Art. 95 Abs. 3 ZPO geregelt. Den Kantonen bleibt es aber vorbehalten, Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Abweichend von den Regeln des Art. 41 OR muss die unterliegende Partei der obsiegenden nicht die effektiv angefallenen Anwaltskosten oder die objektiv gerechtfertigten Anwaltskosten ersetzen, sondern nur eine Pauschale, welche die Kantone nach einem Schema festsetzen und die nicht in jedem Einzelfall kostendeckend zu sein braucht. Was alles von der Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 ZPO abgedeckt ist, ist heute jedoch eine Frage des Bundesrechts. Auch nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung bleibt es aber dabei, dass eine Partei Schadenersatz nach haftpflichtrechtlichen Regeln nur für Kosten fordern kann, die nicht als durch die Parteientschädigung abgegolten gelten. Das einzige, was sich mit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO geändert hat, ist, dass nicht mehr durch Auslegung des kantonalen Rechts zu ermitteln ist, was als durch die Prozessentschädigung abgegolten gilt (vgl. Urteil 4A_264/2015 vom 10. August 2015, E. 3 und E. 4.2.2f.).

31.3.2 Tragweite der Prozessentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO

Die Prozessentschädigung gilt auch Bemühungen vor Eintritt der Rechtshängigkeit ab. Auf diesen Standpunkt hat sich das Bundesgericht noch vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO gestellt, ohne eine spezifische kantonale Vorschrift zu zitieren. Entscheidend ist, ob die Tätigkeit des Anwalts als Prozessvorbereitung begriffen werden kann. Dazu zählt auch die Prüfung der Frage, ob ein Vergleich möglich und ein Prozess damit unnötig sei (Urteil 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006, E. 4.1). Die Leistung vor Inkrafttreten der Rechtshängigkeit kann somit durchaus von der Prozessentschädigung abgegolten sein. Das macht auch Sinn. Es darf nicht von Zufälligkeiten wie dem Zeitpunkt des Aktenstudiums abhängen, ob die vom allgemeinen Schadenersatzrecht abweichende Regelung des Zivilprozessrechts greift oder nicht.

Das Urteil 4A_264/2015 vom 10. August 2015 spricht dafür, dass sich an dieser Auffassung des Bundesgerichts mit dem Inkrafttreten der ZPO nichts geändert

hat. Das Bundesgericht schützte eine Klageabweisung mangels Substantiierung in einem Fall, in dem der Kläger die Honorarnote seines Anwalts vorgelegt hatte. Die Vorinstanzen hatten erwogen, ohne zusätzliche Erläuterungen lasse sich nicht sagen, ob es sich um einen ersatzfähigen Schaden handle oder ob die verrechneten Bemühungen als durch die Prozessentschädigung abgegolten gelten. Diese Argumentation hätte das Bundesgericht nicht schützen können, wenn es der Auffassung wäre, der blosse Zeitpunkt der Leistung entscheide darüber, ob das Zivilprozessrecht oder das allgemeine Schadenersatzrecht greife (a.a.O., E. 4.2.3). Ausschlaggebend muss somit sein, ob eine anwaltliche Leistung als Prozessvorbereitung verstanden werden kann oder nicht. Der Begriff der Prozessvorbereitung ist weit und umfasst auch Vergleichsbemühungen vor Eintritt der Rechtshängigkeit, Prüfung von Prozesschancen usw. Entsprechend obliegt es der Klägerin, darzulegen, worin genau die anwaltlichen Leistungen bestanden haben und welche Tatsachen dagegen sprechen, diese als Prozessvorbereitung zu begreifen.

31.3.3 Beizug eines Anwaltsbüros

In deutschsprachigen Entscheiden formuliert das Bundesgericht, Anwaltskosten könnten nur dann ersatzfähig sein, wenn sie "gerechtfertigt, notwendig und angemessen" sind (so z.B. Urteil 4A_264/2015 vom 10. August 2015, E. 3). Das sind nicht drei separate Voraussetzungen, auf Französisch reichen dem Bundesgericht denn auch zwei Worte aus, um dasselbe zu sagen (BGE 131 III 121, E. 2.1., S. 125: "nécessaire et adéquate"). Der Gläubiger einer Schadenersatzforderung soll so gestellt werden, wie wenn es das schädigende Ereignis nicht gegeben hätte. Weder er selbst, noch ein von ihm beauftragtes Anwaltsbüro sollen aber aus der Situation Profit schlagen können. Ausschlaggebend ist, ob der Beizug eines Anwaltsbüros überhaupt geboten erscheint und ob der vom Anwaltsbüro getriebene Aufwand in einem vernünftigen Verhältnis zum Streitgegenstand steht.

31.4 Der geforderte Betrag

31.4.1 Beizug eines Anwaltsbüros

Die Beklagte hält dafür, die Klägerin sei nicht auf anwaltliche Vertretung angewiesen gewesen, solange es keinen Zivilprozess zu führen gab. Tatsächlich beschäftigt die Klägerin zahlreiche Juristinnen und Juristen, auch das klägerische Hochbaudepartement verfügt über einen eigenen Rechtsdienst. Allerdings ist es durchaus üblich, dass grosse Organisationen mit eigenem Rechtsdienst sich von freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten vertreten lassen, auch ausserhalb von Zivilprozessen. Das gilt für Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften gleichermassen wie für grosse privatwirtschaftliche Unternehmen. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Ein Streitfall, ob gerichtlich oder aussergerichtlich, ist aufwändig. Es kann sein, dass ein Rechtsdienst nicht genug Kapazität dafür hat, weil er auf das nichtstreitige Tagesgeschäft ausgerichtet ist. Auch das Bedürfnis nach einer unabhängigen Einschätzung von aussen kann für den Beizug eines Anwaltsbüros sprechen. Schliesslich kann ein Streitfall auch Erfahrung, Routine oder Spezialwissen erforderlich machen, über das ein interner Rechtsdienst nicht verfügt.

Die Klägerin macht ausserprozessualen Aufwand von rund sechzig Stunden geltend. Das sind knapp zwei Wochen Arbeit. Der in diesem Prozess geltend gemachte vorprozessuale Aufwand hat nicht jenen Umfang, der den Beizug eines Anwaltsbüros allein aus Kapazitätsgründen rechtfertigt. Allerdings ist der Streit um die Beschichtung notorisch nur ein Teil einer weit umfassenderen Auseinandersetzung. Der Neubau des Letzigrund-Stadions bzw. einzelne Teilaspekte waren oder sind Gegenstand von fünf Prozessen, für die in erster Instanz das Bezirksgericht Zürich zuständig war oder noch immer ist. Streitfälle dieses Umfangs sind ungewöhnlich. Insofern sprachen auch Kapazitätsgründe durchaus für den Beizug eines Anwaltsbüros.

Für den Beizug eines Anwaltsbüros sprach auch die Bedeutung der Angelegenheit. Die Nachbesserung hat über eine Million Franken gekostet. Das war nicht

von Anfang an abschätzbar. Sobald sich aber abzeichnete, dass Risse immer wieder auftraten und dem ein unentdecktes Problem zu Grunde lag, lag die Annahme nahe, dass eine Auseinandersetzung über einen hohen Streitwert bevorstand, sei es aussergerichtlich oder vor Gericht. Die Abwicklung von Werkvertragsstreitigkeiten ist nicht die Kernkompetenz des Hochbaudepartements. Es hat sich vor allem mit öffentlich-rechtlichen Fragen rund um die Raumplanung und die Erteilung einzelner Baubewilligungen zu befassen. Zudem war auch die Beklagte bereits im Spätherbst 2010 durch ein renommiertes, auf Baurecht spezialisiertes Anwaltsbüro vertreten. Der Streit war auch aus der Sicht der Beklagten weit genug eskaliert, um diesen Schritt zu rechtfertigen, obwohl auch die Beklagte einen eigenen Rechtsdienst hat. Damals bestand zwar durchaus eine realistische Aussicht, die Angelegenheit ohne Gerichtsverfahren beizulegen, die Klägerin musste allerdings auch bei ihrer gesamten Kommunikation, jedem Brief, Protokoll oder E-Mail, damit rechnen, dass es dereinst einem Gericht als Beweismittel eingereicht würde. Bei dieser Ausgangslage war der Beizug eines Anwaltsbüros keineswegs übertrieben vorsichtig. Es stand eine harte Auseinandersetzung um hohe Beträge bevor. Auch bei den Bemühungen um eine Streitbeilegung ohne Prozess war stets mitzudenken, dass die Angelegenheit vielleicht doch noch zum Gegenstand eines durch alle Instanzen gezogenen Prozesses wird. Das ist bei hohen Streitwerten, wo der Anwaltsaufwand nicht so schnell in ein Missverhältnis zum Streitwert gerät, weit wahrscheinlicher als bei einem Streit um wenige zehntausend Franken. Dort hat es meist mit einem Vergleich vor dem Einzelgericht sein Bewenden, wenn überhaupt ein Gericht angerufen wird. Sich von einem Anwaltsbüro beraten zu lassen, das Routine in der Führung von Zivilprozessen um Werkvertragsstreitigkeiten hat, war vernünftig und notwendig.

31.4.2 Rechnung vom 24. Februar 2012 (act. 5/207)

Diese Rechnung betrifft Anwaltsaufwand vom 15. November 2011 bis zum 23. Dezember 2011. Die Klägerin macht jeweils einen Drittel, einmal sogar nur einen Viertel der verrechneten Zeit geltend, weil es stets auch um andere Probleme als die Rampe und ihre Beschichtung gegangen sei. Insgesamt geht es um 25.5 Stunden Anwaltsarbeit, wovon knapp ein Drittel auf die Rampe entfalle. Ein gan-

zer Arbeitstag einer Anwältin oder eines Anwalts schlägt sich oft in ungefähr sieben verrechenbaren Stunden nieder, auch wenn die effektive Präsenzzeit höher ist. Die Klägerin macht also etwas mehr als einen Tag Anwaltsarbeit geltend. Dabei ging es um Folgendes:

Am 16. November 2011 waren die Rechtsanwälte X2._____ und X3._____ für eine Besprechung auf dem Letzigrund, nachher verfassten sie das Anwaltsschreiben vom 18. November 2011 (act. 5/23). Das Schreiben rügt einen weiteren langen Riss beim Restaurant AU._____ und verlangt Nachbesserung bis zum 2. Dezember 2011. Am Schreiben arbeitete auch Substitutin X4._____. Rechtsanwalt X1._____ schaute alles durch. Ferner studierten die vier Juristen Korrespondenz und kommunizierten mit der Klientschaft.

Am 6. Dezember 2011 reagierte Rechtsanwalt Y2._____ von der Anwaltskanzlei BA._____ auf das Schreiben vom 18. November 2011 mit einem Antwortschreiben (act. 5/24). Das studierten und kommentierten gegenüber der Klientschaft X1._____ und X3._____. X3._____ schaute weiter ein Protokoll einer Besprechung zwischen Klägerin und Beklagter (ohne Anwälte; Protokoll nicht aktenkundig) durch und kommentierte es per E-Mail gegenüber der Klägerin.

Schliesslich arbeiteten X1._____ und X3._____ am Antwortschreiben vom 23. Dezember 2011 (act. 5/25). Darin erklären die Anwälte der Klägerin noch einmal, dass es ihnen nicht um die Risse im Beton geht, sondern um die Risse im Belag über den Beton. Im Zusammenhang damit kommunizierten die beiden Anwälte mit der Klientschaft.

Entgegen der Beklagten lässt sich mit der Umschreibung der Anwaltstätigkeit und der eingereichten Korrespondenz durchaus beurteilen, ob es sich um Aufwand handelt, der durch eine pauschale Prozessentschädigung als abgegolten gilt, oder um ersatzfähigen, ausserprozessualen Aufwand. Die eingereichten Urkunden beweisen, dass es um die Rüge eines neuen Risses, das Ansetzen von Nachbesserungsfristen und die Kommunikation darüber ging, was die Klägerin als korrekte Nachbesserung betrachtet. Das betrifft nicht die Führung eines Prozesses. Es geht um die Ausübung von Gestaltungsrechten aus dem Werkvertrag vom

31. Oktober 2005 und darum, die Beklagte ohne Gerichtsverfahren zur Nachbesserung zu bewegen. Der Aufwand ist somit ausserprozessual und damit ersatzfähig.

Die Klägerin legt jene Dokumente vor, die das Anwaltsbüro in ihrem Namen an die Beklagte gerichtet oder vom Anwaltsbüro der Gegenpartei empfangen hat. Die Klägerin reicht jedoch keine Briefe oder E-Mails ein, welche sie mit ihrem eigenen Anwaltsbüro ausgetauscht hat. Die Beklagte hält es deshalb für nicht beurteilbar, ob der getriebene Aufwand angemessen sei. Die mit der Gegenpartei ausgetauschte Korrespondenz reicht dafür jedoch aus. Es entspricht der üblichen Arbeitsweise eines Anwaltsbüros, Schreiben an die Gegenpartei im Entwurf der Klientschaft zuzustellen und mit ihr zu besprechen, sei es am Telefon, per E-Mail oder persönlich in einem Sitzungszimmer. Die Klägerin will verständlicherweise keine E-Mails offen legen, in denen sie mit ihrem Anwaltsbüro das Vorgehen gegenüber der Gegenpartei besprochen hat. Auch wenn sie das tun würde, liesse sich noch immer nicht minutenscharf festlegen, wie lange die Anwältinnen und Anwälte an dem Problem gearbeitet haben. Die eingereichte Korrespondenz beweist, dass im Zusammenhang mit dem neu zu rügenden Riss, der Fristansetzung und der Reaktion auf das Antwortschreiben des Anwaltsbüros der Beklagten vom 6. Dezember 2011 gut ein Tag Anwaltsarbeit angefallen ist.

Die Beklagte wendet sich dagegen, dass die Klägerin Bruchteile der tatsächlich angefallenen Kosten geltend macht, weil nur ein Teil des Aufwands auf das Problem der Rampenbeschichtung entfalle. Sie ist der Auffassung, die Klägerin und ihr Anwaltsbüro hätten den Aufwand für jeden Mangel separat erfassen müssen, sie hätten damit rechnen müssen, dass sie sich darüber ausweisen müssten. Das sei nicht überprüfbar. Damit stellt die Beklagte übertriebene Anforderungen an die Rechnungstellung. Die eingereichten Anwaltsschreiben sprechen mehrere Mängel an. Auch in Telefongesprächen mit der Klientschaft dürften meist mehrere Mängel Gesprächsgegenstand gewesen sein. Es ginge zu weit, zu verlangen, dass die Anwältinnen und Anwälte während des Gesprächs notieren, wie viel Zeit auf welchen Mangel entfallen ist. Auch wenn sie das sogleich tun würden, wäre eine Schätzung unausweichlich, gibt es doch immer auch Fragen, die mehrere

Probleme gleichzeitig betreffen. In dieser Situation erscheint es angemessen und von Art. 42 Abs. 2 OR gedeckt, den angefallenen Anwaltsaufwand durch die Anzahl der behandelten Mängel zu teilen, zumal das Problem der Rampenbeschichtung nicht offensichtlich unbedeutender ist als die anderen angesprochenen Mängel. Das gilt auch für alle folgenden Rechnungen. Die aus dieser Rechnung geforderten CHF 2'861.10 sind somit zuzusprechen.

31.4.3 Rechnung vom 18. Mai 2012 (act. 5/208)

Diese Rechnung betrifft Anwaltsarbeit im ersten Quartal 2012. Die Klägerin macht verschiedene Bruchteile der verrechneten Zeit geltend, meist einen Viertel oder einen Drittel, gelegentlich auch einen Fünftel oder die Hälfte, weil es stets auch um anderes ging. Insgesamt geht es um verschiedene Bruchteile von 44.9 Stunden Anwaltsarbeit. Berücksichtigt man die Bruchteile, so macht die Klägerin geltend, betreffend die Beschichtung der Rampe seien rund zwölf Stunden Anwaltsarbeit angefallen. Das habe CHF 4'472.30 gekostet. Im Einzelnen ging es um Folgendes:

Bis zum 20. Januar 2012 haben X3._____ und X1._____ diverse Telefonate und E-Mails mit der Klientschaft geführt. Es ging um das weitere Vorgehen und das Einholen eines Verjährungsverzichts.

Dann war das Schreiben der Beklagten vom 20. Januar.2012 (act. 5/26) zu studieren. Bis Ende Januar gab es weitere Telefone und E-Mails mit der Klientschaft und eine Recherche betreffend Verjährung. Diese Aktivitäten mündeten in das Schreiben im Namen der Klägerin vom 10. Februar 2010 (act. 5/27): Darin halten die Anwälte der Klägerin fest, dass es keine Vereinbarung gebe, betreffend Risse in der Kunststoffbeschichtung einstweilen nichts zu unternehmen, dass das letzte Ausbessern der Risse die Verjährung unterbrochen habe und dass der neue Riss bis Ende März auszubessern sei, auch wenn die Beklagte für später ein Konzept zur Behebung des grundsätzlichen Problems versprochen habe.

Dann gab es weitere Kommunikation zwischen den Amtsstellen der Klägerin und dem damals mandatierten Anwaltsbüro R._____, weil wieder Wasser in die Ram-

pe drang (vgl. E-Mail vom 14. Februar 2012, act. 5/28). Das mündete in das Anwaltsschreiben vom 17. Februar 2012 (act. 5/29). Darin setzen die Anwälte der Klägerin der Beklagten eine kurze Frist für das Entfernen von Verputzteilen an und bekräftigen die früher angesetzte Frist bis Ende März zum Nachbessern der aktuellen Risse und Vorlegen eines Konzepts zur Beseitigung der Ursache all dieser Risse.

In der Woche bis zum 24. Februar gab es diverse Kommunikation, elektronisch und persönlich, mit der Klientschaft. Dann war das Schreiben der damaligen Rechtsvertreter der Beklagten vom 24. Februar 2012 zu studieren (act. 5/30). Darin hielt die Beklagte an ihrer Auffassung fest, es gebe eine Vereinbarung über das weitere Vorgehen betreffend Kunststoffbeschichtung. Im Übrigen werde die Beklagte sanieren, was rechtzeitig gerügt sei. Darauf reagierten X3._____ und X1._____ mit dem Schreiben vom 2. März 2012 (act. 5/31). Sie bekräftigten die bereits angesetzten Nachfristen, teilten mit, dass sie nur Nachbesserungen akzeptierten, die ohne wenn und aber auf Kosten der Beklagten gehen, und teilten erneut mit, es gebe keine Vereinbarung vom 30. September 2011. X3._____ sah sich die Angelegenheit noch einmal vor Ort im Letzgrund an. Auch im Vorfeld des Schreibens vom 2. März 2012 gab es etlichen Aufwand, der Kommunikation zwischen Anwaltsbüro und Klientschaft betrifft. Weiter verfolgten die Klägerin und ihre Anwälte das Ziel, die Beklagte zu einem Verjährungsverzicht zu bewegen und kommunizierten auch deshalb miteinander. Mit Schreiben vom 20. März 2012 teilten die Anwälte der Beklagten unter anderem mit, eine Sanierung bis Ende März sei wegen des Wetters unmöglich (act. 5/32). Dieses Schreiben mussten die Anwälte der Klägerin studieren und mit der Klientschaft am Telefon besprechen. Weiter gab es einen Vorschlag der Beklagten für einen Verjährungseinredevorverzicht zu besprechen. Schliesslich musste X3._____ die Mängel- und Korrespondenzliste nachführen.

Die eingereichten Schreiben beweisen, dass es auch hier um ausserprozessualen Aufwand ging. Es ging um Rügen und Fristansetzungen wegen eines neuen Wasserdurchbruchs und es ging um das Einholen eines Verjährungsverzichts. Ein Verjährungsverzicht ist gerade dann nicht nötig, wenn eine Partei entschlossen

ist, sofort einen Prozess einzuleiten. Dass der Verzicht auf die Verjährung zwischen den Parteien ein Thema war, zeigt, dass die anwaltlichen Bemühungen damals noch darauf ausgerichtet waren, die Angelegenheit aussergerichtlich beizulegen.

Anwaltsaufwand von zwölf Stunden erscheint relativ hoch, um einen neuen Riss zu rügen, Fristen anzusetzen, sich um einen Verjährungsverzicht zu bemühen und all das mit der Klientschaft zu besprechen. Ein Blick auf die Korrespondenz zeigt allerdings, dass es nicht um blosser Mitteilung von Fakten oder die Abgabe von Willenserklärungen ging. Die Beklagte lieferte ausführliche juristische Argumentationen für ihre Passivität und die Klägerin versuchte, diese zu widerlegen und die Beklagte doch noch zur Nachbesserung zu bewegen. Da ein Prozess um derartige Mängel noch weit aufwändiger ist, war es aus damaliger Sicht vernünftig und angemessen, relativ viel Aufwand zu treiben und zu versuchen, die Beklagte von der eigenen juristischen Argumentation zu überzeugen und so zur Nachbesserung zu bewegen. Entsprechend sind die geforderten CHF 4'472.30 zuzusprechen.

31.4.4 Rechnung vom 7. August 2012 (act. 5/209)

Wiederum macht die Klägerin verschiedene Bruchteile der Rechnungspositionen geltend, weil es in allen Telefongesprächen, Briefen, E-Mails usw. auch um andere Mängel und Probleme als die Kunststoffbeschichtung ging. Insgesamt geht es um Bruchteile von 14.3 Stunden Anwaltsarbeit. Die Klägerin macht geltend, dass rund drei Stunden Anwaltsarbeit auf das Problem der Rampe und ihrer Beschichtung entfallen sind und fordert CHF 888.35.

X1._____ und X3._____ verfassten das Schreiben vom 24. April 2012 (act. 5/34). Darin halten sie fest, dass die Beklagte weder Risse fristgerecht nachgebessert, noch ein Sanierungskonzept vorgelegt habe und dass die Klägerin die Mängelrechte deshalb als verwirkt ansieht. Weiter weisen sie die von der Beklagten vorgeschlagene Verjährungsverzichtserklärung als ungenügend zurück und setzen Frist für eine weiter gehende Erklärung an, sollte die Beklagte Beteiligungen oder

Sühnbegehren vermeiden wollen. In diesem Zusammenhang wurde im Vorfeld des Schreibens wiederum mit der Klientschaft Rücksprache gehalten.

Weiterer Aufwand entstand, weil X3._____ das Protokoll einer Besprechung vom 8. Mai 2012 (act. 22/27) durchzulesen, anzupassen und in diesem Zusammenhang mit den Mitarbeitern der Klägerin zu kommunizieren hatte. An der Besprechung waren keine Anwälte, sondern die Herren AH._____ und AF._____ von der Klägerin und Herr AG._____ von der Beklagten. Gemäss dem Protokoll wurde darüber gesprochen, wer bezüglich welchen Problems was bis wann machen muss. Weiter besprach X3._____ im Letzigrund mit der Klientschaft und einem Parteigutachter die Fünfjahresabnahme.

Dass vom weit grösseren Anwaltsaufwand rund drei Stunden auf die Rampenbeschichtung entfallen, erscheint als vernünftige Schätzung. Es war zu entscheiden, ob die von der Beklagten abgegebene Erklärung wirklich überall dort die Verjährung unterbricht, wo die Klägerin darauf angewiesen war und es galt, über das weitere Vorgehen zu entscheiden, nachdem die Beklagte weder nachgebessert, noch ein Konzept vorgelegt hatte. Die genaue Analyse dieser Fragen wäre auch ohne die übrigen Mängel geboten gewesen und hätte dann mit Sicherheit auch rund drei Stunden beansprucht. Ein Verjährungsverzicht ist zwar ein kurzer Text, Anwältinnen und Anwälte müssen ihn aber genau lesen und sich gut überlegen, ob die Verzichtserklärung wirklich alles abdeckt, weil davon sechs- oder gar siebenstelligen Beträge abhängen. Die verlangten CHF 888.35 sind somit zuzusprechen. In diesem Umfang handelt es sich um ausserprozessualen Aufwand, der wegen der Mängel der Beschichtung anfiel, notwendig und angemessen war.

31.4.5 Rechnung vom 7. November 2012 (act. 5/210)

In dieser Rechnung geht es um Bruchteile von insgesamt 6,6 Stunden Anwaltsarbeit. Ein Teil des Aufwands ist auch voll dem eingeklagten Mangel zuzurechnen und wird deshalb ganz geltend gemacht. Damit macht die Klägerin geltend, Anwaltsaufwand von rund vier Stunden sei wegen der Mängel der Rampenbeschichtung angefallen:

Im Juli ist vor allem Kommunikation mit der Klientschaft und Besprechungsaufwand zwischen X1._____ und X3._____ geltend gemacht. Die Parteien besichtigen die Risse am 12. Juli 2012. Im August war das Protokoll einer ohne Anwälte durchgeführten Besprechung vom 17. Juli 2012 (act. 22/28) durchzusehen. Dort ist die Rede davon, A._____ erarbeite einen Vorschlag für einen aussergerichtlichen Vergleich (S. 2). Weiter galt es, einen Sanierungsvorschlag der Beklagten (act. 5/38) und das beigelegte Schreiben der N._____ zu prüfen und zu besprechen und mit act. 5/39 zu beantworten. Die Klägerin lehnt die vorgeschlagene Sanierung als unzureichend ab. Die Beschichtung müsse gesamthaft ersetzt und nicht geflickt werden. Die Klägerin werde nun zur Ersatzvornahme schreiten. Weiter galt es, das nicht aktenkundige Protokoll einer Bausitzung vom 5. September 2012 durchzusehen.

Der geltend gemachte Anwaltsaufwand ist ausserprozessual und ersatzfähig. Die Beklagte hatte bisher nicht nachgebessert, es lag aber ein Sanierungsvorschlag auf dem Tisch, zu welchem die Beklagte Hand geboten hätte. Die Prüfung der Frage, ob dieser Vorschlag anzunehmen oder zur Ersatzvornahme zu schreiten sei, die entsprechenden Besprechungen mit der eigenen Klientschaft und die Kommunikation an die Gegenpartei beschlägt noch immer die Ausübung von Gestaltungsrechten aus dem Werkvertrag. Sie lässt sich nicht als Vorbereitung eines Prozesses begreifen, den die Klägerin fast drei Jahre später eingeleitet hat. Dass hier auch dann rund vier Stunden Anwaltsarbeit angefallen wären, wenn es allein um die Mängel der Rampenbeschichtung gegangen wäre, ist eine vernünftige Schätzung. Das hält vor Art. 42 Abs. 2 OR stand. Auch hier ist daran zu erinnern, dass viel von dem Entscheid abhing. Hätte sich der Sanierungsvorschlag als genügend erwiesen, dann wäre das Problem gelöst gewesen. Wer eine Ersatzvornahme für rund eine Million Franken plant, braucht Gewissheit darüber, dass die rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Vor diesem Hintergrund erscheint der geltend gemachte Aufwand durchaus angemessen. Die geforderten CHF 1356.55 sind zuzusprechen.

31.4.6 Rechnung vom 17. Januar 2013 (act. 5/211)

Hier geht es um verschiedene Bruchteile von 16,5 Stunden Anwaltsarbeit. Ein guter Teil betrifft Kommunikation zwischen Mitarbeitern der Klägerin und X3._____ bzw. X1._____. Weiter war das Protokoll einer Besprechung ohne Anwälte vom 7. November 2012 zu überarbeiten. Dort ist die Rede davon, die Klägerin wolle eine Expertise zur Beweissicherung in Auftrag geben. A._____ wäre bereit, die sichtbaren Schäden an der Untersicht übermalen zu lassen (act. 22/9). Ferner war ein weiteres Sitzungsprotokoll zu führen und die Pendenzen- und Korrespondenzliste nachzuführen. Sodann arbeitete X3._____ an einer neuen Mängelrüge. Insgesamt geht es um rund drei Stunden Anwaltsaufwand, die Klägerin fordert CHF 1'140.10.

Das einzige Dokument, das von den damaligen anwaltlichen Aktivitäten zeugt, ist das Protokoll der Besprechung vom 7. November 2013 (act. 22/9). Dort ist das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweissicherung bereits ein Thema. Die Klägerin leitete dieses wenige Monate später ein. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass dieses Thema auch in der Kommunikation zwischen Anwaltsbüro und Klientin viel Raum einnahm. Aufwand im Hinblick auf ein Beweissicherungsverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren ist nicht ausserprozessualer Natur. Dem wird bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen sein. Aufgrund der knappen Umschreibungen dessen, was die Anwältinnen und Anwälte der Klägerin geleistet haben, lässt sich kein ausserprozessualer Aufwand ausscheiden. Das hätte im Behauptungsverfahren zu geschehen. Es wäre nicht korrekt, das anhand zusätzlicher Erläuterungen der angebotenen Zeugen zu tun. Für die Teilforderung aus dieser Rechnung ist die Klage abzuweisen.

31.4.7 Rechnung vom 18. Februar 2013 (act. 5/212)

Hier geht es um ein einziges Telefongespräch am 24. Januar 2013, wobei ein Drittel davon dem Problem der Beschichtung der Rampe zuzurechnen sei (act. 5/212 S. 1). Eine Woche später hat die Klägerin ihr Gesuch um vorsorgliche Beweissicherung eingeleitet. Zusätzliche Angaben macht die Klägerin nicht. Vor

diesem Hintergrund ist kein ausserprozessualer Anwaltsaufwand substantiiert behauptet. Dazu wären Behauptungen dazu erforderlich, was es denn abgesehen von der unmittelbar bevorstehenden Beweissicherung zu besprechen gab.

31.4.8 Rechnung vom 8. April 2013 (act. 5/213)

Die Positionen dieser Rechnung weisen zu einem grossen Teil einen ausdrücklichen Bezug zum Beweissicherungsverfahren auf. Weitere Positionen sind unspezifisch ("Studium Korrespondenz" usw.). Sie könnten prozessuales oder ausserprozessuales Wirken umschreiben. Die Klage für die Teilforderung aus dieser Rechnung ist somit abzuweisen. Sie betrifft zum Teil nachweislich prozessuales Wirken, zum Teil ist das ausserprozessuale Wirken nicht substantiiert behauptet.

31.4.9 Rechnung vom 15. Juli 2013 (act. 5/214)

Die Klage für die Teilforderung aus dieser Rechnung ist ebenfalls abzuweisen. Für die Begründung ist auf den vorstehenden Abschnitt betreffend die Rechnung vom 8. April 2013 zu verweisen.

31.4.10 Rechnung vom 17. November 2013 (act. 65/2)

Diese Rechnung betrifft rund drei Stunden Aufwand, wobei ein Teil davon auf die damalige Anwaltssubstitutin X5._____ entfällt. Die Klägerin fordert CHF 499.50. Die Rechnung (act. 65/2) weist zwar auch Positionen auf, die dem Beweissicherungsverfahren zuzurechnen wären. Bei den geltend gemachten Positionen legt die Klägerin allerdings substantiiert dar, dass es sich um ausserprozessualen Aufwand handelt. In erster Linie geht es um die Prüfung eines Sanierungsvorschlags der Beklagten, ferner um Aufwand betreffend Dossierführung und Aktenstudium. Dieser wäre auch ohne das Beweissicherungsverfahren angefallen. Die verlangten CHF 499.50 sind somit zuzusprechen. Es handelt sich um eine vernünftige Schätzung des Aufwands, der auf ausserprozessuale Bemühungen betreffend die Rampe entfällt. Das hält vor Art. 42 Abs. 2 OR stand. Die Dossierführung ist auch nicht völlig an ein Sekretariat delegierbar und der Einsatz einer Anwaltssubstitutin zeigt, dass durchaus an die Kosten gedacht wurde.

31.4.11 Rechnung vom 3. Januar 2014 (act. 5/216)

In dieser Rechnung geht es - Bruchteile berücksichtigt - um knapp zwei Stunden Anwaltsaufwand. Ein Teil davon betrifft die Redaktion und Kontrolle des Protokolls einer Besprechung vom 12. November 2013 (act. 65/4). Zur Kunststoffbeschichtung steht dort allerdings unter dem Stichwort Epoxy nur, dieser Mangel sei derzeit Gegenstand eines Gerichtsverfahrens. Die weiteren Rechnungspositionen betreffen Telefone oder Besprechungen mit der Klientschaft oder Aktenstudium. Die Klägerin sagt mit keinem Wort, welche neuen Entwicklungen denn Anlass dazu gaben, dass sich ihre Anwälte mit der Beschichtung der Rampe befassen. Anders als bei den vorhergehenden Rechnungen sind keine neuen Risse, Schreiben der Gegenpartei oder dergleichen ersichtlich und das Protokoll der Besprechung vom 12. November 2012 macht den Eindruck, dass die Kunststoffbeschichtung eben gerade kein Thema war, weil das Beweissicherungsverfahren pendent war. Die Notwendigkeit und der ausserprozessuale Charakter dieser Bemühungen sind nicht substantiiert dargelegt. In Bezug auf die Teilforderung aus dieser Rechnung ist die Klage abzuweisen.

31.4.12 Rechnung vom 7. Mai 2014 (act. 5/217)

In dieser Rechnung geht es - Bruchteile berücksichtigt - um rund zwölf Stunden Anwaltsaufwand:

Es geht um Aufwand für eine Besprechung im Amtshaus mit der Direktorin des Amtes für Hochbauten und den operativ zuständigen Mitarbeitern. Weiter war das Protokoll in act. 22/14 zu studieren. Am 13. Dezember 2013 besprachen die Parteien eine Sanierung durch die AL._____ AG. Weiter erstellten die Anwälte der Klägerin Dokumente mit einer Übersicht über sämtliche hängigen Verfahren, ausserprozessualen Schritte usw. Ein weiteres Telefon betraf das von der Beklagten verfasste Protokoll der Besprechung vom 13. Dezember 2013, welches die Klägerin unrichtig fand. Die Anwälte der Klägerin beantworteten dieses Schreiben mit act. 22/30. Darin stellt die Klägerin klar, dass Herr C'._____ ihr Experte sei und nicht auf der Seite der ausführenden Unternehmen in die Planung konkreter Sanierungsarbeiten einbezogen werden könne. Weiter widerspricht die Stadt der

Behauptung im Protokoll, es seien keine Materiallieferanten bekannt, die etwas Taugliches liefern könnten. Dann gab es E-Mails betreffend Wassereinbrüchen und der von der Beklagten angerufenen Verjährung. Ferner wurde viel entworfen, telefoniert und umgeschrieben, bis das von den Anwälten der Klägerin formulierte Schreiben in act. 22/30 versandt werden konnte. Weiter mussten die Anwälte der Klägerin das Schreiben der Beklagten in act. 5/48 vom 12. März 2014 studieren. Dort sagt die Beklagte deutlich, sie werde nichts an der Rampe machen oder bezahlen. Schliesslich war das Sitzungsprotokoll in act. 5/16 zu überarbeiten und ein E-Mail, mit dem die Beklagte auf das Protokoll reagiert hatte, zu überarbeiten.

Die eingereichten Dokumente zeigen und die Klägerin legt substantiiert dar, dass ihre Anwältinnen und Anwälte mit der eigenen Klientschaft und mit der Beklagten über eine Sanierung der Rampenbeschichtung korrespondierten, telefonierten und Besprechungen abhielten. All das war nicht auf die Vorbereitung dieses Prozesses oder die Führung des Beweissicherungsverfahrens gerichtet, sondern auf eine Lösung ohne Gerichtsverfahren. Mit einer Einigung hätte die Klägerin viel gewonnen. Es erscheint deshalb angemessen, dass ihre Anwältinnen und Anwälte sich knapp zwei Arbeitstage lang damit befasst haben, ob das, wozu die Beklagte Hand bieten würde, gut genug sei. Das Protokoll der Besprechung vom 13. Dezember 2013 macht auch den Eindruck, eine Einigung sei in Reichweite. Die aus dieser Rechnung geforderten CHF 5'350.05 sind somit zuzusprechen.

31.4.13 Rechnung vom 27. April 2014 (act. 5/218)

Die Rechnung als Ganzes betrifft anwaltliche Bemühungen über den Zeitraum eines ganzen Jahres im Umfang von gut einer halben Million Franken. Bruchteile berücksichtigt macht die Klägerin geltend, wegen der Mängel der Rampenbeschichtung seien gut sieben Stunden Anwaltsaufwand angefallen. Dafür fordert sie CHF 3'043.25.

Nebst Kommunikation zwischen Anwalt und Klientschaft war die Aufgabe der Anwälte der Klägerin in dieser Rechnungsperiode, auf das Schreiben der Beklagten vom 12. März 2014 (act. 5/48) zu reagieren. In diesem Schreiben kündigt die Beklagte an, sie werde bezüglich der Rampe nichts unternehmen und keine Arbeiten

bezahlen. Weiter stellte AG._____ von der Beklagten das Protokoll der Besprechung vom 5. März 2014 (act. 22/16) per E-Mail in Frage, worauf die Anwälte reagieren mussten. Dann besichtigten die Anwälte der Klägerin das Stadion und hielten eine Besprechung mit den zuständigen Mitarbeitern der Klägerin ab. Am 8. Mai 2014 gab es wieder eine Besprechung zwischen den Parteien ohne Anwälte, bei der im Hintergrund die Anwälte das Protokoll redigierten (act. 22/17). Auf das Protokoll reagierte wiederum AG._____ von der Beklagten, womit sich im Hintergrund die Anwälte der Klägerin beschäftigten. Erneut gab es Akten aufzuarbeiten.

Im Rückblick ist klar, dass mit dem Schreiben der Beklagten vom 12. März 2014 und dem Entschluss der Klägerin, zur Ersatzvornahme zu schreiten, die Suche nach einer aussergerichtlichen Lösung gescheitert war. Kurz zuvor erschien das durchaus noch als ein realistisches Ziel. Die Klägerin beschreibt zwar detailliert, was ihre Anwältinnen und Anwälte getan haben, nicht aber, auf welches Ziel diese Bemühungen ausgerichtet waren. Die Klägerin behauptet auch keine weiteren Bemühungen um eine aussergerichtliche Lösung und es ist nicht ersichtlich, welche Willenserklärungen noch abzugeben oder Überzeugungsarbeit bei der Gegenpartei zu leisten war. Damit ist kein ausserprozessualer Aufwand substantiiert behauptet. Das Schreiben vom 12. März 2014 ist eine Zäsur. Vorher signalisierte die Beklagte immer wieder Kompromissbereitschaft, so dass sich Anwaltsaufwand als ausserprozessual begreifen lässt. Nachher erschien eigentlich nur noch ein Versuch, nach erfolgter Sanierung aussergerichtlich abzurechnen sinnvoll. Darauf können Bemühungen zu Beginn der Sanierung nicht gerichtet sein. Der Aufwand lässt sich ebenso gut als Prozessvorbereitung begreifen, er könnte genau so gut dazu gedient haben, die Aktenlage im Hinblick auf den immer wahrscheinlicher werdenden Prozess zu optimieren, wie er der Streitbeilegung ohne staatliche Verfahren gedient haben könnte. Selbst wenn es anders wäre, handelt es sich um Aufwand, der ohnehin im Hinblick auf die Prozessvorbereitung angefallen wäre, ist es doch gerade im Hinblick auf einen Prozess wichtig, was genau in Protokollen, Schreiben und E-Mails steht, welche die Parteien ausgetauscht haben. Bezüglich dieser Teilforderung ist die Klage somit abzuweisen.

31.5 Zusprechen von Fr. 15'427.85

Zusammengefasst ist ausserprozessualer Anwaltsaufwand mit Bezug zur Beschichtung der Rampe im Betrag von CHF 15'471.85 ausgewiesen.

32 T._____

32.1 Parteistandpunkte

Die Klägerin liess sich im Hinblick auf die Formulierung des Fragenkatalogs für das Gutachten W._____ durch die T._____ ag beraten und beglich deren Rechnung über CHF 4'388.40 (act. 5/219; act. 65/260). Die Klägerin führt dazu in der Replik aus, die T._____ AG bzw. deren Inhaber BB._____ habe mit seiner Beratung massgeblich zur Formulierung des Fragenkatalogs beigetragen, den das Einzelgericht auf Antrag der Klägerin dem Gutachter W._____ vorgelegt hatte. Auch sonst sei die Klägerin immer wieder auf technische Auskünfte angewiesen gewesen. Das sei keine Doppelspurigkeit mit den Leistungen der Q._____ AG. Diese führte Messungen und Laboruntersuchungen durch, beriet die Klägerin aber nicht im Hinblick auf das weitere Vorgehen (act. 64 S. 652ff. Rz. 2466-2477 insb. Rz. 2467 und Rz.,. 2472). Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin habe selbst über den notwendigen Sachverstand verfügt, um solche Fragen zu formulieren. Es sei auch nicht ersichtlich, wie die Arbeit der T._____ ag in das Gutachten W._____ eingeflossen sei. Im Übrigen sei der Aufwand nicht angemessen und es gehe um das Beweissicherungsverfahren, so dass diese Kosten ohnehin durch eine Parteientschädigung als abgegolten gelten würden (act. 68 S. 344ff.).

32.2 Würdigung

Auch nach der Darstellung der Klägerin zog sie die T._____ ag im Hinblick auf die Formulierung des Fragenkatalogs für das Gerichtsgutachten bei. Die Tragung dieser Kosten fällt unter die Regelung der Zivilprozessordnung. Der Kanton Zürich hat gestützt auf Art. 96 ZPO die Anwaltsgebührenverordnung erlassen (LS 215.3). Deren § 1 stellt klar, dass es die Anwaltshonorare sind, welche diese Verordnung

mit einem streitwertabhängigen Tarif pauschalisiert. Bereits die Barauslagen der Anwältinnen und Anwälte fallen nicht unter eine Pauschale. Das betrifft etwa Briefmarken, Trambillette und dergleichen (vgl. (§ 1 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 AnwGebV). Für derartige Nebenkosten sind die notwendigen, effektiven Ausgaben entscheidend. Was die Anwaltsgebührenverordnung pauschalisiert, ist also nur der grösste Teil der Kosten der berufsmässigen Vertretung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO. Die Überwälzung der effektiven Kosten eines beigezogenen beratenden Ingenieurs gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO ist also durch die Anwaltsgebührenverordnung nicht ausgeschlossen. Allerdings muss diese Auslage notwendig sein.

Die eingereichte Rechnung und der Beleg über ihre Begleichung beweist, dass die T._____ ag die behauptete Dienstleistung erbracht hat. Im Gegensatz zur Q._____ AG bestand diese nicht in einem schriftlichen Gutachten, das die Klägerin dem Gericht einreichen könnte. Die Rechnung hält aber unmissverständlich fest, dass es um technische Auskünfte und einen Vorschlag für den Fragenkatalog betreffend "Epoxy-Belag Rampe" geht (act. 5/219 S. 1). Auch die Leistungsdetails von BB._____ (act. 5/219 S. 2) passen ins Bild. Zuerst verschaffte er sich einen Überblick, indem er mit AH._____, Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwältin X3._____ telefonierte, dann erarbeitete er den Fragenkatalog. Das geschah kurz bevor die Klägerin das Gesuch um vorsorgliche Beweissicherung eingereicht hatte. Es besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass BB._____ getan hat, was die Klägerin behauptet.

Auf den ersten Blick mag es perfektionistisch erscheinen, dass die Klägerin einen weiteren Experten beizog, um den Fragenkatalog zu formulieren. Falls eine unzweckmässig formulierte Frage dazu geführt hätte, dass W._____ in seinem Gutachten einen Aspekt zu wenig beleuchtet, hätte die Klägerin mit Ergänzungsfragen nachhaken können. Insofern hätten auch die Rechtsvertreter der Klägerin die Fragen allein oder im Dialog mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Klägerin formulieren können. Falls die Fragestellung nicht ganz so treffsicher ausgefallen wäre, wie mit dem Beizug eines beratenden Ingenieurs, hätte sich das mit Ergänzungsfragen beheben lassen. Ein Ingenieurbüro, das selbst derartige Gutach-

ten erstellt, hat allerdings mehr Routine in solchen Dingen als ein Ingenieur innerhalb der Stadtverwaltung. Die Kosten für den Beizug der T._____ ag betragen nur knapp einen Zehntel der Kosten des Gerichtsgutachtens. Ohne sie hätte eine Anwältin oder ein Anwalt der Klägerin sich tiefer mit den technischen Aspekten und der Formulierung der Fragen befassen müssen, zu höheren Stundenansätzen als sie BB._____ verrechnet hat. Wenn eine weniger zielsichere Fragestellung zu Ergänzungsfragen geführt hätte, hätte das Gerichtsgutachten mehr gekostet. Der Beizug des beratenden Ingenieurs war deshalb sinnvoll, auch mit Blick auf die Kosten.

Die Beklagte hält insbesondere den Stundenansatz von BB._____ von CHF 230 für viel zu hoch. Tatsächlich ist der Ansatz einiges höher als der von C'._____ und einiges höher als die üblichen Ansätze für Planungs- oder Bauleitungsaufgaben. Andererseits entspricht der Stundenansatz ungefähr dem, was Gerichtsgutachter verrechnen, und die Aufgabe hing mit einem Gerichtsgutachten zusammen. Die Stundenansätze für Planungsaufgaben sind auch deshalb einiges tiefer, weil es sich um weit umfangreichere Aufträge handelt. Das Berechnungsmodell der SIA-Ordnung 103 geht bei Baukosten von einer Million Franken bereits von deutlich über Tausend Stunden Planungsaufwand aus und viele Bauaufträge belaufen sich auf mehr als eine Million Franken. Der Auftrag, den die T._____ ag ausgeführt hat, war mit seinen rund vierzehn Stunden Aufwand etwa hundertmal kleiner als ein Planungs- und Bauleitungsauftrag mit Baukosten von einer Million Franken. Entsprechend müssen die Stundenansätze höher sein, damit sich solche Aufträge lohnen. Nochmals erwähnt sei auch, dass es teurer gekommen wäre, wenn ein Anwalt zu höheren Stundenansätzen und mangels technischem Sachverstand über längere Zeit den Fragenkatalog erarbeitet hätte. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die aufgewendete Zeit. Dass rund zwei Arbeitstage anfallen, um das ganze Problem zu erfassen und danach einen Fragenkatalog für ein mehrere Dutzend Seiten umfassendes Gerichtsgutachten zu erarbeiten, leuchtet ein.

Die Kosten der T._____ ag sind somit als notwendige Auslage im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO zu qualifizieren.

33 Beweissicherungsverfahren

Die Anwaltskosten, die auch nach der Darstellung der Klägerin im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren angefallen sind, sind kein nach privatrechtlichen Regeln ersatzfähiger Schaden. Die Kosten vorsorglicher Beweisführung sind von der Kosten- und Entschädigungsregelung der ZPO erfasst.

Das Bundesgericht hat in einer Serie von Entscheiden dafür gehalten, die Kosten vorsorglicher Beweisführung seien stets dem Gesuchsteller zu auferlegen und dieser habe die Gegenpartei stets zu entschädigen. Das Bundesgericht hat aber auch dafür gehalten, diese Regelung stehe unter dem Vorbehalt einer anderen Verteilung im Prozess um den zu Grunde liegenden Anspruch. Dies ist sogar ein massgebliches Element seiner Argumentation, sowohl für die Kostenaufgabe, als auch betreffend Prozessentschädigung (BGE 140 III 30, S. 34f., E. 3.5 und 3.6, mit weiteren Hinweisen): Der Gesuchsteller habe es in der Hand, durch Einleitung und Obsiegen im Hauptprozess die Kosten abzuwälzen, wenn seine Forderung in der Sache berechtigt sei. Falls er den Hauptprozess nicht einleite, sei es auch gerecht, den Gesuchsteller gleich zu behandeln, wie einen unterliegenden Kläger oder einen, der seine Klage zurückzieht.

Der Gesuchsgegner erhält also eine nach Tarif festgesetzte Prozessentschädigung. Dabei bleibt es, wenn der Gesuchsteller den Prozess über die Hauptsache nicht einleitet oder verliert. Für die Gesuchstellerin und spätere Klägerin kann nichts anderes gelten. Es wäre ungerecht, wenn eine Partei bei Obsiegen in der Hauptsache ihre effektiven Kosten überwälzen kann, die andere Partei sich aber mit einer Pauschale begnügen muss, wenn sie obsiegt oder es gar nicht zu einem Prozess um die Hauptsache kommt. Ihrem Anwaltsaufwand für das Beweissicherungsverfahren wird im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen sein, allerdings im Rahmen des Tarifs.

34 U._____

Die Klägerin hat 18 einseitige Plankopien drucken lassen, um sie W._____ zur Verfügung zu stellen und dafür eine Rechnung der U._____ gmbh über

CHF 902.45 bezahlt (act. 65/261; act. 65/262). Das Gutachten W._____ befasst sich mit diesen Plänen, äussert sich der Gutachter doch auch darüber, wo wie viele Stahlstäbe für die Bewehrung eingezeichnet sind und ob das den Regeln der Baukunde entspricht. Es handelt sich um eine notwendige Auslage im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO.

35 Betreuung

Die Klägerin hat die Beklagte für eine andere, rechtskräftig beurteilte Forderung im Zusammenhang mit dem Letzigrund-Stadion betrieben, die Beklagte hat Rechtsvorschlag erhoben, dann aber die Forderung von CHF 19'740.00 beglichen. Die Beklagte beglich jedoch die Betreuungskosten von CHF 103.30 nicht. Die Klägerin fordert diesen Betrag als Schadenersatz.

Wer die Kosten einer Betreuung zu bezahlen hat, ist eine verfahrensrechtliche, im SchKG abschliessend geregelte Frage. Der Gläubiger hat die Betreuungskosten vorzuschiessen, der Schuldner hat sie zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Der Gläubiger ist berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Das SchKG sieht also die Überwälzung dieser Kosten im Rahmen der Betreuung selbst vor. Es handelt sich nicht um einen Schaden, der nach zivilrechtlichen Regeln zu überwälzen ist. Die Klägerin hat davon abgesehen, für einen Bagatellbetrag Rechtsöffnung zu verlangen, nachdem die Beklagte die eigentliche Betreuungsforderung beglichen hatte. Das ist kein Schaden im Rechtssinn, sondern eine freiwillige Vermögensminderung. Damit muss es sein Bewenden haben.

36 Eigenleistungen

36.1 Überblick

Die Klägerin fordert Schadenersatz, weil die Angelegenheit viel Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter absorbiert habe und sie einen zusätzlichen Mitarbeiter habe anstellen müssen. Es geht um rund dreissig tausend Franken.

36.2 Parteistandpunkte

Die Klägerin befasst sich auf den Seiten 258-262 der Klageschrift (act. 2 Rz. 379-386) und auf den Seiten 728-731 der Replik (act. 64 Rz. 2686-2697) mit dieser Teilforderung. Die Beklagte antwortet darauf auf den Seiten 231ff. der Klageantwort (act. 20 Rz. 1633-1648) und auf den Seiten 380-382 der Duplik (act. 68).

Die Klägerin behauptet, ihr Mitarbeiter AH._____ habe für Arbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung rund 550 Arbeitsstunden aufwenden müssen. Deshalb habe die Klägerin für andere Projekte den Projektleiter BC._____ anstellen müssen. Die Arbeit von BC._____ hätte im Umfang von rund 550 Stunden AH._____ erledigen können, wenn die Beklagte ein mängelfreies Stadion geliefert hätte. Die Beklagte schulde deshalb Schadenersatz für den Lohn, den die Klägerin BC._____ habe zahlen müssen, weil AH._____ mit der Sanierung der Rampe absorbiert war. Die Klägerin reicht dessen Anstellungsverfügung ins Recht (act. 5/229).

Die Beklagte kritisiert, die Klägerin behaupte nicht im Detail, was AH._____ geleistet habe. Sie bestreitet, dass die Klägerin wegen der Sanierung der Rampe einen zusätzlichen Mitarbeiter habe anstellen müssen. Der Personalbestand der Klägerin sei gross genug, um solche Aufgaben zu bewältigen.

36.3 Schaden im vertraglichen Haftpflichtrecht

Das Obligationenrecht sieht Schadenersatzansprüche im vertraglichen und im ausservertraglichen Haftpflichtrecht vor (Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 97 Abs. 1 OR). Was ein Schaden ist, umschreibt das Gesetz nicht. Lehre und Rechtsprechung folgen seit Jahrzehnten der Differenztheorie: Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens, er entspricht der Differenz zwischen dem effektiven Vermögen und dem Vermögen, wie es bestehen würde, wenn es das schädigende Ereignis nicht gegeben hätte (zuletzt BGE 142 III 23, E. 4.1., S. 27f. mit Hinweisen auf frühere Entscheide).

36.4 Würdigung

Wenn die Klägerin wegen der Sanierung der Rampe im Letzigrund einen zusätzlichen Mitarbeiter hat bezahlen müssen, so ist das ein ersatzfähiger Schaden. Dass die Klägerin BC._____ allein wegen dieser Sanierung angestellt hat, ist jedoch auszuschliessen. Die Arbeitsstunden, die AH._____ nach der Darstellung der Klägerin geleistet hat, entsprechen ungefähr vier Monaten Arbeit. Die Klägerin hat BC._____ jedoch unbefristet angestellt, das Arbeitsverhältnis begann am 7. Januar 2013 (act. 5/229). Die Klägerin muss BC._____ auch noch für anderes angestellt haben. Hinzu kommt, dass AH._____ auch nach der Darstellung der Klägerin erst im Jahr 2014 am stärksten absorbiert war, in jenem Jahr habe er dreihundert Stunden aufwenden müssen, im Jahr 2013 nur hundert (act. 2 S. 259 Rz. 381). Auch vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass BC._____ ohnehin angestellt worden wäre.

Ein Schaden im Rechtssinne kann nur darin bestehen, dass BC._____ einige Monate früher angestellt worden ist, als es der Fall gewesen wäre, wenn die Beklagte mängelfrei erfüllt hätte und die Klägerin eine vorgesehene Stelle einige Monate unbesetzt gelassen oder eine neue Stelle erst einige Monate später geschaffen hätte, wenn nicht die Sanierung des Letzigrund-Stadions angefallen wäre. Auch so kann es nicht gewesen sein. In den Jahren 2012 und 2013 war AH._____ nach der Darstellung der Klägerin je rund hundert Stunden mit der Sanierung der Rampe im Letzigrund absorbiert. Das entspricht zwischen zwei und drei Wochen Arbeit. Das kann nicht den Ausschlag gegeben haben für die Frage, wann BC._____ die Stelle bei der Klägerin antritt. Im Übrigen spielen dabei stets auch andere Ursachen mit hinein, etwa die Dauer der Kündigungsfrist an der vorherigen Stelle.

Dass ein Mitarbeiter der Klägerin über vier Jahre verteilt ungefähr vier Monate Arbeit gehabt hat, die er nicht gehabt hätte, wenn die Klägerin mängelfrei erfüllt hätte, leuchtet ein. Das kann allerdings nicht der Grund für die Schaffung einer neuen, unbefristeten Stelle sein. Möglich wäre die Schaffung einer befristeten Stelle, was nicht geschehen ist. Denkbar wäre auch, dass eine unbefristete Stelle deswegen einige Monate früher geschaffen oder eine bereits eingeplante Stelle des-

wegen nicht unbesetzt gelassen wird. Über die Entscheidungsprozesse im Jahr 2012, die zur Anstellung von BC._____ geführt haben, behauptet die Klägerin allerdings nichts im Detail. Das wäre aber notwendig, um beurteilen zu können, ob die Klägerin irgendwann einmal für einige Monate einen Mitarbeiter mehr beschäftigt und bezahlt hat, als sie bezahlt hätte, wenn die Beklagte ein mängelfreies Stadion abgeliefert hätte. Somit ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Belastung durch die strittige Sanierung mit den Personen, die sie ohnehin bezahlt hätte, bewältigen konnte. Die Klägerin führt noch ins Feld, sie hätte den Beschäftigungsgrad von AH._____ reduzieren können, wenn es diese Mängel nicht gegeben hätte. Sie behauptet allerdings nicht, dass AH._____ diesen Wunsch jemals gehabt habe und bestreitet nicht, dass AH._____ auch heute 100% arbeitet. Dass die Klägerin gegen den Willen eines Mitarbeiters ein tieferes Pensum durchsetzt, anstatt die Auslastung über die natürliche Fluktuation zu steuern, entspricht nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Bezüglich dieser Teilforderung ist die Klage abzuweisen.

37 C._____

Die Klägerin fordert weitere CHF 19'147.25 für Leistungen des Ingenieurbüros C._____. Diese Forderung macht die Klägerin erstmals in der Replik geltend (act. 64 Rz. 2699-2702 S. 731ff.). Diese Leistungen seien allein deshalb notwendig geworden, weil die Beklagte die Notwendigkeit und Angemessenheit der Ersatzvornahme-Arbeiten und der bezahlten Preise bestritten habe (act. 64 Rz. 2699). Aus den Darlegungen der Klägerin ergibt sich in der Tat, dass C'._____ ganz wesentlichen Anteil an der Instruktion der Anwältinnen und Anwälte der Klägerin hatte. Es geht, wie auch die Klägerin schreibt, um Aufwand für Prozessführung.

Wie Aufwand für die Prozessführung abzugelten ist, regelt die Zivilprozessordnung abschliessend und abweichend von den allgemeinen Regeln des vertraglichen und ausservertraglichen Schadenersatzrechts. Wer sich anwaltlich vertreten lässt, hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen und auf eine Pauschale für die Kosten der berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und lit. b ZPO). Nur wer sich nicht anwaltlich vertreten lässt, hat in begründeten Fällen Anrecht

auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Die Regeln der Zivilprozessordnung sind nicht nur im Bereich der Anwaltskosten schematischer als jene des Schadenersatzrechts und dienen auch dazu, den Streit um die Kosten des Streits einzudämmen.

Die Regel betreffend Umtriebsentschädigungen weicht vom Schadenersatzrecht ab. Grosse Prozesse beschäftigen die Mitarbeiter von Unternehmen oder öffentlichen Verwaltungen auch dann ganz erheblich, wenn sie anwaltlich vertreten sind. Soweit deshalb weniger gewinnbringende Aufträge bearbeitet werden können, entsteht ein Schaden, der nach den Regeln des Schadenersatzrechts überwältigbar wäre. Der gesetzliche Ausschluss von Umtriebsentschädigungen für anwaltlich vertretene Parteien steht dem jedoch entgegen, letztlich um Prozesse zu vereinfachen und um einen Anreiz für effiziente Streitbeilegung zu setzen. Soweit eine Partei jedoch Dienstleistungen Dritter bezahlt hat, die für die Prozessführung wirklich in diesem Umfang notwendig waren, kann sie die tatsächlichen Kosten überwälzen, wie es auch dem allgemeinen Schadenersatzrecht entspräche.

Aufgrund der Schilderungen der Klägerin lässt sich kaum beurteilen, wo der Beizug des Ingenieurbüros C._____ wirklich unerlässlich war, und was auch Mitarbeiter der Klägerin hätten leisten können. Hier ist ein strenger Massstab anzusetzen, weil die Klägerin den Aufwand eigener Mitarbeiter für die Prozessführung selber zu tragen hat. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die fachkundigen Mitarbeiter der Klägerin wissen, welche Arbeiten die Klägerin hat durchführen lassen und weshalb das notwendig war. Das Erstellen von Zusammenstellungen und dergleichen erfordert kein Spezialwissen.

Die Klägerin behauptet, die Leistungen des Ingenieurbüros C._____ seien wegen der Bestreitungen in der Klageantwort notwendig geworden. Diese ging am 25. Mai 2016 ein (act. 20 S. 1 Eingangsstempel). Die ersten beiden Rechnungen (act. 65/268; act. 65/270) hat das Ingenieurbüro am 8. Juni 2015 gestellt, die nächsten am 30. November 2015 (act. 65/272; act. 65/274). Das ist noch immer ein halbes Jahr vor Eingang der Klageantwort, welche diese Arbeiten notwendig gemacht haben soll. Einzig für das letzte Rechnungspaar vom 30. April 2018 (act. 65/276; act. 65/119) kann die Darstellung der Klägerin zutreffen. Aus der

Rechnung geht hervor, dass eine Anwältin der Klägerin direkt einen Fragenkatalog an C'._____ gerichtet hat und dieser die Fragen beantwortet, Dokumente zusammengestellt und Besprechungen abgehalten hat. Das macht den Eindruck, dass die Instruktion der Anwältinnen und Anwälte sehr weitgehend an das Ingenieurbüro C._____ ausgelagert war und C'._____ nicht nur das geleistet hat, was Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Klägerin nicht hätten leisten können. Eine betragsmässige Ausscheidung ist nicht möglich. Die mit der Replik geltend gemachten Aufwendungen für das Ingenieurbüro C._____ können somit nicht als notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO qualifiziert werden. Wenn die Klägerin sich dafür entscheidet, die Instruktion ihrer Anwältinnen und Anwälte über das strikt notwendige hinaus an einen externen Dienstleister auszulagern, hat sie die Kosten dafür selber zu tragen. Andernfalls würde der Ausschluss von Umtriebsentschädigungen für anwaltlich vertretene Parteien unterlaufen.

38 V._____

Die Beklagte hat durchgehend bestritten, dass die Klägerin jemals eine Rechnung bezahlt habe im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme der Nachbesserung. Die Klägerin hat die Zahlungsbelege für die geltend gemachten Kosten mit der Replik beigebracht. Die V._____ verrechnete für das Erstellen der entsprechenden Bestätigungen CHF 2'670.-- (act. 65/279). Die V._____ hat 89 Bestätigungen ausgestellt und für jede Bestätigung dreissig Franken verrechnet.

Der Betrag erscheint sehr hoch für einen Stapel Zahlungsbestätigungen. Gerade bei wichtigen Kunden kommt es vor, dass Banken Dokumente noch einmal ausdrucken, ohne etwas dafür zu verlangen oder bescheidene Bearbeitungsgebühren erheben. Wohl ist belegt, dass die V._____ diesen Betrag gefordert und die Klägerin ihn bezahlt hat. Nicht beurteilen lässt sich, ob die Klägerin diesen Betrag wirklich geschuldet hat. Dafür wären Behauptungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen erforderlich, welche die verrechnete Pauschale von dreissig Franken pro Bestätigung vorsehen oder dann aber konkrete Behauptungen über den Aufwand, den die Bank tatsächlich hatte. Die Klägerin beschränkt sich auf den Hinweis, aufgrund des besonderen Zahlungssystems der Klägerin als Gemeinwesen

habe die V._____ einen hohen Aufwand gehabt (act. 64 S. 736 Rz. 2703). Das ist nicht ausreichend substantiiert. Es lässt sich nicht beurteilen, ob der Betrag im Verhältnis zwischen der Klägerin und ihrer Bank zivilrechtlich geschuldet war, oder ob sich die Klägerin dem Begleichen dieser Rechnung hätte widersetzen sollen.

39 Aufschieben der Vollstreckbarkeit

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin schulde ihr die Rückerstattung der Gewährleistungsgarantie von zwölf Millionen Franken, die Klägerin hätte diese nie abrufen dürfen. Der geltend gemachte Rückerstattungsanspruch ist Gegenstand des ebenfalls am Bezirksgericht Zürich hängigen Verfahrens CG110072-L. Es ist denkbar, dass die Klägerin verpflichtet werden wird, der Beklagten einen Betrag zu bezahlen, der die eingeklagten gut zwei Millionen bei weitem übersteigt. Die Beklagte hat in der Klageantwort Verrechnung erklärt (act. 20 S. 19 Rz. 83).

Das Bundesgericht hat sich - auch im Zusammenhang mit dem Stadion Letzigrund - mit einer vergleichbaren Situation befassen müssen. Für die Gerichte gelten folgende Anforderungen:

- Die Gerichte müssen die Verrechnungsforderung prüfen, aber sie dürfen und müssen das nur einmal tun. Es darf keine widersprüchlichen Urteile und keine unwirtschaftliche Doppelbearbeitung derselben Fragen durch die Gegenpartei und das Gericht geben.
- Die Gerichte dürfen das Verrechnungsrecht (Art. 120ff. OR) nicht aushebeln.
- Die Gerichte müssen so vorgehen, dass eine Verschleppungstaktik nicht aufgeht.

Als Mittel der Wahl, um all dem zu genügen, steht die Vereinigung der Prozesse über die Hauptforderung und die Verrechnungsforderung im Vordergrund. Es gibt aber auch andere Wege, diesen Anforderungen zu genügen (zum Ganzen: BGE 141 III 549, E. 6.4-6.6, S. 552ff.).

Der Prozess um die Rückerstattung der Garantie ist ausserordentlich umfangreich. Die Stadt Zürich macht geltend, die Garantie zu Recht abgerufen zu haben und die zwölf Millionen Franken rechtmässig für die Behebung von Mängeln eingesetzt zu haben. Bei den Akten jenes Prozesses liegen Eingaben mit weit über Tausend Seiten Umfang und der Prozess Nr. CG110072-L ist noch nicht spruchreif. Eine Verfahrensvereinigung wäre nicht praktikabel. Beide Prozesse für sich allein sind bereits sehr umfangreich und die Verfahrensvereinigung würde ein Urteil in diesem Prozess, der spruchreif ist, erheblich verzögern. Statt dessen ist in diesem Prozess sogleich ein Urteil zu fällen, die Vollstreckbarkeit jedoch aufzuschieben, bis im Prozess Nr. CG110072-L bzw. einem allfälligen Rechtsmittelverfahren ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt. Das verhindert doppelte Beurteilung und Verschleppungstaktik ebenfalls, ohne das Verrechnungsrecht auszuhebeln.

Das schweizerische Obligationenrecht bzw. die Rechtsprechung dazu fixiert den gesetzlichen Verzugs- und Schadenszins bei 5% (Art. 104 Abs. 1 OR; BGE 122 III 53, E. 4b, S. 54ff.). Das ist weit mehr, als derzeit am Kapitalmarkt bei auch nur einigermaßen verlässlichen Schuldnern erhältlich ist. Rechtskräftig beurteilte Forderungen nicht zu begleichen, lohnt sich also nur, wenn die wesentlich später beurteilte Verrechnungsforderung wirklich besteht. In Würdigung dieser Umstände ist das Urteil betreffend die in diesem Prozess eingeklagten Forderungen bereits heute zu fällen, die Vollstreckbarkeit jedoch aufzuschieben, bis über die zur Verrechnung gestellte Forderung ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt, sei das ein Urteil oder ein Abschreibungsbeschluss zufolge Vergleichs, Rückzugs oder Anerkennung.

40 Kosten- und Entschädigungsfolgen

40.1 Streitwert und Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen

Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren von der Beklagten insgesamt CHF 2'539'238.45. Unter zivilrechtlichen Titeln zuzusprechen sind CHF 1'778'488.81. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Klägerin im Rahmen der Neuverlegung der Kosten des Beweissicherungsverfahrens rund

Fr. 90'000 zugesprochen erhält, die in der geforderten Summe enthalten sind. Die Klägerin obsiegt somit zu rund drei Vierteln.

40.2 Gerichtsgebühr

Die ordentliche Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG beträgt gerundet CHF 46'000. Sie ist aufgrund des ausserordentlichen Umfangs der Rechtsschriften um einen Drittel auf gerundet CHF 60'000 zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gebühr ist zu einem Viertel der Klägerin und zu drei Vierteln der Beklagten zu auferlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

40.3 Parteientschädigung

Die ordentliche Anwaltsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV beträgt gerundet CHF 47'000. Die Angelegenheit ist auch gemessen am Streitwert komplex, da sich der eingeklagte Betrag aus zahlreichen Teilforderungen mit je eigenen Fragestellungen zusammensetzt. Die Komplexität hat dazu geführt, dass das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel und eine Instruktionsverhandlung mit Augenschein durchgeführt hat. Es rechtfertigt sich deshalb, für die zusätzliche Verhandlung und die zweite Rechtsschrift den maximal möglichen Pauschalzuschlag in der Höhe der Grundgebühr zu berechnen (§ 11 Abs. 2 und Abs. 3 AnwGebV), jedoch von der Erhöhung der Grundgebühr im Sinne von § 4 Abs. 2 AnwGebV abzusehen. Andernfalls würde die Komplexität doppelt berücksichtigt, was zu weit ginge. Die Klägerin hat die Mehrheit der Leistungen unter dem alten, höheren Mehrwertsteuersatz von 8% (heute: 7,7%) erbracht. Dieser Satz ist zu berücksichtigen, jedoch ist deshalb abzurunden. Mehrwertsteuer eingerechnet beträgt die volle Prozessentschädigung somit CHF 101'071.55. Aufgrund des Verhältnisses von Obsiegen und Unterliegen ist davon die Hälfte zuzusprechen. Hinzu kommen drei Viertel der Kosten des Schlichtungsverfahrens, also CHF 930. Das ergibt CHF 51'465.78, so dass eine Prozessentschädigung von abgerundet CHF 51'000 zuzusprechen ist.

§ 11 Abs. 1 AnwGebV hält fest, dass der Anspruch auf die Grundgebühr mit der Erarbeitung der Klageschrift entsteht und auch den Aufwand für die Teilnahme an

der Hauptverhandlung abdeckt. Wie es sich mit der Schlichtungsverhandlung verhält, ist der Verordnung nicht zu entnehmen. Das ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen ist, ist jedoch die Regel. § 11 Abs. 1 AnwGebV ist so zu verstehen, dass die Grundgebühr den gesamten Aufwand bis und mit Hauptverhandlung abdeckt, soweit keine zusätzlichen Verfahrensschritte wie Instruktionsverhandlungen, Beweisverhandlungen oder zusätzliche Rechtsschriften anfallen. Auch das Bundesgericht hält fest, Aufwand für das Schlichtungsverfahren sei, von den Kosten des Erscheinens abgesehen, schwer von jenem Aufwand abzugrenzen, der ohnehin für den Prozess angefallen wäre (BGE 141 III 20, E. 5.3., S. 22). Auch das spricht dafür, davon auszugehen, dass die Grundgebühr der Anwaltsgebührenverordnung auch das Schlichtungsverfahren abgilt. Eine separate Prozessentschädigung für das Schlichtungsverfahren ist somit nicht zuzusprechen.

40.4 Neuverlegung der Kosten des Beweissicherungsverfahrens

Die Kosten der vorsorglichen Beweissicherung sind im Prozess um die Hauptsache neu zu verlegen. Grundsätzlich sind auch diese Kosten nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (vgl. BGE 140 III 30, E. 3.5., S. 34). Dabei ist aber Folgendes zu bedenken:

Die Klägerin obsiegt zwar nur teilweise, aber für die Durchsetzung jener Ansprüche, mit denen sie durchdringt, war sie auf die vorsorgliche Beweissicherung angewiesen. Sie obsiegt nur zu drei Vierteln, weil die Ansprüche im Zusammenhang mit der Aussentreppe und den Leuchten nicht von der Mängelrüge abgedeckt sind, nicht von einem spürbaren verbleibenden Minderwert auszugehen ist und wenige Teilforderungen nicht ausreichend substantiiert sind. Das ändert nichts daran, dass die Klägerin auf die vorsorgliche Beweissicherung angewiesen war, um berechnete Ansprüche durchzusetzen. Das Gutachten enthält keine Teile, die sich nur um die abgewiesenen Ansprüche drehen, es war im vollen Umfang notwendig. An den Kosten des vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens hätte sich somit nichts geändert, wenn die Klägerin sich Jahre später in diesem Prozess auf jene Ansprüche beschränkt hätte, mit denen sie nun durchdringt. Die nun eingeklagten Ansprüche waren ja beim Abschluss des Gutachtens noch nicht einmal entstanden und die Klägerin musste die mangelhafte Beschichtung begutachten

lassen, bevor sie sie durch eine mängelfreie ersetzen liess. Vor diesem Hintergrund erscheint es unbillig, die Kosten der vorsorglichen Beweissicherung nach Obsiegen und Unterliegen in diesem Prozess zu verteilen. Die Kosten sind voll von der Beklagten zu tragen. Der Ausgang dieses Prozesses zeigt letztlich, dass die Klägerin dieses Verfahren zu Recht eingeleitet hat. Die Klägerin erhält denn auch deutlich mehr zugesprochen als den Streitwert, von dem das Einzelgericht damals ausging. All das ergibt sich bereits aus den eingereichten Entscheiden des Einzelgerichts. Der Beizug der Verfahrensakten ist nicht notwendig.

Dem entsprechend hat die Beklagte der Klägerin die bereits bezahlten Gerichts- und Gutachterkosten zu ersetzen und die erhaltene Prozessentschädigung zurück zu erstatten. Darüber hinaus ist eine Prozessentschädigung für die Klägerin festzusetzen. Dabei ist der schematische Tarif der Anwaltsgebührenverordnung anzuwenden, erhält doch auch der Gesuchsgegner im Beweissicherungsverfahren eine Prozessentschädigung gemäss diesem Tarif und muss sich allenfalls damit abfinden, dass diese die tatsächlichen Kosten nicht deckt. Die Gleichbehandlung mit der Gegenpartei legt auch nahe, auf denselben Streitwert abzustellen, von dem das Einzelgericht im summarischen Verfahren damals ausging und nicht vom deutlich höheren Streitwert dieses Verfahrens. Die weiteren Überlegungen des Einzelgerichts sind jedoch nicht zu übernehmen. Der Gesuchsgegner, der eine vorsorgliche Beweissicherung abwenden will, steht vor einer einfacheren Aufgabe als der Gesuchsteller, der dem Gericht einen komplexen Sachverhalt zu unterbreiten hat. Die Prozessentschädigung muss für die heutige Klägerin und damalige Gesuchstellerin also nicht exakt gleich hoch sein wie damals für die Gesuchsgegnerin und heutige Beklagte.

Das Einzelgericht ging von einem Streitwert von CHF 700'000 aus. Das ergibt eine Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 AnwGebV) von CHF 26'900. In summarischen Verfahren ist diese auf einen Fünftel bis zu zwei Drittel zu reduzieren (§ 9 AnwGebV). Summarische Gerichtsverfahren weisen, was die Komplexität betrifft, eine enorme Bandbreite auf. Manche sind blosse Formalitäten, etwa die Ausstellung einer Erbbescheinigung, andere, etwa ein Eheschutzverfahren, sind fast so komplex wie ein Prozess im ordentlichen Verfahren. Das vorsorgliche Beweissicherungsver-

fahren ist weit von einer blossen Formalität entfernt, es entfallen aber doch etliche Schwierigkeiten des Prozesses um die Hauptsache, insbesondere die Auseinandersetzung um die Höhe der Forderung. Die Gebühr ist deshalb auf die Hälfte zu reduzieren. Für die Anwaltskosten sind der Klägerin somit - Mehrwertsteuer eingerechnet, CHF 14'526 zuzusprechen. Hinzu kommen die bereits als notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO qualifizierten Kosten für das Gutachten der Q._____ AG, die Beratung der T._____ AG, das Stopfen der Löcher für die Probenentnahme der Q._____ AG und die Druckkosten für die Pläne, welche die Klägerin dem Gerichtsgutachter zur Verfügung gestellt hatte. Das sind total CHF 11'671.35. Um Scheingenaugigkeit zu vermeiden, ist auf hundert Franken zu runden. Der Klägerin ist somit eine Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweissicherungsverfahren von CHF 26'200 zuzusprechen. Weiter hat die Beklagte der Klägerin die Kosten des Beweissicherungsverfahrens von CHF 64'502.25 zurück zu erstatten.

Das Gericht beschliesst:

1. Die prozessualen Anträge der Klägerin werden abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann erkennt das Gericht:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 1'778'488.81 nebst Zins zu 5% seit den Daten gemäss nachfolgender Tabelle zu bezahlen:

CHF	7'840.80	seit	5. Februar 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	470.45	seit	5. Februar 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	3'118.50	seit	24. März 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	187.10	seit	19. März 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	4'633.20	seit	15. April 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	278.00	seit	15. April 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	13'181.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	790.90	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	29'219.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	1'753.15	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	11'850.30	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	711.00	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	36'428.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	1'821.40	seit	14. Juli 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	24'340.50	seit	20. August 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	1'217.05	seit	20. August 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	5'791.50	seit	16. September 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	289.60	seit	16. September 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	6'682.50	seit	14. Oktober 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	334.15	seit	14. Oktober 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	16'032.60	seit	24. November 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	801.65	seit	24. November 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	10'297.80	seit	28. Januar 2015	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	514.90	seit	22. Dezember 2014	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	3'118.50	seit	28. Januar 2015	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	155.90	seit	28. Januar 2015	(Ingenieurbüro	c.____)
CHF	21'243.60	seit	23. März 2015	(Ingenieurbüro	c.____)

CHF	1'062.20	seit	23. März 2015	(Ingenieurbüro c.____)
CHF	85'668.75	seit	9. Juli 2014	(d.____ AG besondere Bauverfahren)
CHF	106'882.85	seit	8. August 2014	(d.____ AG besondere Bauverfahren)
CHF	2'925.50	seit	20. August 2014	(d.____ AG besondere Bauverfahren)
CHF	3'509.80	seit	20. August 2014	(d.____ AG besondere Bauverfahren)
CHF	1'054'479.53	seit	24. September 2014	(E.____ AG in Liquidation)
CHF	20'000.00	seit	25. August 2014	(F.____ AG)
CHF	80'000.00	seit	14. Oktober 2014	(F.____ AG)
CHF	43'713.80	seit	2. März 2015	(F.____ AG)
CHF	22'050.30	seit	2. September 2014	(G.____)
CHF	34'755.30	seit	25. August 2014	(I.____ AG)
CHF	20'919.60	seit	22. September 2014	(K.____ .AG)
CHF	17'836.85	seit	16. Januar 2015	(L. AG ...)
CHF	6'059.00	seit	28. Januar 2015	(M.____ AG)
CHF	31'510.35	seit	19. November 2014	(N.____ :AG)
CHF	27'198.95	seit	19. November 2014	(N.____ AG)
CHF	1'377.00	seit	24. März 2015	(N.____ AG)
CHF	2'861.10	seit	19. März 2012	(R.____ Rechtsanwälte)
CHF	4'472.30	seit	6. Juli 2012	(R.____ Rechtsanwälte)
CHF	888.35	seit	25. September 2012	(R.____ Rechtsanwälte)
CHF	1'356.55	seit	19. November 2012	(R.____ Rechtsanwälte)
CHF	499.50	seit	13. Dezember 2013	(S.____ Rechtsanwälte)
CHF	5'350.05	seit	23. Mai 2015	(S.____ Rechtsanwälte)

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 60'000.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu einem Viertel und der beklagten Partei zu drei Vierteln auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 51'000.- (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat sie der Klägerin die Kostenvorschüsse im Umfang von Fr. 45'000.- zu ersetzen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten von Fr. 64'502.25 für das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweissicherung zu ersetzen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweissicherung eine Prozessentschädigung von Fr. 26'200.- zu bezahlen.
8. Die Vollstreckbarkeit dieses Urteils wird aufgeschoben, bis die Klage, die Gegenstand des Verfahrens Nr. CG110072-L bildet, rechtskräftig erledigt ist.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.
10. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 28. November 2019

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
1. Abteilung

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. E. Pahud

MLaw M. Benz