



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Thomas Andermatt, Jakob Frei und Robert Schaub sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 23. November 2017

in Sachen

A._____, Schweizerische Aktiengesellschaft für ...,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 1'128'577.30 (inkl. MWST) zzgl. 5% Schadenszins ab 1. Juli 2005 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____/GE, die für die zivile und militärische ... verantwortlich ist und die Erbringung von Leistungen im Bereich der zivilen und militärischen Luftfahrt bezweckt (act. 3/2).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die im Wesentlichen die Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, die Bewirtschaftung, Vermietung und Vermittlung von Liegenschaften, die Planung und Ausführung von Neu- und Umbauten, insbesondere als Total- oder Generalunternehmung auf Rechnung Dritter, das Projektmanagement, sowie die Beratung und Betreuung in Erschliessungs-, Umwelt- und Finanzierungsangelegenheiten bezweckt (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin beauftragte die Beklagte als Generalunternehmerin mit dem (Neu-) Bau des D._____-Zentrums E.____ (act. 1 S. 3 Rz. 3). Die Tiefbauarbeiten wurden durch die F.____ AG (fortan F.____) ausgeführt.

Die Parteien streiten sich vorliegend hauptsächlich darüber, ob im Erdreich um die Gebäude des D._____-Zentrums E.____ in unzulässiger Weise hydraulische Bindemittel eingesetzt und diverse Teile der Baustelleninstallation (wie etwa Bau-

pisten, Asphaltsohlen, Kranfundamente und -kabel, sonstige Kabel und Schutzrohre, Kanthölzer, Doppel-T-Träger, Eisenstangen etc.) anstatt entsorgt, im Boden zurückgelassen und verscharrt worden sind, und ob bejahendenfalls die von der G._____ AG (fortan G._____) in Rechnung gestellten Leistungen zur Nachbesserung überhaupt erforderlich gewesen sind.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin gegenüber der Beklagten den Kostenersatz für die von der G._____ in Rechnung gestellten Leistungen geltend.

B. Prozessverlauf

Am 23. April 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 24. April 2015 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 32'000.– leistete sie fristgerecht (act. 5; act. 7). Mit Verfügung vom 19. Mai 2015 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klagantwort angesetzt (act. 8). Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 wurde das Verfahren auf Antrag der Parteien zwecks aussergerichtlicher Vergleichsgespräche sistiert (act. 10; act. 11). Nach Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag der Beklagten (act. 13; act. 14) wurde die Klageantwort vom 7. Dezember 2015 erstattet (act. 16). Am 18. März 2016 fand eine Vergleichsverhandlung statt, die indessen zu keiner Einigung führte (Prot. S. 8 f.). Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 22). Sowohl die Replik vom 7. November 2016 als auch die Duplik vom 27. Januar 2017 ergingen in der Folge rechtzeitig (act. 25; act. 29). Die Duplik vom 27. Januar 2017 wurde der Klägerin mit Verfügung vom 8. Februar 2017 zugestellt (act. 30).

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 32). Die Beklagte hat mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 34). Die Klägerin hat sich nicht vernehmen lassen, was androhungsgemäss als Verzicht zu werten ist.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

C. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel grundsätzlich form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-32; act. 17/1; act. 26/1-9).

Erwägungen

**I.
Formelles**

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG) und im Übrigen unbestritten geblieben (act. 16 S. 2 Rz. 3). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 20). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 5; act. 7). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

**II.
Materielles**

1. Sachverhalt

1.1. Unbestrittener wesentlicher Sachverhalt

Der mit Generalunternehmer-Werkvertrag vom 3./7. Juli 2003 von der Klägerin in Auftrag gegebene (Neu-)Bau des D.____-Zentrums E.____ bestand im Wesentlichen aus den fünf Gebäuden A, B, C, D und E samt Umgebungsarbeiten und Anbindung an das Strassennetz. Gemäss Ziffer 4.1 des entsprechenden Werkvertrags betrug der Werkpreis CHF 65'455'762.– (exkl. MwSt.). Dabei handelte es sich um einen Pauschalpreis. Dabei wurde die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991) mit gewissen – vorliegend nicht interessierenden – Abweichungen für

anwendbar erklärt (act. 1 S. 3 f. Rz. 3; act. 3/1; act. 3/5; act. 16 S. 3 Rz. 1).

Mit dem Bau des D.____-Zentrums wurde Mitte des Jahres 2003 begonnen. Am 18. Juli 2003 fand mit dem Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (fortan AWEL) eine Besprechung hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit des Einbaus von sogenannten Recyclingstoffen im Baugrund sowie des Einsatzes von hydraulischen Bindemitteln (Dorosol C und Doroport) zur Stabilisierung des Baugrundes statt. Mit Schreiben vom 21. Juli 2003 hielt das AWEL die Ergebnisse dieser Besprechung schriftlich fest und stellte klar, dass der Einbau von Recyclingstoffen weder permanent noch temporär zulässig ist. Mit Bezug auf den Einsatz von hydraulischen Bindemitteln (Dorosol C und Doroport) zur Stabilisierung des Baugrundes erklärte das AWEL diesen unter den Voraussetzungen zulässig, dass der Einbau nicht im Schwankungsbereich des Grundwassers, nur unter dichten Deckschichten (Asphalt- und Betonbelägen) und nur bei trockener Witterung erfolgen dürfe. Das Schreiben ging unter anderem (in Kopie) an die Beklagte sowie an die F.____, welche als Subunternehmerin der Beklagten mit den Tiefbauarbeiten beauftragt worden war. Die Abnahme des gesamten Bauwerkes erfolgte per 30. Juni 2005 (act. 1 S. 5 f. Rz. 5 ff.; act. 16 S. 3 f. Rz. 3 ff.).

Einige Jahre später wurde im Zuge der Ausarbeitung eines Projekts zu einem ausreichenden Hochwasserschutz die Bodenbeschaffenheit bzw. die Versickerungsfähigkeit des Untergrundes untersucht, weshalb Anfang Mai 2011 von der H.____ GmbH (fortan H.____) neun Kernbohrungen durchgeführt und Bodenproben entnommen wurden. Nachdem bei den Kernbohrungen aus einer Wiese südlich des Gebäudes E sowie aus den Rabatten zwischen den Parkplätzen hydraulische Bindemittel gefunden wurden, rügte dies die Klägerin mit Schreiben vom 14. Juni 2011 bei der Beklagten als arglistig verschwiegener Mangel. Mit Antwortschreiben vom 27. Juni 2011 wurde dieser Vorwurf von der Beklagten zurückgewiesen. In der Folge wurde zwischen den Parteien die Feststellung der Bodenbeschaffenheit in einvernehmlicher Weise beschlossen, und zu diesem Zweck die H.____ mit der weiteren Untersuchung und der Erstellung eines Berichts beauftragt. Nach Erstellung und Übermittlung des Berichts vom 7. Mai 2012 anerkannte die Beklagte die darin enthaltenen technischen Resultate der Untersuchung. Eine

Einigung konnte jedoch nicht erzielt werden.

Während der Umsetzung des Hochwasserschutzprojekts wurde im Frühjahr 2013 die G._____ mit dem Aushub und dem Ersatz des Baugrundes beauftragt. Die Arbeiten begannen Mitte März 2013 (act. 1 S. 6 ff. Rz. 7 ff.; act. 16 S. 4 f. Rz. 6 ff.).

1.2. Bestrittener wesentlicher Sachverhalt

1.2.1. Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten einen in arglistiger Weise verschwiegener Werkmangel geltend, da das Erdreich in der Umgebung des D._____-Zentrums in mehrfacher Hinsicht in vertragswidrigem Zustand zurückgelassen worden sei. So sei der Boden entgegen der Weisung des AWEL vom 21. Juli 2013 auch dort mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden, wo es keine dichten Deckschichten (d.h. Asphalt- oder Betonbeläge) gebe. Darüber hinaus seien auch die beiden Baupisten zwischen den Gebäuden C und D bzw. D und E nicht entfernt, sondern einfach zurückgelassen und mit Erde überschüttet worden. Auch dies stelle eine klare Verletzung der Weisung des AWEL vom 21. Juli 2003 dar, da es sich beim dabei verwendeten Material um Asphaltgranulat (d.h. um einen Recyclingbaustoff) handle, welcher gemäss der erwähnten Weisung des AWEL sowie der Richtlinie des Bundesamts für Umwelt (BUWAL) für die Verwertung mineralischer Bauabfälle auf dem Bauareal des D._____-Zentrums nicht hätte eingesetzt werden dürfen. Im Weiteren seien im Erdreich noch Teile der Baustelleninstallation und Bauschutt zurückgelassen bzw. vergraben worden (act. 1 S. 64 Rz. 14 ff.).

1.2.2. Die Beklagte verwahrt sich gegen den klägerischen Vorwurf eines in arglistiger Weise verschwiegenen Werkmangels (act. 16 S. 8 Rz. 29). Dass in gewissen Bereichen im Erdreich der Umgebung des D._____-Zentrums hydraulische Bindemittel gefunden wurden – mithin das Vorliegen eines Werkmangels – stellt sie allerdings nicht in Abrede. Vielmehr bestreitet sie den behaupteten Umfang des geltend gemachten Werkmangels (act. 16 S. 8 Rz. 30), und damit die *durchgehende* Stabilisierung mit hydraulischen Bindemitteln (act. 16 S. 5 f. Rz. 13, 14, 15 und 17). Gänzlich bestreitet sie hingegen den Vorwurf, wonach im

Erdreich diverse Teile der Baustelleninstallation und des Bauschutts zurücklassen bzw. vergraben worden sei (act. 16 S. 6 f. Rz. 16, 18, 20, 21, 22 und 23).

1.2.3. Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien ist näher einzugehen, soweit sie für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles von Relevanz sind.

2. Vertragsqualifikation

Im Vertrag vom 3./7. Juli 2003 (act. 3/1) verpflichtete sich die Beklagte unter anderem zur Erstellung des D._____-Zentrums E._____, wozu auch die Tiefbauarbeiten um die Gebäude gehören, und die Klägerin zur Leistung einer Vergütung in der Höhe von insgesamt CHF 65'455'762.–. Dabei wurde die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991) zum Vertragsbestandteil erklärt (vgl. act. 3/1 Ziff. 2.10).

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist damit als (typischer) Werkvertrag im Sinne von Art. 363 OR (sowie Art. 2 SIA-Norm 118) zu qualifizieren, was unbestritten ist.

3. Haftungsvoraussetzungen bei verdeckten Werkmängeln

Gemäss Art. 179 SIA-Norm 118 stehen der Bauherrin gegenüber der Unternehmerin für verdeckte, also für erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckte Werkmängel, die absichtlich verschwiegen wurden, Mängelrechte gemäss Art. 169-171 SIA-Norm 118 offen, sofern diese Werkmängel nicht offensichtlich sind und sofort nach deren Entdeckung gerügt werden. Eines dieser Mängelrechte ist die Verbesserung von Mängeln durch einen Dritten, sofern die Unternehmerin keine Nachbesserung leisten will (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118).

3.1. Werkmangel

3.1.1. Rechtliches

3.1.1.1. Gemäss der von den Parteien übernommenen SIA-Norm 118 ist ein Werkmangel im Sinne der Norm eine Abweichung des Werks vom Vertrag. Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie

vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, welche der Bauherrin auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). In guten Treuen darf die Bauherrin erwarten, dass das Werk bei seiner Ablieferung sowohl "normal" beschaffen als auch gebrauchstauglich ist. Die normale Beschaffenheit des Werks bestimmt sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung gebräuchlich ist. Massgebend sind diesbezüglich die Grundsätze, welche die Verkehrsanschauung als objektiv vernünftig und richtig anzusehen pflegt (GAUCH, Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N. 1410). Unter dem Gesichtspunkt der vorausgesetzten Eigenschaften schuldet die Unternehmerin des Weiteren ein Werk, das zum Gebrauch tauglich ist (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 1413).

3.1.1.2. Die Bauherrin, welche Mängelrechte geltend machen will, hat grundsätzlich das Vorliegen eines Werkmangels darzulegen und zu beweisen (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 368 N. 90). Die Klage der Bauherrin hat dabei den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO zu genügen. Es sind die Tatsachenbehauptungen und die zu den behaupteten Tatsachen zugehörigen Beweismittel in die Klage aufzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 4A_221/2015 Urteil vom 23. November 2015, E. 3; WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 221 N. 29; LEUENBERGER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N. 43).

Jede Partei hat gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu erachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Best-

immungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4; BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Bd. 2, Bern 2012, Art. 152 N. 23; WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, a.a.O., Art. 221 N. 31; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar, a.a.O., Art. 221 N. 51). Ansonsten hat sich aus dem angebotenen Beweismittel eindeutig zu ergeben, welche Tatsachenbehauptung damit bewiesen werden soll. Es geht allerdings nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis am Schluss dieser Behauptungen pauschal auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu berufen (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], a.a.O., Art. 221 N. 51).

3.1.2. Parteivorbringen

3.1.2.1. Die Klägerin führt diesbezüglich aus, dass das Erdreich in den Rabatten der "Parkplätze Nord" und der "Parkplätze Ost" praktisch durchgehend in unzulässiger Weise mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert gewesen sei (act. 1 S. 8 f. Rz. 13 und Rz. 13.1; act. 1 S. 17 Rz. 13.2).

Auch im Bereich "zwischen den Gebäuden" seien unter den Grünflächen (Wiesen) nördlich und westlich des Gebäudes C ausgedehnte Bereiche gefunden worden, welche entgegen der Weisung des AWEL und damit in unzulässiger Weise mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden seien. Darüber hinaus sei man westlich des Gebäudes C auf eine circa 10 cm starke Sohle aus verfestigtem Asphaltgranulat gestossen, welche von der ehemaligen Baustelleninstallation gestammt habe. Sodann seien im Erdreich südlich davon bzw. östlich des Gebäudes B das ehemalige Fundament eines Krans sowie viele lose Kabel und Kabelreste zurückgelassen worden. Noch schlimmer sei die Situation zwischen den Gebäuden C und D bzw. D und E gewesen. Zum einen seien die Bereiche zwischen den Gebäuden praktisch durchgehend mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden. Und zum anderen seien dort am Ende der Bauzeit die beiden Baupisten, bestehend aus verfestigtem Asphaltgranulat, statt abgetragen zu wer-

den, einfach zurückgelassen und mit Erde überschüttet worden. Auch dies sei eine klare Verletzung der Weisung des AWEL. Ebenfalls nicht entfernt, sondern im Erdreich zurückgelassen und vergraben worden seien zahlreiche Hart- bzw. Kanthölzer von 4 m Länge und 12 cm Stärke, acht Eisenstangen von je 1 m Länge, ein Kabel (samt Schutzrohr) von 12 cm Dicke und 8 m Länge zur Speisung des Krans, mehrere kleinere Kabelschutzrohre, Reste und Brocken von Magerbeton, grössere Mengen an Vibrationsbeton, das ehemalige Fundament eines Krans und zahllose Plastik-, Styropor-, Gips-, Vlies- und andere Bauabfälle (act. 1 S. 26 f. Rz. 13.3 und Rz. 13.3.1 ff.).

Im Bereich "Grünfläche Ost I" sei zum einen eine grosse Fläche angetroffen und ausgehoben worden, welche mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden sei. Zum anderen habe sich dort erneut eine Sohle aus verfestigtem Asphalt von ca. 10 cm Stärke gefunden. Zudem sei direkt unter der Humusschicht auch ein altes Kabel zurückgelassen und verscharrt worden (act. 1 S. 42 Rz. 13.4).

Im Bereich "Grünfläche Ost II + Süd" sei das Erdreich zwar nur stellenweise, aber dennoch in unzulässiger Weise mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden. Mit Bezug auf die Verschmutzung des Erdreichs, d.h. auf die zurückgelassenen Teile der Baustelleninstallation, den vergrabenen Bauschutt etc., habe sich dieser Bereich indessen nicht von den übrigen Bereichen unterschieden. So sei man im Bereich der Ostfassade des Gebäudes A erneut auf ein Kranfundament gestossen. Entlang der Westfassade seien im Erdreich H- bzw. Doppel-T-Träger, diverse Eisenstangen, Holzplanken, Ankerstangen und Elektrokabel gefunden worden (act. 1 S. 50 Rz. 13.5 und 13.5.1 ff.).

Im Bereich der "Grünfläche Mitte" sei das Erdreich unter der Wiese schliesslich ebenfalls praktisch durchgehend in unzulässiger Weise mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert worden (act. 1 S. 57 Rz. 13.6).

3.1.2.2. Wie erwähnt, anerkennt die Beklagte, dass in gewissen Bereichen des Erdreichs in der Umgebung des D.____-Zentrums hydraulische Bindemittel enthalten war. Allerdings bestreitet sie den behaupteten Umfang des geltend gemachten Werkmangels. So bestreitet die Beklagte, dass das Erdreich in den Ra-

batten zwischen den "Parkplätzen Nord und Ost" sowie "zwischen den Gebäuden (C und D bzw. D und E)" praktisch durchgehend mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert gewesen sei. Im Weiteren bestreitet sie, dass unter den Grünflächen nördlich und westlich des Gebäudes C ausgedehnte Bereiche mit hydraulischen Bindemitteln gefunden worden sein soll. Hinsichtlich der Bereiche "Grünfläche Ost I" und "Grünfläche Ost II + Süd" sowie "Grünfläche Mitte" bestreitet sie, dass das Erdreich überhaupt mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert gewesen sei (act. 16 S. 5 f. Rz. 13-15 und 17, S. 7 f. Rz. 21 und 25, S. 8 Rz. 30). Im Übrigen anerkennt die Beklagte die technischen Resultate des Berichts der H. _____ vom 7. Mai 2012 ausdrücklich (act. 16 S. 4 Rz. 9).

Von der Beklagten gänzlich bestritten wird hingegen die Verschmutzung des Erdreichs in den Bereichen "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und "Grünfläche Ost II + Süd" durch das angebliche Zurücklassen bzw. Vergraben diverser Teile der Baustelleninstallation sowie von Bauabfällen (act. 16 S. 6 f. Rz. 16, 18 und 20-23).

3.1.3. Würdigung

3.1.3.1. Mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiertes Erdreich

3.1.3.1.1. Es ist unbestritten, dass ein mit hydraulischen Bindemitteln versetztes Erdreich in den Bereichen "Parkplätze Nord und Ost", "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I", "Grünfläche Ost II + Süd" und "Grünfläche Mitte" eine Vertragsabweichung und damit einen Werkmangel darstellen würde, zumal der Einsatz von hydraulischen Bindemitteln in den genannten Bereichen unbestrittemassen gegen die Auflagen des AWEL verstossen würde.

Es ist daher zu prüfen, ob der Klägerin der Beweis dafür gelingt, dass das Erdreich in der Umgebung des D. _____-Zentrums E. _____ mit hydraulischen Bindemitteln versetzt war.

3.1.3.1.2. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Bericht der H. _____ vom 7. Mai 2012 (act. 3/15) nicht um ein Beweismittel, sondern um eine reine Parteibehauptung handelt (statt vieler BGE 141 III 433, E. 2.6), weshalb die

darin enthaltenen Ausführungen im Bestreitungsfall zu beweisen wären. Wie erwähnt, bestreitet die Beklagte die Ergebnisse der einzelnen Kernbohrungen nicht, sondern anerkennt die technischen Resultate, also die reine Feststellung der Bodenbeschaffenheit ausdrücklich (act. 16 S. 4 Rz. 9). Das Resultat des Berichts der H._____, basierend auf den Kernbohrungen 1, 2, 3, 13, 15 und 20 (act. 3/15, Anhang 3), wonach das Erdreich im Bereich der "Parkplätze Nord" Dorosol enthielt, wird von der Beklagten denn auch *nicht* in Abrede gestellt. Vielmehr bestreitet sie die *praktisch durchgehende* Stabilisierung des Erdreichs mit hydraulischen Bindemitteln (act. 16 S. 5 Rz. 13).

Damit ist erstellt, dass das Erdreich im Bereich "Parkplätze Nord" mit Dorosol stabilisiert war. Angesichts der (immerhin) sechs Bodenproben, welche in diesem Bereich an verschiedenen Stellen entnommen wurde, und welche unbestrittenermassen allesamt Dorosol enthielten, gilt zudem auch die *durchgehende* Stabilisierung als bewiesen.

3.1.3.1.3. Betreffend die übrigen Bereiche – einschliesslich des Bereichs "östlich des Gebäudes E", in welchem die Kernbohrung 6 vorgenommen wurde (siehe act. 3/15, Anhang 3) – lässt sich dem Bericht der H._____ vom 7. Mai 2012 indessen eine Versetzung mit hydraulischen Bindemitteln nicht entnehmen, ist darin doch lediglich von stabilisiertem Material – und nicht von Dorosol, wie im Bereich "Parkplätze Nord" – die Rede. Die bestrittene klägerische Behauptung bzw. Schlussfolgerung, wonach das gesamte übrige Erdreich mit hydraulischen Bindemitteln stabilisiert gewesen sei, geht demnach nicht einmal aus dem betreffenden Bericht der H._____ hervor. Auch den eingereichten Fotos lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen.

Was die übrigen in der Klageschrift aufgelisteten Beweismittel – Zeugenaussagen und Gutachten – anbetrifft (act. 1 S. 16 f. und S. 25 f.), so sind diese als nicht formgerecht angeboten zu erachten. So lässt sich nämlich – ohne Eigeninterpretation des Gerichts – nicht eindeutig bestimmen, mit welchen Zeugen und mit welchem Gutachten, welche Tatsachen bewiesen werden sollen. Ein Beweisverfahren fällt daher ausser Betracht. Kommt hinzu, dass sich mit einem Gutachten – sollte damit etwa die Bodenbeschaffenheit bewiesen werden – der behauptete

Zustand angesichts dessen, dass die G._____ das Erdreich bereits abgetragen hat und keine Bodenproben vorhanden zu sein scheinen, nachträglich ohnehin nicht mehr feststellen lassen. Ein Gutachten zur Feststellung der Bodenbeschaffenheit wäre daher ohnehin ein untaugliches Beweismittel.

3.1.3.2. Verschmutzung des Erdreichs

3.1.3.2.1. Es ist unbestritten, dass ein mit Bauabfällen verschmutztes Erdreich eine Vertragsabweichung und damit einen Werkmangel darstellen würde. Dies hält auch die Beklagte in zutreffender Weise so fest (act. 29 S. 6 Rz. 25). Die Klägerin wendet zwar ein, dass es sich bei einer Verschmutzung des Erdreichs um eine positive Vertragsverletzung handeln würde, weshalb die Bestimmungen von Art. 97 OR zur Anwendung gelangen (act. 25 S. 13 Rz. 32.1). Dabei verkennt die Klägerin allerdings, dass ein Werkmangel stets auch eine positive Vertragsverletzung darstellt, die gegenüber der Werkmängelhaftung lediglich subsidiären Charakter hat. Folglich gelangt ohnehin die Mängelhaftung zur Anwendung (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 2326).

3.1.3.2.2. Hinsichtlich des Bereichs "zwischen den Gebäuden" ist zu erwähnen, dass die Behauptung, wonach eine Asphaltsohle (westlich des Gebäudes C) sowie ein Kranfundament gefunden worden sei, angesichts der eingereichten Fotos (act. 3/22; act. 3/23), welche im Anschluss an die Tatsachenbehauptung formgerecht angeboten wurden, als bewiesen zu erachten ist. Gleiches gilt hinsichtlich der im Erdreich zurückgelassenen Baupisten bzw. Gegenstände in den Bereichen "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und "Grünfläche Ost II + Süd", geht dies doch aus den eingereichten Fotos, welche sich dieser Tatsachenbehauptung zuordnen lassen, eindeutig hervor. Selbst die Beklagte hielt in ihrer Duplik nicht mehr an ihrer anfänglichen Bestreitung (in der Klageantwort) fest. So führt sie hierzu nämlich lediglich noch aus, dass, sollte die F._____ die Verschmutzungen des Bodens durch zurückgelassene Teile der Baustelleninstallation bewusst und absichtlich getan haben, dies nicht der Beklagten angerechnet werden könne (act. 29 S. 7 f. Rz. 31).

3.1.3.3. Recyclingstoff im Erdreich

Schliesslich ist auch unbestritten, dass der Einbau von Recyclingstoffen im Baugrund der Weisung des AWEL sowie der BUWAL-Richtlinie zuwiderläuft und damit ebenso einen Werkmangel darstellt (act. 16 S. 8 Rz. 26).

Da die beiden zurückgelassenen Baupisten im Bereich "zwischen den Gebäuden" (siehe Erw. II.3.1.3.2.2.) unbestritten einen Recyclingstoff, nämlich Asphaltgranulat enthielten (act. 1 S. 64 Rz. 14.2; act. 16 S. 8 Rz. 26), gilt diesbezüglich der Werkmangel ebenso als bewiesen.

3.1.4. Fazit

Damit ist erstellt, dass das Erdreich im Bereich "Parkplätze Nord" durchgehend mit hydraulischen Bindemitteln (Dorosol) versetzt war. Im Weiteren gelingt der Klägerin der Beweis, dass das Erdreich in den von der Klägerin behaupteten Bereichen "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und Grünfläche Ost II + Süd" entsprechend verschmutzt war. Sodann ist erstellt, dass das Erdreich im Bereich "zwischen den Gebäuden" aufgrund der beiden zurückgelassenen Baupisten Recyclingstoff (Asphaltgranulat) enthielt.

3.2. Absichtlich (arglistig) verschwiegener Werkmangel

3.2.1. Rechtliches

3.2.1.1. Gemäss Art. 179 Abs. 3 SIA-Norm 118 haftet die Unternehmerin für absichtlich verschwiegene verdeckte Mängel. In Übereinstimmung mit Art. 370 Abs. 1 OR ist unter absichtlichem Verschweigen ein arglistiges Verschweigen zu verstehen (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 179 N. 21). Nebst dem Vorliegen eines Mangels ist vorausgesetzt, dass die Unternehmerin diesen im Zeitpunkt der Ablieferung des Werks kennt und die Aufklärung der Bestellerin bewusst unterlässt. Das Verschweigen hat dabei gegen Treu und Glauben zu verstossen. Dies ist etwa dann gegeben, wenn die Unternehmerin nach den konkreten Umständen annehmen muss, die Bauherrin werde den Mangel oder dessen Tragweite (zunächst) nicht

erkennen. Das Element der Arglistigkeit verlangt, dass die Verschweigung ausserdem gegen Treu und Glauben verstösst. Ein absichtlich verschwiegener Mangel, der als treuwidrig zu bezeichnen ist, liegt etwa dann vor, wenn eine Unternehmerin damit rechnen kann, dass die Bauherrin einen Mangel nicht wird erkennen können (BGE 66 II 132, E. 6; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 2093).

Wurde das Werk in arbeitsteiliger Weise hergestellt, so ist der Unternehmerin eine absichtliche (arglistige) Verschweigung durch eine Hilfsperson dann anzurechnen, wenn diese bei der Ablieferung des Werkes mitwirkt oder gar anstelle der Unternehmerin handelt (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 2097). Denn eine Generalunternehmerin hat sich das Verhalten seiner Subunternehmerin anrechnen zu lassen, da die Subunternehmerin im Verhältnis zur Bauherrin eine Erfüllungsgehilfin ist, für dessen schädigendes Verhalten die Hauptunternehmerin der Bauherrin verantwortlich bleibt (BGE 116 II 305, E. 2c; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 177). Für mangelhafte Arbeit der Subunternehmerin haftet die Hauptunternehmerin der Bauherrin kausal, das heisst verschuldensunabhängig. Soweit nämlich das Wandlungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht infrage stehen, kommt die Hilfspersonenhaftung denn auch nicht zur Anwendung (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar, a.a.O., Art. 29 N. 6 und Art. 169 N. 17.2). GAUCH führt als einen Sonderfall unter anderem diejenige Situation an, in welcher eine Hilfsperson einer Unternehmerin einen Werkmangel verschweigt, die bei der Ablieferung des Werks mitwirkt oder gar anstelle der Unternehmerin handelt (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 2096 f.).

3.2.1.2. Wird ein absichtlich (arglistig) verschwiegener verdeckter Mangel geltend gemacht, so liegt die Beweislast bei der Bauherrin (Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014, E. 4.1), und zwar in mehrfacher Hinsicht: Erstens, dass der Mangel der Bauherrin unbekannt ist. Zweitens, dass der Unternehmerin der Mangel bekannt ist, wobei dies auch dann der Fall sein kann, wenn sie nicht in allen Einzelheiten Bescheid weiss, oder die Unternehmerin sich entsprechender Erkenntnis bewusst verschliesst (Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014, E. 3.2). Drittens, dass die Unternehmerin der Bauherrin den Mangel bewusst, zumindest aber eventualvorsätzlich (und nicht

bloss aus Nachlässigkeit) verschweigt (BGE 89 II 405/409, E. 2b). Und viertens, dass das Verschweigen der Unternehmerin gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 66 II 132, E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014, E. 5.3.3; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 820 und 2093 ff.).

3.2.2. Parteivorbringen

3.2.2.1. Die Klägerin führt im Wesentlichen aus, dass es ebenso unglaublich wie unwahr sei, dass die Beklagte von der an unzulässigen Stellen erfolgten Stabilisierung wie auch der Verschmutzung keine Kenntnis gehabt haben soll. Denn die Bauleiter der Beklagten seien ständig vor Ort gewesen. Das Ausbringen und Einfräsen des hydraulischen Bindemittels sei damit unmittelbar vor den Augen der Beklagten erfolgt. Gleiches gelte ebenso für die Verschmutzung des Erdreichs. Dennoch sei die Beklagte dagegen nicht eingeschritten. Und ebenso wenig sei die Klägerin oder die Oberbauleitung von der Beklagten über diesen Vorgang informiert worden.

Sodann hält die Klägerin dafür, dass sich die Beklagte das absichtliche (arglistige) Verschweigen ihrer Subunternehmerin (F._____) anrechnen lassen müsse, da diese bei der Ablieferung des Werks am 24. Juni 2005 mitgewirkt habe. Damals sei nämlich auch der Bauführer der Subunternehmerin, I._____, anwesend gewesen. Da I._____ auch an der Besprechung vom 27. Oktober 2004 teilgenommen habe, sei er damit auch über die Auflagen des AWEL bestens im Bilde gewesen (act. 25 S. 13 ff. Rz. 32.2.1 ff.).

3.2.2.2. Die Beklagte dagegen führt im Wesentlichen aus, dass sie die Erdarbeiten durch eine Subunternehmerin habe ausführen lassen. Sie habe sich daher nur das Verhalten und Wissen von Hilfspersonen anrechnen zu lassen, die von ihr mit der Überwachung des Herstellungsprozesses oder der Prüfung des Werkes betraut gewesen seien. Die Kenntnis von Erfüllungsgehilfen, die sich ausschliesslich mit der Herstellung des Werkes befasst hätten, müsse sich die Beklagte dagegen nicht anrechnen lassen (act. 16 S. 9 f. Rz. 36 f.).

Hinsichtlich der Verschmutzungen des Bodens durch zurückgelassene Teile der Baustelleninstallation führt die Beklagte sodann aus, dass es für sie nicht nachvollziehbar sei, wie es dazu gekommen sein soll. Die Beklagte habe von den behaupteten Mängeln nichts gewusst. Sollte die F._____ dies bewusst und absichtlich getan haben, so habe sie dies jedenfalls auf eine Weise getan, dass die Beklagte dies nicht festgestellt habe. Sie habe daher auch keine Mängel arglistig verschwiegen (act. 29 S. 7 f. Rz. 31).

3.2.3. Würdigung

Es kann offen bleiben, wer als Bauleitung tätig war bzw. wofür die eingesetzte Oberbauleitung zuständig war. Denn der Beklagten ist unabhängig dieser Frage ein absichtlich verschwiegener Mangel zuzurechnen, ist ihr doch das Wissen ihrer Erfüllungsgehilfin, nämlich der Subunternehmerin F._____, die sich ihrerseits die Handlungen ihrer Mitarbeitenden als Hilfspersonen entgegenhalten zu lassen hat, anzurechnen. Denn I._____ als Vertretung der F._____ wirkte unbestritten bei der Ablieferung des Werks mit und war bei dessen Ablieferung zugegen. Dabei konnte beim genannten Werkmangel – nämlich der Stabilisierung des Erdreichs mit Dorosol im Bereich "Parkplätze Nord" sowie der Verschmutzung des Erdreichs in den Bereichen "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und Grünfläche Ost II + Süd" bzw. der Verwendung von Recyclingstoff (Asphaltgranulat) im Bereich "zwischen den Gebäuden", – welcher im Übrigen bereits aufgrund der vertragswidrigen Ausführung als treuwidrig zu bezeichnen ist – damit gerechnet werden, dass ihn die Klägerin nicht wird erkennen können. Aufgrund dieses treuwidrigen Verhaltens ist von einem absichtlich (arglistig) verschwiegenen Werkmangel auszugehen. Daran ändert auch eine eingesetzte Oberbauleitung bzw. Bauleitung nichts. Einerseits wurde nämlich von der Beklagten nicht geltend gemacht, dass die Oberbauleitung vom genannten Werkmangel gewusst haben soll. Und andererseits würde dadurch die Verantwortung der Beklagten auch nicht entfallen.

3.3. Sofortige Mängelrüge

Gemäss Art. 179 Abs. 1 SIA-Norm 118 haftet die Unternehmerin für verdeckte Mängel, d.h. für solche, welche die Bauherrin erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckt, sofern sie von der Bauherrin sofort nach der Entdeckung gerügt werden. Unterlässt die Bauherrin die sofortige Rüge eines entdeckten Mangels, so verwirken für diesen Werkmangel sämtliche Mängelrechte. Von der Verwirkung ausgenommen bleiben aber die Rechte der Bauherrin für absichtlich (arglistig) verschwiegene Mängel (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar, a.a.O., N. 2718).

Da es sich vorliegend um einen absichtlich (arglistig) verschwiegenen Werkmangel handelt, kann von einer Verwirkung der Mängelrechte der Klägerin nicht gesprochen werden. Ohnehin hat die Klägerin unbestrittenermassen den betreffenden Werkmangel sofort nach dessen Entdeckung angezeigt.

3.4. Recht auf Ersatzvornahme / Aufwendungsersatz

3.4.1. Rechtliches

3.4.1.1. Gemäss Art. 179 Abs. 2 Satz 3 SIA-Norm 118 stehen der Bauherrin bei Vorliegen eines verdeckten Werkmangels nach Abnahme des Werks bestimmte Rechte gemäss Art. 169-171 SIA-Norm 118 zu. Die SIA-Norm 118 hat in Art. 169-171 die gesetzlichen Mängelrechte des Art. 368 OR (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht sowie das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) übernommen. Die Regelung in der SIA-Norm 118 weicht indessen insofern von der gesetzlichen Regelung ab, als sie die Wahlfreiheit der Bauherrin einschränkt, indem sie dem Nachbesserungsrecht den Vorrang gibt. Anders als nach Art. 368 OR hat die Bauherrin nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 daher zunächst einzig das Recht, von der Unternehmerin die Beseitigung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist zu verlangen (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118). Behebt die Unternehmerin binnen der ihr angesetzten Frist den gerügten Mangel in pflichtwidriger Weise nicht oder schlägt die Nachbesserung fehl, so stehen der Bauherrin die Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1 bis 3 SIA-Norm 118 als sekundäre Mängelrechte grundsätzlich zur freien Wahl (GAUCH, Werkvertrag,

a.a.O., N. 2658 ff.). Auf eine Fristansetzung zur Mangelbehebung kann aber dann verzichtet werden, wenn sich die Unternehmerin ausdrücklich geweigert hat, eine Verbesserung vorzunehmen (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 2666 f.). Das Motiv der Verweigerung ist dabei irrelevant. Es genügt, dass die Unternehmerin das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikte bestreitet (vgl. GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 1800).

3.4.1.2. Die Bauherrin hat das Recht, die Mangelbehebung anstatt durch die Unternehmerin auch durch einen Dritten ausführen zu lassen oder selbst vorzunehmen, beides auf Kosten der Unternehmerin (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Hierfür braucht weder eine richterliche Ermächtigung eingeholt oder der Unternehmerin die Ersatzvornahme zunächst angedroht zu werden. Dieser Anspruch auf Kostenersatz ist ein Aufwendungs-, nicht ein Schadenersatzanspruch, weshalb er auch nicht davon abhängt, ob die Unternehmerin ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung trifft. Der Anspruch auf Aufwendungsersatz richtet sich auf Ersatz der Kosten, welche die Bauherrin nach pflichtgemäßem Ermessen auf sich nimmt, um den vertragskonformen, also mängelfreien Zustand des Werks selber herbeizuführen oder durch einen Dritten herbeiführen zu lassen (Urteil des Handelsgerichts Zürich HG120064 vom 8. Mai 2014, E. 7.1; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 1809 ff.; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar, a.a.O., Art. 169 Rz. 17.1 ff.). Grundsätzlich umfasst er sämtliche Kosten, die der Bauherrin aus der Ersatzvornahme erforderlich ist. Doch besteht der Anspruch immer nur in den Schranken von Treu und Glauben. Er beschränkt sich auf den Ersatz der Kosten, die der Bauherrin unter Vermeidung unnötigen Aufwands nach pflichtgemäßem Ermessen aufwendet, wobei es sich rechtfertigt, die Bauherrin mit einer gewissen Grosszügigkeit zu behandeln. Denn Kleinlichkeit ist nicht angesagt, wo doch die Unternehmerin die Ersatzvornahme ihres eigenen vertragswidrigen Verhaltens zuzuschreiben hat (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., Rz. 871). Das Risiko von Mehrkosten, die sich aus der Ersatzvornahme ergeben können, belastet somit die Unternehmerin (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 1815).

3.4.2. Parteivorbringen

3.4.2.1. Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, dass die Beklagte den Vorwurf des arglistig verschwiegenen Mangels zurückgewiesen habe. Da keine Einigung sowohl hinsichtlich des mit Dorosol versetzten Erdreichs als auch hinsichtlich der Bodenverschmutzung habe erzielt werden können, sei die G. _____ mit der Nachbesserung beauftragt worden (act. 1 S. 7 f. Rz. 10 ff. und S. 65 Rz. 15.3). Die Behebung des Mangels habe reine Baukosten in der Höhe von CHF 882'667.– (exkl. MwSt.) verursacht. Zu den reinen Baukosten hinzu komme ein auf diesen Kosten nach Art. 7 SIA-Ordnung 103 berechnetes Planerhonorar in der Höhe von CHF 162'312.–. Die Gesamtkosten für den Materialaushub und -ersatz würden aus den reinen Baukosten sowie dem darauf entfallenden Planerhonorar bestehen und beliefen sich somit auf CHF 1'044'979.– (exkl. MwSt.) bzw. CHF 1'128'577.30 (inkl. MwSt.), was der eingeklagten Forderung entspreche (act. 1 S. 66 Rz. 16).

3.4.2.2. Die Beklagte stellt den von der Klägerin geltend gemachten Aufwand für die Mängelbehebungen – insbesondere die Baukosten sowie das Planerhonorar, insbesondere deren Berechnung – gänzlich in Abrede. Hierzu bringt sie im Wesentlichen vor, dass selbst wenn ein solcher Aufwand entstanden sein sollte, dieser für die Mängelbehebung nicht erforderlich gewesen sei (act. 16 S. 10 Rz. 38 ff.).

3.4.3. Würdigung

3.4.3.1. Nachdem die Beklagte die Haftung hinsichtlich des mit Dorosol versetzten Erdreichs sowie der Verschmutzung des Erdreichs endgültig bestritten hatte (act. 1 S. 7 f. Rz. 9 ff. und S. 65 Rz. 15.3; act. 16 S. 4 f. Rz. 8 ff. und S. 8 Rz. 29), brauchte die Klägerin der Beklagten auch keine Frist zur Nachbesserung anzusetzen.

Sodann war die Nachbesserung erforderlich. Es konnte der Beklagten nämlich nicht zugemutet werden, den betreffenden Werkmangel sowohl hinsichtlich des durchgehend versetzten Erdreichs mit Dorosol als auch hinsichtlich der

Bodenverschmutzung nicht verbessern zu lassen. Die Beklagte bestreitet dies denn auch zurecht nicht. Die Klägerin war damit ohne Weiteres zur Ersatzvornahme berechtigt.

3.4.3.2. Wie gesehen, will die Klägerin von der Beklagten die Gesamtkosten für den Materialaushub und -ersatz, bestehend aus den reinen Baukosten sowie dem darauf entfallenden Planerhonorar von CHF 1'044'979.– (exkl. MwSt.) bzw. CHF 1'128'577.30 (inkl. MwSt.), ersetzt haben. Diese Kosten richten sich auf die gesamte Umgebung des D.____-Geländes, wobei die erbrachten Leistungen in die einzelnen Bereiche "Parkplätze Nord", "Parkplätze Ost", "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I", Grünfläche Ost. II + Süd" und "Grünfläche Mitte" aufgelistet wurden.

Wie erwähnt, musste das durchgehend mit Dorosol versetzte Erdreich im Bereich "Parkplätze Nord" gänzlich ausgehoben und ersetzt werden, zumal der Werkmangel auch unbestrittenermassen einen Verstoss gegen die Auflagen des AWEL darstellte. Hinsichtlich des Bauschutts in den Bereichen "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und "Grünfläche Ost II + Süd" ist anzumerken, dass der Klägerin eine genaue Aufstellung, wo sich der Bauschutt im Erdreich des entsprechenden Bereichs genau befunden hatte, nicht zugemutet werden kann. Dies zu verlangen und derart hohe Substantiierungsanforderungen zu stellen, ist nicht angebracht, zumal die Beklagte die erforderliche Nachbesserung nicht selber wahrnehmen wollte, obschon der Werkmangel in deren Verantwortung fällt. Hierfür hat denn nun auch die Beklagte das Risiko allfälliger Mehrkosten zu tragen. Angesichts der Menge des in unhaltbarer Weise vergrabenen Bauschutts war der vorgenommene Materialaushub und -ersatz auf jeden Fall angezeigt und gerechtfertigt. Zurecht bringt die Beklagte auch keinerlei Beanstandungen hinsichtlich der von der G.____ in Rechnung gestellten Aufwendungen vor. Auch ist nicht entscheidend, ob die Ersatzvornahme aufgrund der hydraulischen Bindemittel oder der Bodenverschmutzung erfolgt ist. Ohnehin wären durch die Bodenverschmutzung letztlich dieselben Arbeiten angefallen, war es doch auch nicht möglich, die im Verantwortungsbereich der Beklagten liegende Bodenverschmutzung ohne den gemachten Aushub festzustellen.

Demgemäss sind die in Rechnung gestellten Leistungen der G._____ für die Bereiche "Parkplätze Nord", "zwischen den Gebäuden", "Grünfläche Ost I" und "Grünfläche Ost II + Süd" in der Höhe von insgesamt CHF 650'007.94 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 702'008.60 (inkl. MwSt.) von der Beklagten zu ersetzen.

3.4.3.3. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Fläche "östlich des Gebäudes E", in welcher stabilisiertes Material gefunden wurde, nicht ins Gewicht fällt, musste die entsprechende Fläche doch ohnehin aufgrund der Bodenverschmutzung nachgebessert werden.

3.4.3.4. Bezüglich des Planerhonorars kann offen bleiben, ob dieses überhaupt zu erstatten wäre und wie sich dieses berechnen liesse. Da es die Klägerin nämlich unterlässt, eine genaue Aufschlüsselung der Planerleistungen in die entsprechenden Materialaushube der genannten Bereiche vorzunehmen, ist es dem Gericht denn auch nicht möglich, den anteilmässigen Kostenersatz für die Planerleistungen – hinsichtlich der zurecht von der G._____ durchgeführten Materialaushube – zu bestimmen.

3.5. Verjährungseinrede

Die Beklagte führt ins Treffen, dass allfällige Mängelrechte der Klägerin spätestens am 24. Juni 2010 bzw. gestützt auf die am 30. Juni 2005 erfolgte Abnahme des Gesamtwerks am 30. Juni 2010 verjährt seien (act. 29 S. 8 Rz. 33).

Da allerdings gemäss Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118 für absichtlich verschwiegene Mängel – wie vorliegend der Fall – die Verjährung erst am 30. Juni 2015 eingetreten wäre, und die Klageeinreichung bereits am 23. April 2015 erging, erübrigen sich hierzu weitere Ausführungen.

3.6. Ergebnis

Die Klägerin hat somit hinsichtlich der Verwendung von Dorosol im Bereich "Parkplätze Nord" sowie der Bodenverschmutzung in den Bereichen "zwischen den Gebäuden", in der "Grünfläche Ost I" und in der "Grünfläche Ost II + Süd" zurecht die G._____ mit der Mängelbeseitigung beauftragt. Ihr steht daher in

diesem Umfang ein Kostenersatz in der Höhe von insgesamt CHF 650'007.94 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 702'008.60 (inkl. MwSt.) zu, was rund 62 % der eingeklagten Forderung entspricht. Die Klage ist somit in diesem Umfang gutzuheissen, im weiter geltend gemachten Mehrbetrag indessen abzuweisen.

4. Verzugszinsen

4.1. Die Klägerin macht Schadenszins von 5 % seit der Abnahme (1. Juli 2005) geltend. Da allerdings vorliegend kein Schadenersatz, sondern ein Kostenersatz im Rahmen des Nachbesserungsrechts geltend gemacht wird, kommen folglich die Regeln zur Berechnung des Schadenszinses gar nicht erst zur Anwendung. Vielmehr besteht für den Kostenersatz zur Mängelbeseitigung eine Verzugszinspflicht. Bei Verträgen, auf welche die SIA-Norm 118 anwendbar ist, entsteht der Anspruch auf Kostenersatz mit Ablauf der Nachbesserungsfrist gemäss Art. 169 Ziff. 1 SIA-Norm 118 bzw. im Zeitpunkt, an welchen die Unternehmerin auf eine Nachbesserung ausdrücklich verzichtet hat.

4.2. Es ist unbestritten, dass sich die Beklagte geweigert hat, den behaupteten Mangel zu beheben (act. 1 S. 8 f. Rz. 11.3 ff.; act. 1 S. 65 Rz. 15.3; act. 16 S. 8 Rz. 29). Wann und durch wen aber die Weigerung genau erfolgte, wurde nicht behauptet. Dies wäre aber bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Verzugszinspflicht erforderlich gewesen. Aufgrund dessen ist – mangels anderweitiger klägerischer Angaben – auf die Klageeinleitung am 23. April 2015 abzustellen.

Folglich ist der zuzusprechende Betrag in der Höhe von CHF 702'008.60 seit 23. April 2015 mit 5 % zu verzinsen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 Abs. 1 ZPO; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinte-

resse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'128'577.30. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebVOG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 32'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin im Umfang von CHF 12'160.– und der Beklagten im Umfang von CHF 19'840.– aufzuerlegen und – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Im der Beklagten auferlegten Umfang von CHF 19'840.– wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

5.2. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von 1'128'577.30 beträgt die Grundgebühr rund CHF 32'700.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlung und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt und eine zweite Rechtsschrift (Replik bzw. Duplik) sowie je eine Stellungnahme verfasst wurde. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 45'780.–. Da die Klägerin zu 62 % obsiegt, ist ihr – in Verrechnung des der Beklagten zuzusprechenden Anteils von 38 % – eine Parteientschädigung von 24 %, d.h. CHF 11'000.–, zuzusprechen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76;

SJZ 101 [2005] 531 ff.). Vorliegend verlangt die Beklagte eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2), behauptet aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 702'008.60 zuzüglich 5 % Zins seit 23. April 2015 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin im Umfang von CHF 12'160.– und der Beklagten im Umfang von CHF 19'840.– auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im der Beklagten auferlegten Umfang von CHF 19'840.– wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 11'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'128'577.30.

Zürich, 23. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler