



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Jean-Marc Bovet, Jakob Haag und Andreas Bertet sowie die Gerichtsschreiberin Regula Blesi Keller

Urteil vom 30. Mai 2023

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____
substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur., M.B.L.-HSG X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch lic. iur. Y._____

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 98'302.40 nebst 5% Zins seit 14. Juni 2019 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten;"

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie nebst dem Handel mit Stahl und Kunststoff die Projektierung, Berechnung, Konstruktion, Installation, Montage, den Unterhalt sowie die Fabrikation von industrie- und bautechnischen Teilen, Anlagen und Maschinen für Rohrleitungen, Apparaten, Behältern, Armaturen, Formstücken, Auflagern und Dehnungsfugen.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____. Sie betreibt ein Unternehmen für Abbruch, Aushub und Absetzmulden sowie Kies- und Sandlieferungen (act. 3/1).

Bei der Nebenintervenientin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____, welche den Erwerb, das Halten und Verwalten von Beteiligungen, den Bau und die Bewirtschaftung sowie den Erwerb und Verkauf von Immobilien bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Die Nebenintervenientin beauftragte als Totalunternehmerin die G._____ AG als Subtotalunternehmerin, im Zuge dessen letztere am 3./10. Mai 2017 mit der Beklagten den Werkvertrag Nr. 2011 betreffend PKP Nr. 201.1 (Baugrubenaushub) abschloss (act. 15/6 = act. 18/1). Die Nebenintervenientin trat in der Folge als Bestellerin anstelle der G._____ AG in diesen Werkvertrag ein. Gemäss Nachtrag-Nr.

5 zum Werkvertrag Nr. 2011 vom 20. Juni 2017 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Nebenintervenientin zum Anbringen und Verlegen von Kabelschutzrohren (auch Elektrorohre genannt; act. 15/5 = act. 18/2). Mit diesen Arbeiten beauftragte die Beklagte ihrerseits die Klägerin. Die Klägerin war damit im Verhältnis zur Nebenintervenientin Subunternehmerin. Die Klägerin hatte für die Kanalisationsleitungen Kabelschutzrohre zu liefern, zu verlegen und zu verschweissen (act. 1 Rz 6 f.; act. 14 Rz 17; act. 17 Rz 8 ff.; act. 36 Rz 90 ff.).

Nach Abschluss der Arbeiten durch die Klägerin wurde festgestellt, dass die Kabelschutzrohre nicht dicht waren. Die Kabelschutzrohre hatten sich verformt und die Schweissnähte waren stellenweise gerissen, was Wasser und Erdreich in Kabelzugschächte (auch Schlaufschächte genannt) eintreten liess (act. 1 Rz 8 f.; act. 17 S. 4 Rz 11 mit Verweis auf act. 3/2 Ziff. 2 S. 2; act. 14; act. 36 Rz 90 ff.). Die Beklagte kontaktierte deswegen im August 2018 die Klägerin telefonisch und per E-Mail. Der Inhalt des Telefongesprächs sowie allfällige zwischen den Parteien getroffene Abmachungen sind umstritten. Unbestritten ist hingegen, dass in der Folge die Klägerin die H. _____ AG (fortan: H. _____) mit der Sanierung der Kabelschutzrohre beauftragte (act. 1 Rz 10; act. 14 Rz 30; act. 17 Rz 17). Die H. _____ stellte für ihre Sanierungsarbeiten der Klägerin CHF 79'573.55 und CHF 18'728.85, total CHF 98'302.40, in Rechnung (act. 3/11). Die Klägerin bezahlte die zwei Rechnungen am 14. Juni 2019 (act. 3/12).

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Erstattung der bezahlten CHF 98'302.40 zuzüglich Zins von 5% ab dem Zahlungsdatum. Als Anspruchsgrundlage beruft sich die Klägerin darauf, die Beklagte habe ihr einen Auftrag zur Organisation der Sanierung der Kabelschutzrohre erteilt, und es habe eine dahingehende Abmachung zwischen den Parteien bestanden, dass man die Kosten nach dem "Gutachten Dr. I. _____" verteile (act. 1 Rz 9 ff. und 39 ff.; act. 36 Rz 56 ff.). Weiter will die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch aus Treu und Glauben herleiten (act. 36 Rz 45 und 48 ff.). Sodann beruft sich die Klägerin auf die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (act. 36 Rz 46 und 54 f.).

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage (act. 14 S. 2). Sie bestreitet der Klägerin einen Auftrag zur Sanierung der Rohre erteilt oder mit der Klägerin eine

Abmachung betreffend die Tragung der anfallenden Kosten getroffen zu haben. Vielmehr sei die Klägerin ihren Mängelbehebungspflichten im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Werkvertrages nachgekommen. Die durch die Mängelbehebung entstandenen Kosten habe die Klägerin selber zu tragen (vgl. insbesondere act. 14 Rz 25, 37, 82 und 88). Eine Erstattungspflicht aus Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (act. 43 Rz 59 und 64) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (act. 43 Rz 60 ff. und Rz 66) ist gemäss der Beklagten nicht gegeben.

Auch die Nebenintervenientin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin als Unternehmerin eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit für den Werkmangel und eine Pflicht zur kostenlosen Nachbesserung des Werkes trage. Unerheblich sei, ob die Klägerin die Mängelbehebung selber oder durch einen Dritten behebe bzw. beheben lasse. Die Kosten für die Mängelbehebung trage sie auf jeden Fall (act. 17 Rz 38; act. 45 Rz 21). Eine Kostenübernahme zu Lasten der Beklagten aus einer Treupflicht resultiere sodann keinesfalls (act. 45 Rz 53). Auch bestreitet die Nebenintervenientin einen Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung (act. 45 Rz 54).

B. Prozessverlauf

Am 18. November 2020 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Nachdem die Klägerin fristgerecht einen Kostenvorschuss von CHF 9'000.– geleistet hatte (act. 4; act. 6), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. Dezember 2020 Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 7). Mit Eingabe vom 16. Februar 2021 verkündete die Beklagte der C. _____ AG den Streit (act. 9). Die Streitverkündung wurde mit Verfügung vom 17. Februar 2021 vorgemerkt und der Streitberufenen mitgeteilt (act. 11). Unter dem 3. März 2021 reichte die Beklagte die Klageantwort ein (act. 14). Ebenfalls am 3. März 2021 erstattete die C. _____ AG eine Klageantwort und stellte den Antrag als Nebenintervenientin zu Gunsten der Beklagten zugelassen zu werden (act. 17). Mit Verfügung vom 18. März 2021 wurde die C. _____ AG als Nebenintervenientin im Rubrum aufgenommen und die Leitung des Prozesses an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 19).

In der Folge wurden die Parteien sowie die Nebenintervenientin zu einer Vergleichsverhandlung auf den 7. September 2021 vorgeladen (act. 23). Unter dem 4. Juni 2021 reichte die Klägerin unaufgefordert eine Eingabe ein (act. 24), worin sie - im Vorfeld der Vergleichsverhandlung - "einige grundsätzliche Klarstellungen" vornahm. Die Eingabe wurde samt Beilagen (act. 25/17+18) der Beklagten und der Nebenintervenientin zugestellt (act. 26/1+2). In der Folge reichte die Beklagte am 14. Juni 2021 ebenfalls eine Stellungnahme ein (act. 27), welche samt Beilagen (act. 28/14-16) der Klägerin sowie der Nebenintervenientin zugestellt wurde (act. 29/1+2). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 7. September 2021 konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 9). Weitergehende (aussergerichtliche) Vergleichsgespräche scheiterten, weshalb am 23. September 2021 verfügt wurde, dass das Verfahren schriftlich fortgesetzt werde und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik angesetzt wurde (act. 34). Die Replik wurde am 26. November 2021 fristgerecht der Post übergeben (act. 36; act. 39/1). Die Beklagte sowie die Nebenintervenientin erstatteten ihre Dupliken am 2. bzw. 3. März 2022 (act. 43; act. 45). Mit Verfügung vom 7. März 2022 wurden die zweite Rechtsschrift der Beklagten der Klägerin sowie der Nebenintervenientin und die zweite Rechtsschrift der Nebenintervenientin der Klägerin sowie der Beklagten zugestellt. Damit war Aktenschluss (act. 47).

Mit Schreiben vom 15. März 2022 wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass das Handelsgericht praxisgemäss keine Fristen zur Ausübung des unbedingten Replikrechts ansetzt. Sollten die Dupliken entscheidrelevante Noven enthalten, werde der Klägerin eine Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 50). Die in der Folge von der Klägerin eingereichte "Stellungnahme zu den neuen Behauptungen in den Dupliken" vom 25. März 2022 wurde der Beklagten sowie der Nebenintervenientin zur Kenntnis gebracht (act. 52; act. 53/1+2). Die Eingabe der Nebenintervenientin vom 7. April 2022 wurde der Klägerin und der Beklagten zugestellt (act. 54; act. 55/1+2). Mit Verfügung vom 30. Januar 2023 wurde den Parteien Frist zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichteten, angesetzt (act. 56). Die Beklagte verzichtete (act. 58), während die Klägerin mit Eingabe vom 8. Februar 2023 an der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung festhielt (act. 59). Die Parteien wurden auf den 30. Mai 2023 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 60).

Mit Eingabe vom 11. Mai 2023 nahm die Klägerin "Detailbestreitungen" der Verhandlung vorweg (act. 62). Die Eingabe wurde der Beklagten und der Nebenintervenientin zugestellt (act. 63). Am 30. Mai 2023 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 19 ff.). Wie zu zeigen sein wird, ist ein Beweisverfahren nicht notwendig. Nach durchgeführtem Hauptverfahren ist der Prozess spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen:

I. Formelles

1. Prozessvoraussetzungen

1.1 Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Zürich. Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 31 ZPO und Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 98'302.40. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts wird denn auch von den Parteien sowie der Nebenintervenientin anerkannt (act. 1 Rz 3; act. 14 Rz 4; act. 17 Rz 35).

1.2. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten. Auf die Parteibehauptungen sowie die Ausführungen der Nebenintervenientin wird nachfolgend soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

2. Eingaben vor der Vergleichsverhandlung

Die von der Klägerin im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung eingereichte Stellungnahme vom 4. Juni 2021 (act. 24) sowie die Eingabe der Beklagten vom 14. Juni 2021 (act. 27) wurden zu den Akten genommen und zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs den jeweiligen Gegenparteien zugestellt. Sie erfolgten jedoch ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritte, weshalb sie (sowie die eingereichten Beilagen; act. 25/17+18 und act. 28/14-16) für den vorliegenden Entscheid unbeachtlich sind (Roland Schmid, in: Handelsgericht Zürich 1866-2016:

Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, S. 239).

3. Nebenintervention

Die intervenierende Partei kann zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen (Art. 76 Abs. 1 ZPO). So kann der Intervenient Anträge zur Sache oder zum Verfahren stellen, Tatsachenbehauptungen vorbringen, substantzieren und bestreiten, Beweisanträge stellen oder der Hauptpartei zustehende materiell-rechtliche Einreden erheben (BK ZPO-Zuber/Gross, Art. 76 N 8). Das von der intervenierenden Partei Vorgebrachte gilt als von der Hauptpartei erklärt (BSK ZPO-Graber, Art. 76 N 1). Stehen die Prozesshandlungen der intervenierenden Person mit jenen der Hauptpartei in Widerspruch, so sind sie im Prozess unbeachtlich (Art. 76 Abs. 2 ZPO).

II. Materielles

1. Auftrag und Absprache Kostentragung

1.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin machte in der Klagebegründung geltend, als die Nebenintervenientin oder die Beklagte erkannt habe, dass aus den Kabelschutzrohren Wasser in die Schlaufschächte gelange, habe alles sehr schnell gehen müssen. Ziel der Beklagten sei die sofortige Sanierung der Kabelschutzrohre gewesen. J._____, Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten, habe daher umgehend K._____, einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der Klägerin, angerufen. K._____ habe vorgeschlagen, zuerst den Grund für den Wassereintritt zu ermitteln, bevor sie, die Klägerin, involviert werde. Für J._____ sei jedoch die Sanierung prioritär gewesen. Er habe K._____ aufgefordert, sich darum zu kümmern. Eine Sanierung bereits verlegter und zugedeckter Leitungen habe aber ihre Möglichkeiten gesprengt. K._____ habe dafür die H._____, welche die undichten Stellen mit Sonden habe auffinden können, empfohlen. Er habe sich auf Wunsch der Beklagten bereit

erklärt, für diese den Einsatz der H._____ zu organisieren. Diese Pflicht habe sie, die Klägerin, auch erfüllt. Sie habe der H._____ den Auftrag zur Ausführung erteilt. Sie habe sich nicht zu einer Werkleistung verpflichtet, sondern eine organisatorische Aufgabe übernommen. Dieses Verständnis ergebe sich aus ihrer E-Mail vom 14. Januar 2019. Die Beklagte habe diesem Verständnis zu keinem Zeitpunkt widersprochen (act. 1 Rz 9 f.). Weiter brachte die Klägerin vor, J._____ habe gesagt, dass man nachher, wenn der Grund für den Wassereintritt feststehe, auch "die Lösung (praktisch: die Tragung der Kosten)" finde (act. 1 Rz 15). K._____ habe diese Äusserung dahingehend verstanden und verstehen dürfen, dass sie, die Klägerin, für die Kosten der Sanierung jedenfalls dann nicht aufzukommen habe, wenn sie das einzuholende Gutachten entlaste (act. 1 Rz 16 f.). K._____ habe dies auch gestützt auf die werkvertragliche Haftungsregelung (Art. 364 Abs. 1 OR und Art. 367 OR) so verstehen dürfen. Er habe davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin durch die Beklagte schadlos gehalten werde, wenn das Gutachten sie entlaste (act. 1 Rz 18). Die nachträgliche Korrespondenz zwischen den Parteien (E-Mail vom 5. Dezember 2018 und 14. Januar 2019) bestätige, dass sie, die Klägerin, so gedacht habe (act. 1 Rz 19 ff.).

Die Beklagte stellte sich in der Klageantwort auf den Standpunkt, der Klägerin nie einen Auftrag zur Sanierung erteilt zu haben (act. 14 Rz 25). Die Nebenintervenientin habe die Undichtheit der von der Klägerin verlegten Rohre bemerkt und ihr dies als Mangel angezeigt. Sie habe unverzüglich Filmaufnahmen "von innen" der von der Klägerin verlegten Rohre durch ein hierfür spezialisiertes Unternehmen veranlasst. Nachdem diese Filmaufnahmen vorgelegen hätten, habe J._____ Herrn K._____ und Herrn L._____ von der Klägerin die Undichtheit der verlegten Rohre als Mangel angezeigt und ihnen den Link zum Herunterladen der Aufnahmen mitgeteilt. In der E-Mail vom 7. August 2018 halte J._____ klar und deutlich fest, dass die verlegten Leitungen undicht und defekt seien und dass von der Klägerin eine schriftliche Stellungnahme sowie eine schnelle Lösung des Problems erwartet werde. Zudem habe J._____ der Klägerin angezeigt, dass allfällige Verzögerungen von der Bauherrschaft sofort angezeigt und in Rechnung gestellt würden, welche Kosten sie, die Beklagte, dann der Klägerin als Subunternehmerin weitergeben würde (act. 14 Rz 26). Korrekt sei, dass zusätzlich zu dieser E-Mail J._____ mit

Herrn K._____ telefoniert und auf eine schnelle Beseitigung des Mangels gepocht habe (act. 14 Rz 27). Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin behaupteten Gesprächsinhalt (act. 14 Rz 28). Der Grund für den Wassereintritt, nämlich defekte Rohre, sei somit von ihr, der Beklagten, bereits ermittelt und mittels Filmaufnahmen der Klägerin mitgeteilt worden. Die Klägerin, also insbesondere K._____, habe nicht die H._____ empfehlen müssen, um mit Sonden die undichten Stellen auffinden zu können (act. 14 Rz 29). Die Kontaktaufnahme zwischen der Klägerin und der H._____ sei nicht auf ihren Wunsch und auch nicht, um für sie, die Beklagte, den Einsatz der H._____ zu organisieren, erfolgt, sondern selbständig durch die Klägerin in Erfüllung ihrer Mängelbehebungspflichten gestützt auf den zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag. K._____ habe denn in seiner E-Mail vom 20. August 2018 an die H._____ den Auftrag für die Arbeiten unmissverständlich im Namen der Klägerin erteilt und kein Wort darüber verloren, dass er den Einsatz eigentlich auf Wunsch der Beklagten organisieren würde (act. 14 Rz 30). Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin behauptete Aussage von J._____, dass "man nachher, wenn der Grund für den Wassereintritt feststehe, auch die Lösung finde" (act. 1 Rz 15 und act. 14 Rz 37). Hätte die Klägerin bzw. K._____ die Aussage von J._____ dahingehend verstehen dürfen und müssen, dass sie durch die Beklagte schadlos gehalten werde, wenn das einzuholende Gutachten sie, die Klägerin, entlaste, hätte die Klägerin ihr dies sicherlich unverzüglich und schriftlich mitgeteilt, als sie ihr mit E-Mail vom 7. August 2018 und zudem noch mündlich die Mängel angezeigt habe (act. 14 Rz 38 und 40).

Die Nebenintervenientin bestreitet, dass die Klägerin die Sanierung der Kabelschutzrohre bloss organisiert habe. Sie habe diese im Rahmen der Gewährleistungspflicht erbringen bzw. auf eigene Kosten ausführen lassen (act. 17 Rz 40 ff.).

In der Replik hielt die Klägerin zum Themenkomplex des Zustandekommens des Sanierungsauftrags und zur Einigung betreffend die Kostentragung unter Hinweis auf die Ausführungen in der Klagebegründung (act. 1 Rz 10 und 13-15) fest, sie und die Beklagte hätten sich über den Auftrag und die Kostentragung mündlich geeinigt (act. 36 Rz 56). Zur angeblichen mündlichen Abmachung, dass sich die Kostentragung nach dem Gutachten Dr. I._____ richte, führte die Klägerin weiter

an, sie habe dies in der Korrespondenz (E-Mail vom 8. August 2018, 5. Dezember 2018 und 14. Januar 2019) festgehalten und die Beklagte habe - unbestrittenermassen - nicht widersprochen. Die Beklagte wende diesbezüglich (in der Klageantwort) lediglich ein, dass sie dazu keinen Anlass gehabt habe. Dies sei falsch. Die Beklagte hätte, wenn nach ihrer Auffassung das Gutachten die Kostentragung nicht beeinflussen sollte, widersprechen müssen (act. 36 Rz 41). Weiter ändert gemäss der Klägerin die Tatsache, dass sie, als sie der H. _____ grünes Licht für die Sanierung der Rohre gegeben habe, nicht klargestellt habe, dass sie stellvertretend für die Beklagte handle, nichts am Verhältnis zwischen den Parteien. Es komme bei Aufträgen regelmässig vor, dass der Beauftragte gegen aussen Leistungen im eigenen Namen beziehe, aber - im Innenverhältnis - für Rechnung des Auftraggebers handle. Die Beklagte unterdrücke, dass sie ebenfalls eine Offerte für die Sanierung der Kabelschutzrohre eingeholt und diese mit E-Mail vom 16. August 2018 an sie, die Klägerin, gesandt habe. Die Beklagte habe sich dann für die Offerte der H. _____ entschieden, welche sie, die Klägerin, ihr mit E-Mail vom 16. August 2018 unterbreite habe. Hätte sie einen Mangel ihres Werks und die Pflicht zur Behebung auf ihre eigenen Kosten anerkannt, hätte es für sie keinen Anlass gegeben, die Offerte der Beklagten zu unterbreiten, und es hätte für die Beklagte keinen Anlass gegeben, sich zwischen zwei Offerten zu entscheiden (act. 36 Rz 61 ff.). Sodann habe die Beklagte sinngemäss erklärt, sie könne die Rechnungen erst bezahlen, wenn die Sanierung abgeschlossen sei, womit sie dem Grundsatz nach anerkannt habe, dass sie für die Sanierungskosten aufzukommen habe (act. 36 Rz 65).

Die Beklagte bestritt in der Duplik, dass sie den Äusserungen der Klägerin in der Korrespondenz, dass sich die Kostentragung nach dem Gutachten Dr. I. _____ richte, hätte widersprechen müssen (act. 43 Rz 55). Sie anerkennt die E-Mail von J. _____ an K. _____ vom 16. August 2018 mit dem von der Klägerin aufgeführten und als Beweis genannten Anhang in Form einer Offerte der M. _____ AG vom 16. August 2018. Ebenso sei unbestritten, dass J. _____ diese Offerte zur Sanierung der Kabelschutzrohre eingeholt habe. Für die Offerte der H. _____ habe sich aber die Klägerin entschieden. Hätte tatsächlich sie den Entscheid zum Engagement der H. _____ getroffen, hätte es keinen Grund gegeben und keinen Sinn gemacht, dass nicht sie, die Beklagte, sondern die Klägerin den diesbezüglichen Auftrag der

H._____ erteilt hätte (act. 43 Rz 76). Sie wisse nicht, weshalb ihr die Klägerin die Offerte der H._____ habe zukommen lassen. Folge man der Argumentation der Klägerin, hätte es auch für sie keinen Anlass gegeben, die Offerte der M._____ AG an die Klägerin zu senden. Wer wem welche Offerte habe zukommen lassen, beweise nichts in Bezug auf die Frage, wer schliesslich den Entscheid für die Offerte der H._____ getroffen habe. Fakt sei jedoch, dass die Klägerin der H._____ den Auftrag zur Sanierung erteilt habe. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die Klägerin den diesbezüglichen Entscheid getroffen habe (act. 43 Rz 77). Die Beklagte bestreitet, dass sie anerkannt habe, für die Sanierungskosten aufkommen zu müssen. Sie habe "von Anfang an und weiterhin" eine Zahlungspflicht gegenüber der Klägerin bestritten (act. 43 Rz 65 mit Verweis auf act. 14 Rz 58).

Auch die Nebenintervenientin bestritt in der Duplik die Notwendigkeit eines Widerspruchs gegen die Äusserungen der Klägerin in ihrer Korrespondenz (act. 45 Rz 48 f.) und dass die Klägerin lediglich als Vertreterin der Beklagten gehandelt haben soll (act. 45 Rz 57). Die ins Feld geführte Offerte sei nicht von der Beklagten, sondern von der N._____ AG eingeholt worden. Die Behauptungen seien unsubstanziert und es bleibe unklar, was die Klägerin aus der Beilage ableiten wolle. Die Nebenintervenientin bestritt weiter, dass die Beklagte die ihr von der Klägerin zugestellte Offerte der H._____ angenommen habe. Aus der blossen Weiterleitung der Offerte an die Beklagte könne nichts zugunsten der Klägerin abgeleitet werden. Der Offerte der H._____ könne hingegen entnommen werden, dass offensichtlich die Klägerin ihr gegenüber als Auftraggeberin fungiere (act. 45 Rz 58 f.).

1.2. Rechtliches

1.2.1. Zustandekommen Auftrag

Beim Auftrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag, durch den sich der Beauftragte zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte (rechtlicher oder tatsächlicher Art) im Interesse des Auftraggebers verpflichtet (Art. 394 Abs. 1 OR;

Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., 2017, S. 335 f.). Der Auftrag ist ein Konsensualvertrag, es gelten die allgemeinen Vertragsabschlussregeln (BSK OR II-Oser/Weber, Art. 395 N 2).

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 und 2 OR). Konsens liegt vor, wenn die Willenserklärungen der vertragsschliessenden Parteien übereinstimmen. Ob dies gegeben ist, muss durch Auslegung der beiden Erklärungen ermittelt werden. Ergibt die Auslegung, dass die Parteien übereinstimmend dasselbe gewollt haben, so liegt ein sog. natürlicher oder tatsächlicher Konsens vor. Kann hingegen ein übereinstimmender gemeinsamer Wille der Parteien nicht festgestellt werden, so sind die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Ergibt sich danach bezüglich des Erklärungswertes eine Übereinstimmung, so ist ein sog. normativer oder rechtlicher Konsens gegeben. Der Konsens muss sich auf alle (objektiv und subjektiv) wesentlichen Punkte des Vertrages beziehen. Liegt weder natürlicher noch normativer Konsens vor, d.h. stimmen die Willenserklärungen nicht überein, wird von Dissens gesprochen. Beschlägt der Dissens die objektiv wesentlichen Vertragspunkte, so kommt ein Vertrag nicht zustande (Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020, N 29.01 ff.).

Für die Auslegung des tatsächlichen Verständnisses der einzelnen Erklärung ist nicht allein deren Wortlaut massgebend, vielmehr indizieren die gesamten Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, den inneren Willen der erklärenden Partei; namentlich kann auch aus dem nachträglichen Verhalten geschlossen werden, was die Partei mit ihrer Erklärung tatsächlich wollte. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat die Partei ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 143 III 157 E. 1.2.2). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist nicht von Bedeutung (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2).

Der Auftraggeber hat dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, welche dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien (Art. 402 Abs. 1 OR).

1.2.2. Absprache Kostentragung

Auch das Zustandekommen einer Vereinbarung zwischen den Parteien über die Tragung der Kosten für die Sanierung der Kabelschutzrohre setzt entsprechende, übereinstimmende Willenserklärungen voraus.

1.2.3. Behauptungs- und Beweislast

Nach dem Verhandlungsgrundsatz haben die Parteien diejenigen Tatsachen zu behaupten, auf die sie ihre Ansprüche stützen, sowie die dazugehörigen Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

Die Beweis- und damit auch die Behauptungslast für den behaupteten Auftrag sowie die angeblich vereinbarte Kostentragung obliegt der Klägerin (vgl. Art. 8 ZGB).

1.3. Würdigung

1.3.1. Zustandekommen Auftrag

K. _____ von der Klägerin und J. _____ von der Beklagten haben im Zusammenhang mit den defekten Rohren unbestrittenermassen miteinander telefoniert (act. 1 Rz 9; act. 14 Rz 27). Bestritten wird von der Beklagten jedoch der von der Klägerin behauptete Gesprächsinhalt, dass K. _____ vorgeschlagen habe, zuerst den Grund für den Wassereintritt zu ermitteln, bevor sie, die Klägerin, involviert werde, dass für J. _____ jedoch die Sanierung prioritär gewesen sei und er K. _____ aufgefordert habe, sich darum zu kümmern, dass K. _____ die H. _____ empfohlen habe und sich auf Wunsch der Beklagten dafür bereit erklärt habe, für diese den Einsatz der H. _____ zu organisieren (act. 1 Rz 10; act. 14 Rz 28 ff.).

Die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin offeriert bezüglich des bestrittenen Gesprächsinhalts einzig eine "E-Mail A. _____ AG / H. _____ mit cc an B. _____ AG vom 20. August 2018" als Beweismittel (act. 3/3) und erklärt weiter, das Verständ-

nis, wonach sie keine Werkleistung, sondern bloss eine organisatorische Aufgabe übernommen habe, komme auch in ihrer E-Mail vom 14. Januar 2019 an die Beklagte zum Vorschein (act. 1 Rz 10 f.). Der behauptete Gesprächsinhalt lässt sich weder der E-Mail vom 20. August 2018 noch der E-Mail vom 14. Januar 2019 entnehmen. Mit (Antwort-)E-Mail vom 20. August 2018 schickte K._____ die Offerte der H._____ für "die Reparaturarbeiten mittels Inliner" an einen P._____ und mit Kopie an O._____. Bei P._____ handelt es sich mutmasslich um einen Mitarbeiter der Q._____ [Versicherung] ("P._____@Q._____.ch"). Dazu passen die Betreffzeile "AW: neuer Fall" und die weiteren Ausführungen betreffend Versicherungsmeldung und allfällige Deckung sowie der Titel der ersten E-Mail von P._____ an K._____ (Betriebs-Versicherung, Police Nr. 1 - Haftpflicht Referenz: 2 - Schadenfall in R._____ [S._____ Tower]; act. 3/3). Nichts davon belegt den von der Klägerin behaupteten Gesprächsinhalt. Dieser ergibt sich auch nicht aus der E-Mail vom 14. Januar 2019. Die E-Mail gibt, wie dies die Klägerin auch behauptet, lediglich ihr Verständnis wieder ("wir hatten damals die Instandstellung der undichten Kabelschutzrohre wunschgemäss organisiert und bestellt, bevor die Haftung geklärt war"; act. 1 Rz 11 und act. 3/4). Damit bleibt der von der Klägerin behauptete Gesprächsinhalt unbewiesen, weshalb gestützt darauf weder auf einen dahingehenden tatsächlichen noch normativen Konsens geschlossen werden kann, dass die Beklagte die Klägerin damit beauftragt hätte, für sie, die Beklagte, die Sanierung der Rohre zu organisieren. Da die Klägerin sodann nicht darlegt, wieso zwischen den Parteien ausnahmsweise gestützt auf ein Schweigen auf einen Vertragsschluss geschlossen werden könnte bzw. müsste (vgl. hierzu Schwenger, a.a.O., N 28.33 ff.), hat das Fehlen einer Reaktion der Beklagten auf die E-Mail vom 14. Januar 2019 keine weitere Bewandtnis (vgl. dazu act. 1 Rz 12; act. 14 Rz 32).

Unbestrittenermassen hat J._____ eine bei der M._____ AG eingeholte Offerte betreffend die Sanierung der Kabelschutzrohre mit E-Mail vom 16. August 2018 K._____ zukommen lassen (act. 36 Rz 62; act. 43 Rz 75; act. 45 Rz 58). Gemäss der Klägerin hat sich "in der Folge" die Beklagte für die Offerte der H._____ entschieden (act. 36 Rz 63 f.). Dem widerspricht die Beklagte; nicht sie habe sich für die Offerte der H._____ entscheiden, sondern die Klägerin habe diese Wahl getroffen (vgl. act. 43 Rz 76). Die Frage muss nicht abschliessend beurteilt werden. Denn

unbestrittenermassen hat die Klägerin den "Auftrag" an die H._____ letztendlich im eigenen Namen erteilt (act. 15/9; E-Mail K._____ an T.____@H.____.ch vom 20. August 2018). Das Vertragsverhältnis über die Sanierung der Kabelschutzrohre kam zwischen der H._____ und der Klägerin zustande und nicht zwischen der H._____ und der Beklagten (act. 14 Rz 30; act. 17 Rz 17). Auch die Klägerin behauptet nichts anderes (vgl. act. 1 Rz 24). In der E-Mail vom 20. August 2020 findet sich kein Vorbehalt oder Hinweis der Klägerin darauf, dass sie im Auftrag oder auf Wunsch der Beklagten hin handeln würde (act. 15/9). Die H._____ erstellte ihre Offerte denn auch für die Klägerin (act. 37/5). Da nicht erstellt ist, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin den Wunsch äusserte, die Klägerin solle für sie die Sanierung der Kabelschutzrohre organisieren, liesse sich ein dahingehender Konsens (tatsächlicher oder normativer), dass die Klägerin von der Beklagten damit beauftragt worden wäre, für sie, die Beklagte, die Sanierung der Kabelschutzrohre zu organisieren, aus der Tatsache allein, dass die Beklagte letztendlich die Unternehmung bestimmte, welche den festgestellten Schaden beheben sollte, nicht herleiten. Offen bleiben kann denn auch, ob die Offerte der M._____ AG, wie von der Nebenintervenientin behauptet, nicht von der Beklagten, sondern der N._____ AG eingeholt wurde (act. 45 Rz 58).

1.3.2. Absprache Kostentragung

Bestritten ist, dass J._____ anlässlich des geführten Telefonats gesagt haben soll, dass man nachher, wenn der Grund für den Wassereintritt feststehe, auch die Lösung finde (act. 1 Rz 15; act. 14 Rz 37). Ein dahingehender tatsächlicher Konsens, dass vereinbart worden wäre (act. 36 Rz 56), die Klägerin werde für die Kosten der Sanierung von der Beklagten schadlos gehalten, wenn das einzuholende Gutachten sie entlaste, behauptet die Klägerin nicht. So führt sie an, als J._____ gegenüber K._____ die bestrittene Äusserung gemacht habe, dass man nachher, wenn der Grund für den Wassereintritt feststehe, auch die Lösung finde (act. 1 Rz 15; act. 14 Rz 37), müsse es diesem darum gegangen sei, die Kosten der Klägerin "anzuhängen". Es sei ihm mehr als recht gewesen, wenn sie, die Klägerin, die Sanierung organisiere, dann würden die Verantwortung und die Kosten zuerst bei ihr liegen. Werde sie, die Klägerin, durch das Gutachten entlastet, solle sie dem Geld

nachrennen (vgl. act. 1 Rz 14). Damit war nach der Sachdarstellung der Klägerin der (innere) Wille von J._____, als er die bestrittene Äusserung angeblich getätigt haben soll, nicht darauf gerichtet, mit der Klägerin zu vereinbaren, dass die Kostentragung für die Sanierung der Kabelschutzrohre gestützt auf ein noch einzuholendes Gutachten erfolgen solle bzw. die Klägerin bei einer Entlastung durch das Gutachten von der Beklagten schadlos gehalten werde (vgl. Schwenzer, a.a.O., N 27.01 ff.).

Die Klägerin macht jedoch geltend, sie habe die bestrittene Aussage von J._____ nach Treu und Glauben dahingehend verstanden und verstehen dürfen, dass die Beklagte sie bei einer Entlastung durch das einzuholende Gutachten schadlos halte (act. 1 Rz 18). Doch selbst wenn J._____ die Aussage wie von der Klägerin behauptet getätigt haben sollte, durfte und musste die Klägerin bzw. K._____ die Aussage nicht dahingehend verstehen, dass die Beklagte ihr damit offerierte, sie schadlos zu halten, wenn das einzuholende Gutachten sie entlaste (act. 1 Rz 16 ff.). Eine für die Beklagte verbindliche Offerte für eine Regelung der Kostentragung kann der vage gehaltenen Äusserung nicht entnommen werden. Schon gar nicht lässt sich darin der Inhalt erkennen, dass *die Beklagte* die Klägerin schadlos zu halten habe, wenn diese durch ein noch einzuholendes Gutachten entlastet würde. Die Grundregeln der werkvertraglichen Haftung ändern daran nichts (vgl. act. 1 Rz 18), ebenso wenig wie die Tatsache, dass die Klägerin bzw. K._____ eine andere Reihenfolge der Dinge vorgezogen hätte, nämlich, dass zuerst die Ursache des Wassereintritts ermittelt und danach das weitere Vorgehen festgelegt wird (act. 1 Rz 13). Nicht erstellt ist denn, wie vorangehend dargelegt, dass sich K._____ anlässlich des Telefonats gegenüber J._____ effektiv so geäussert hätte. Auch den von der Klägerin zitierten Auszügen aus den E-Mail vom 8. August 2018, 5. Dezember 2018 und 14. Januar 2019 kann nicht entnommen werden, dass *die Beklagte* die Klägerin schadlos zu halten hätte, wenn sie, die Klägerin, durch das Gutachten entlastet wird (vgl. act. 36 Rz 41). Entsprechend kann aus dem fehlenden Widerspruch bzw. Schweigen der Beklagten auf diese E-Mails nichts abgeleitet werden.

Ein normativer Konsens lässt sich auch nicht aus dem Schweigen der Beklagten auf die E-Mail der H._____ vom 25. April 2019 an die Klägerin herleiten. Die H._____ teilte der Klägerin in dieser E-Mail mit, dass die Rechnungen von der Nebenintervenientin nicht bezahlt würden, da kein Vertragsverhältnis zwischen ihr (der H._____) und der Nebenintervenientin bestehe. Sie, die H._____, habe den Auftrag von der Klägerin erhalten, weshalb sie die Rechnungen auf die Klägerin ausstellen werde. Die Klägerin müsse "den Betrag bei der B._____ AG einfordern" (act. 1 Rz 24; act. 3/8). Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Beklagte, welche von der H._____ in die E-Mail vom 25. April 2019 einkopiert worden sei, diesem Vorgehen nicht widersprochen habe (act. 1 Rz 25). Da die E-Mail von der H._____ verfasst wurde, fehlt es bereits am Austausch von Willenserklärungen zwischen den Parteien. Sodann legt die Klägerin, wie vorangehend angeführt (vgl. E. II.1.3.1), nicht dar, weshalb zwischen den Parteien gestützt auf ein Schweigen ausnahmsweise auf eine Annahme geschlossen werden könnte bzw. müsste.

Die Klägerin behauptet sodann nicht, dass die Beklagte die Übernahme bzw. die Pflicht zur Bezahlung der anfallenden Kosten mit der von ihr am 24. Mai 2019 an die Klägerin gesandten E-Mail *vorbehaltlos* anerkannt hätte (vgl. act. 1 Rz 28 ff. und act. 36 Rz 65). J._____ schrieb darin u.a., dass sie, die Vertreter der Beklagten, am Vortrag ein Gespräch mit der Nebenintervenientin gehabt hätten, wobei man noch nicht zu einer definitiven Einigung gekommen sei; das Wichtigste sei, dass die H._____ die Sanierung endlich abschliesse, und er, J._____, bitte daher nochmals darum, der H._____ mitzuteilen, dass die Sanierung nicht abgeschlossen sei und die Rechnungen somit auch nicht bezahlt werden könnten, auch sie, die Beklagte, könne "Ihre Rechnungen" (wobei die Klägerin nicht näher darlegt, um welche Rechnungen es sich dabei handelte; act. 1 Rz 28 und act. 36 Rz 65) nicht bezahlen, solange die Sanierung nicht abgeschlossen sei. Ein selbständiges Zahlungsverprechen im Sinne eines Schuldbekenntnisses nach Art. 17 OR lässt sich der E-Mail daher nicht entnehmen (vgl. BK OR-Müller, Art. 17 N 15). Für die Feststellung eines normativen Konsens kann die E-Mail nicht herangezogen werden, da es sich um ein Verhalten der Beklagten nach Abschluss der behaupteten Vereinbarung handelt.

1.4. Fazit

Es ist nicht erstellt, dass die Beklagte der Klägerin den Auftrag erteilte, sie solle für sie die Sanierung der Kabelschutzrohre durch die H._____ organisieren. Entsprechend hat die Beklagte der Klägerin auch keine Auslagen im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR zu ersetzen. Sodann kann nicht erstellt werden, dass die Parteien vereinbart hätten, die Beklagte halte die Klägerin schadlos, wenn ein noch einzuholendes Gutachten die Klägerin entlaste. Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten ergibt sich somit auch nicht aus einer zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung betreffend die Kostentragung.

2. _____ Anspruch aus Treuepflicht

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss der Beklagten war, was unbestritten blieb (act. 36 Rz 70), Inhalt des zwischen den Parteien anerkanntermassen geschlossenen Vertrages das Liefern und Verlegen von Polyethylenrohren PE-R, von Formstücken aus PE, von Abzweigungen, von Rohranschlüssen, das Verschweissen dieser Kabelschutzrohre und das elastische Dichten (act. 14 Rz 17). Damit haben die Parteien einen Werklieferungsvertrag nach Art. 363 OR geschlossen.

2.2. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, nach den Feststellungen im Gutachten von Dr. I._____, dipl. Ingenieur ETH, U._____ GmbH, gehe der Wassereintritt in den Rohren auf einen Fehler der Bauleitung zurück. Diese habe durch einen Bauunternehmer ein Bett aus Magerbeton gelegt. Sie, die Klägerin, habe die Rohre in dieses Bett zu legen gehabt. Der Magerbeton habe dem druckhaften Baugrund nicht Stand gehalten, so dass sich die Rohre verformt hätten und die Schweissmuffen - die "Schweissnähte" zwischen den einzelnen Rohren - gerissen seien. So habe Wasser in die Rohre eindringen müssen. Mithin habe sie den Werkvertrag nicht schlecht erfüllt. Sie habe mängelfreie Rohre geliefert und verlegt. Die Rohre seien nachträglich durch die fehlende Widerstandsfähigkeit des Magerbeton-Bettes verformt worden. Für eine nachträgliche Verschlechterung des Werks hafte sie nicht (act. 1

Rz 8; act. 36 Rz 5 ff.). Gerade im Bauwerkvertrag komme es regelmässig vor, dass der Besteller einen Mangel rüge, obschon nicht mehr als ein Verdacht bestehe und der Besteller dem Verdacht auf den Grund zu gehen hätte. Auch wenn der Besteller solche Abklärungen unterlasse, sei der angebliche Mangel rechtzeitig gerügt. Werde aber der Unternehmer aufgrund dieser Rüge in treuwidriger Weise veranlasst, die Kosten zur Abklärung oder Behebung des Schadens vorerst zu übernehmen, habe der zu Unrecht rügende Besteller dem Unternehmer die Kosten zu ersetzen, wenn sich die Mängelrüge im Nachhinein als ungerechtfertigt erweise. Dem Werkvertrag sei die Nebenpflicht eigen, nach Treu und Glauben zu handeln (act. 36 Rz 45 mit Verweis auf Art. 2 ZGB; Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, Rz 598; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N 2147a; BGer 4A_293/2017 vom 13.02.2018 E. 2.2.3). Die Beklagte und die Nebenintervenientin - so die Klägerin weiter - hätten es in der Hand gehabt, den Schaden zu vermeiden. Die Nebenintervenientin habe alles erforderliche Fachwissen bei sich konzentriert gehabt und hätte die fehlende Eignung von Magerbeton ebenso gut wie der Experte Dr. I. _____ feststellen können, und zwar vor Baubeginn. Die Beklagte hätte als Unternehmerin, welche sich zur Erstellung des Betts aus Magerbeton verpflichtet gehabt habe, die Wahl des Materials hinterfragen müssen. Die Beklagte schliesse selbst aus, dass sie von dieser Pflicht befreit worden sei. Die Beklagte habe, um die Wahl des Materials zu hinterfragen, nicht mehr als elementare Sorgfalt aufwenden müssen. Die Wahl des richtigen Betons gehöre für einen Bauunternehmer zu einer alltäglichen Aufgabe. Es verstosse daher gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte diese Sorgfaltspflicht (i) vor Beginn der Bauarbeiten verletze, darüber hinaus (ii) auch noch nach Auftreten des Schadens die Abklärung unterlasse, und (iii) sie, die Klägerin, stattdessen unter Druck in die Schadensbehebung hineinmanövriere. Erst recht verstosse es gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte ihre Erklärung, die Kostenverlegung müsse sich nach der Schadensursache richten, nicht umgehend korrigiere (act. 36 Rz 48 ff.).

Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin zu den Feststellungen im Gutachten Dr. I. _____ betreffend die Ursache des Wassereintritts. Beim Gutachten handle es sich um ein Privatgutachten der Klägerin und um ein Gefälligkeitsgutachten des Experten für die Klägerin. Sie bestreitet den Inhalt, die gezogenen Schlüsse

sowie die Richtigkeit des Gutachtens (vgl. act. 14 Rz 19 und act. 43 Rz 12 ff.). Insbesondere bestreitet die Beklagte mehrfach, dass die Ursache der Mängel im falsch gewählten Beton liege (vgl. u.a. act. 43 Rz 33, 38, 39, 41 und 42). Sie bestreitet, dass sich Magerbeton in druckhaftem Baugrund nicht für eine solche Rohrumhüllung eignen würde (act. 14 Rz 23). Grund für den Wassereintritt sind gemäss der Beklagten defekte (undichte) Rohre gewesen (vgl. act. 14 Rz 29 und 35). Hätte die Klägerin das Werk fehlerfrei erstellt, so die Beklagte, wäre kein Wasser in die Rohre eingetreten. Die Klägerin selber habe als Voraussetzung in ihren Verkaufs- und Lieferbedingungen als Bestandteil der Offerte vom 8. Juni 2017 die Verlegung der Rohrleitung auf bauseitig anzubringendem Magerbeton gefordert. Damit wäre, selbst wenn das Werk von der Klägerin fehlerfrei erstellt worden wäre und die Ausführungen des Gutachters Dr. I. _____ korrekt wären, das Werk in der vorliegenden Situation untauglich gewesen und hätte die Klägerin nicht noch selbst die Verlegung auf Magerbeton fordern dürfen (act. 14 Rz 39). Die Beklagte betont, dass sie keine Nachforschungspflicht bezüglich der Ursache der Mängel treffe. Die Klägerin schulde aus dem Werkvertrag dichte Rohre und damit ein taugliches Werk, was bei Wassereintritt in die Rohre nicht der Fall gewesen sei (vgl. act. 14 Rz 35, 65 und 69). Selbst wenn die rechtlichen Ausführungen der Klägerin zur Treuepflicht richtig wären, so die Beklagte, setze eine Haftung ihrerseits ein treuwidriges Verhalten von ihr voraus sowie, dass sich die Mängelrüge im Nachhinein als un gerechtfertigt erweise. Als Basis zum Beweis eines solch treuwidrigen Verhaltens gehe die Klägerin gestützt auf das Gutachten Dr. I. _____ davon aus, dass fälschlich Magerbeton als Untergrund für die Rohre verwendet worden sei. Doch diese Behauptung sei unbewiesen geblieben und das Parteigutachten Dr. I. _____ genüge nicht zum Beweis. Es fehle somit schon an der Basis, um die rechtlichen Ausführungen der Klägerin überhaupt anzuwenden. Es sei auch nicht ersichtlich, worin denn ihr treuwidriges Verhalten liegen solle (vgl. act. 43 Rz 59 und Rz 64 f.).

Die Nebenintervenientin macht geltend, beim von der Klägerin angerufenen Bericht der U. _____ GmbH handle es sich um ein einfaches Parteigutachten, dessen Ausführungen ausdrücklich bestritten würden. Im (bloss zweiseitigen) Bericht seien die möglichen Ursachen für den Wassereintritt in die Kabelzugschächte in keiner Weise untersucht und differenziert worden. Dies ergebe sich bereits aus dem Titel

des Berichts, welcher die angebliche Ursache - "Schäden infolge ungenügender Umhüllung" - vorwegnehme (act. 17 Rz 25). Im Zusammenhang mit der Verlegung der Elektrorohre komme hinzu, dass die durch die Klägerin bzw. die Beklagte vorgenommene Entwässerung im Sohlbereich ungenügend gewesen sei. Dies habe dazu geführt, dass die Sohle zum Teil aufgeweicht und aufgelockert worden sei. Ebenso sei der eingesetzte Kalkschotter zu wackelig gewesen. Diese von der Klägerin bzw. der Beklagten bzw. deren Subunternehmer mangelhaft durchgeführte Entwässerung habe zu einer wesentlichen Verschlechterung des Baugrundes geführt und zur beschriebenen Undichte der Kabelschutzrohre beigetragen (act. 17 Rz 27). Gemäss der Nebenintervenientin ist die Mängelrüge der Beklagten - auch im Nachhinein - keinesfalls ungerechtfertigt gewesen. Da die Kabelschutzrohre im Bereich der Schweissnähte gerissen seien, seien die Rohre jedenfalls nicht mit der vertraglich geschuldeten Gebrauchstauglichkeit verbaut worden und somit nicht mängelfrei gewesen. Zur mängelfreien Erstellung sei die Klägerin der Beklagten gegenüber und Letztere ihr gegenüber jedoch verpflichtet gewesen. Gestützt auf Art. 368 OR sei die Klägerin verpflichtet, das von ihr erstellte Werk unentgeltlich nachzubessern. Ein treuwidriges Verhalten sei nicht erkennbar (act. 45 Rz 50). Die Klägerin hätte denn gestützt auf ihr Fachwissen auch die Pflicht gehabt, so die Nebenintervenientin weiter, die fehlende Eignung des Betts aus Magerbeton für die von ihr verlegten Kabelschutzrohre abzumahnern, sofern dies tatsächlich ursächlich für den Mangel gewesen sei. Soweit die Klägerin zu behaupten versuche, die Nebenintervenientin habe aufgrund ihres Projektierungsteams die fehlende Eignung dieser Ausführung erkennen müssen, werde dies bestritten. Sollte die fehlende Eignung derart offensichtlich gewesen sein, wie es die Klägerin darzustellen versuche, so hätten dies aufgrund ihres Fachwissens vor allem die Klägerin und wohl auch die Beklagte erkennen müssen. Von einer Abmahnungspflicht gegenüber ihren jeweiligen Vertragspartnern sei weder die Klägerin noch die Beklagte befreit gewesen (act. 45 Rz 53).

2.2. Rechtliches

Zu den gesetzlich geregelten Hauptpflichten eines bestimmten Vertragstypus treten häufig positivrechtlich normierte oder vertraglich vereinbarte Nebenpflichten hinzu.

Sodann können sich aus der Generalklausel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ungeschriebene Nebenpflichten ergeben. So wird auch beim Werkvertrag die einzige im Gesetz ausdrücklich erwähnte Pflicht des Bestellers, nämlich die Leistung einer Vergütung, durch Nebenpflichten, die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fliessen, ergänzt. In der Lehre postuliert wird namentlich, dass der Besteller im Rahmen des Zumutbaren alles Mögliche zu tun habe, um den Unternehmer, soweit es in seiner Hand liege, bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen zu bewahren (BGer 4A_494/2010 vom 07.12.2010 E. 4.1), sowie, dass es dem Besteller verboten sei, ohne Rücksicht auf die Interessen des Unternehmers ungerechtfertigte Mängelrügen zu erheben (vgl. Gauch, a.a.O., N 2147a). Bei einer Verletzung der vertraglichen Treupflicht als Verletzung einer Nebenpflicht im engeren Sinne (besser Verhaltenspflicht genannt), deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann, steht dem Betroffenen regelmässig ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR zu (vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 32; Schwenger, a.a.O., N 4.24 und N 68.05; Gauch, a.a.O., N 2147a).

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist eine Vertragsverletzung. Sie umfasst die Nichterfüllung einer Pflicht, aber auch die positive Vertragsverletzung. Die positive Vertragsverletzung kann auch die Verletzung einer Nebenpflicht sein (vgl. BGer 4A_610/2017 vom 29.05.2018 E. 5.2.1 m.Hinw. auf die Literatur). Weitere Voraussetzung ist ein Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde (vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 38 m.Hinw. auf die einschlägige Rechtsprechung und Literatur). Sodann muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden bestehen. Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine qua non* für den Eintritt eines Schadens ist (BGE 132 III 715 E. 2.2). Eine natürlich kausale Handlung ist rechtlich aber nur dann relevant, wenn sie zusätzlich auch die Kriterien der adäquaten Kausalität erfüllt. Die schädigende Handlung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen (BGE 142 III 433 E. 4.5; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 41). Weitere Voraussetzung der vertraglichen Haftung ist ein Verschulden, welches vermutet wird.

Vorliegend hat nach Art. 8 ZGB die Klägerin die Vertragsverletzung, den eingetretenen Schaden sowie den (natürlichen und adäquaten) Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden zu behaupten und entsprechend zu beweisen. Der Beklagten steht der Beweis offen, dass sie kein Verschulden trifft (vgl. BGer 4A_610/2017 vom 29.05.2018 E. 5.1).

2.3. Würdigung

2.3.1. Die Klägerin legt zwar einen angeblichen Verstoss der Beklagten gegen Treu und Glauben dar (vgl. act. 36 Rz 48 ff. m.Hinw. auf Rz 24, 27-30, 31-33, 41, 61 und 74) und beruft sich darauf, "aus Treuepflicht einen Anspruch auf Erstattung der Kosten" zu haben (act. 36 Rz 35), doch fehlen Ausführungen der Klägerin zum natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang gänzlich. Damit ist die Klägerin ihrer Behauptungslast nicht genügend nachgekommen, weshalb ein Anspruch aus der angeblichen Verletzung einer vertraglichen Treuepflicht schon mangels rechtsgenügender Behauptungen abzuweisen ist.

2.3.2. Kommt hinzu, dass die Beklagte korrekterweise geltend macht, die von der Klägerin behauptete Verletzung der Treuepflicht könne nur dann Bestand haben, wenn der verwendete Magerbeton tatsächlich "das falsche Untergrundmaterial zur Verlegung der Rohre" (vgl. act. 43 Rz 65) und damit ursächlich für die Risse in den Kabelschutzrohren gewesen sei. Denn die Klägerin beruft sich bezüglich der angeblichen Verletzung einer Treuepflicht darauf, dass aufgrund des vorhandenen Fachwissens für das Projektierungsteam der Nebenintervenientin die fehlende Eignung von Magerbeton bereits in der Projektierungsphase, d.h. vor Beginn der Bauarbeiten, erkennbar gewesen sei (vgl. act. 36 Rz 48 f. mit Verweis auf Rz 24). Die Beklagte habe als Unternehmerin, welche sich zur Erstellung des Betts aus Magerbeton verpflichtet gehabt habe, die Wahl des Materials hinterfragen müssen. Hierfür habe sie nicht mehr als elementare Sorgfalt aufwenden müssen. Es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte, diese Sorgfaltspflicht vor Beginn der Bauarbeiten verletze, nach dem Auftreten des Schadens die Abklärung unterlasse, stattdessen sie, die Klägerin, mit Druck in die Schadensbehebung hineinmanövriere und ihre Erklärung, die Kostenverlegung müsse sich nach der Schadensursache richten, nicht umgehend korrigiere (act. 36 Rz 50 ff.). Die behauptete Treu-

pflichtverletzung basiert somit auf der - nach der Klägerin - feststehenden Tatsache, dass die Ursache für die Risse in den Rohren im verwendeten Magerbeton-Bett liegt. Wie vorangehend dargelegt, bestreiten die Beklagte sowie die Nebenintervenientin dies (vgl. vorne E. II.2.2.).

Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf die "Beurteilung" "Schäden infolge ungenügender Umhüllung" von der U._____ GmbH, Dr. I._____, vom 28. November 2018 (act. 1 Rz 8; act. 36 Rz 10 ff.; act. 3/2). Dabei handelt es sich um ein Privatgutachten. Privatgutachten stellen im Zivilprozess keine Beweismittel dar. Ihnen kommt die Qualität von blossen Parteibehauptungen zu. Werden die Gutachten von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen sie als reine Parteibehauptung diese allein nicht zu beweisen. Immerhin vermögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen (BGer 4A_86/2022 vom 08.04.2022 E. 3.2, bestätigt in BGer 4A_200/2022 vom 09.06.2022 E. 3.2, je m.Hinw.). Die Beklagte und die Nebenintervenientin haben die Behauptung, dass die Ursache der Risse in den Rohren im verwendeten Magerbeton liege, substantiiert bestritten. Sie haben sich klar dahingehend geäußert, dass sie den Wahrheitsgehalt dieser Behauptung in Frage stellen (BK ZGB-Walter, Art. 8 N 191; vgl. act. 14 Rz 23, 29 und 35; act. 17 Rz 25 und 27; act. 43 Rz 33, 38, 39, 41 und 42). Damit hätte die Klägerin den Beweis zu erbringen, dass die Risse in den Rohren durch das Magerbeton-Bett entstanden sind. Nur so hätte sie allenfalls einen Anspruch aus der Verletzung einer Treuepflicht. Die Klägerin offeriert diesbezüglich jedoch, abgesehen von der erwähnten Beurteilung (act. 3/2), keine Beweismittel (vgl. act. 1 Rz 8; act. 36 Rz 5 ff. und Rz 10 ff.), insbesondere kein gerichtliches Gutachten. Auch Indizien, aus welchen sich zusammen mit der Beurteilung erstellen liesse, dass das Bett aus Magerbeton ursächlich für die Risse war, behauptet die Klägerin nicht. Damit kann diese Tatsache nicht erstellt werden.

Die Klägerin beruft sich nun aber darauf, die Beklagte habe sich in der vorprozessualen Korrespondenz dem "Gutachten Dr. I._____" angeschlossen bzw. sich die im Gutachten bzw. der Beurteilung ausgesprochene Entlastung der Klägerin zu eigen gemacht (act. 1 Rz 23 und 29; act. 36 Rz 11). Diese Anerkennung müsse die

Beklagte gegen sich gelten lassen (act. 36 Rz 12). Die Beklagte bestreitet dies (act. 14 Rz 49 und 60; act. 43 Rz 17 ff.).

Unbestrittenermassen hielt die Beklagte gegenüber der Klägerin in zwei E-Mails was folgt fest (act. 36 Rz 11 und act. 43 Rz 17 ff.):

"C. _____ behauptet, die Sanierungsarbeiten seien keine Sanierungsarbeiten, sondern lediglich Mängelbehebungen. Dies obwohl das Gutachten von Dr. I. _____ (U. _____ GmbH) das genaue Gegenteil aussagt...."

"die Herren von C. _____ werden wahrscheinlich sowieso alles abstreiten, auch wenn eine technische Erklärung vorliegt".

Gestützt auf die beiden E-Mail kann nicht in Abrede gestellt werden, dass sich die Beklagte in den Verhandlungen, welche sie mit der Nebenintervenientin darüber führte, ob diese für die Kosten der H. _____ aufzukommen habe, auf die Beurteilung von Dr. I. _____ berief und dies der Klägerin gegenüber auch kundtat. Hingegen ginge es zu weit, hieraus ableiten zu wollen, dass die Beklagte damit auch für einen zwischen den Parteien entstehenden Streit betreffend die Übernahme der Kosten der H. _____ die Feststellungen von Dr. I. _____ in seiner Beurteilung als richtig anerkannt hätte. Ebenso wenig ist der Klägerin darin zu folgen, dass der Vorwurf der Beklagten, sie habe mangelhaft gearbeitet, unbeachtlich sei, weil die Beklagte nicht widerspruchsfrei behaupten könne, sie schulde ihr, der Klägerin, als Subunternehmerin nichts, weil ihr Werk mangelhaft gewesen sei, und gleichzeitig an ihrer quasi sistierten Forderung gegen die Nebenintervenientin mit dem Argument festhalte, ihr Werk (das Werk der Klägerin) sei mängelfrei gewesen (act. 36 Rz 4). Nur weil eine Partei in verschiedenen Verfahren sich widersprechende Standpunkte vertritt, sind diese in den einzelnen Prozessen nicht unbeachtlich. Entsprechend muss auch nichts ediert werden (vgl. act. 36 Rz 3 und 88).

2.4. Fazit

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Erstattung der an die H. _____ bezahlten CHF 98'302.40 gestützt auf Art. 97 OR bzw. zufolge Verlet-

zung einer Treuepflicht. Die weiteren Voraussetzungen von Art. 97 OR (Schaden und Verschulden) müssen nicht mehr geprüft werden.

3. Anspruch aus Werkvertrag

3.1. Die Beklagte und die Nebenintervenientin berufen sich darauf, dass die Klägerin die Kabelschutzrohre im Rahmen ihrer Mängelbehebungspflichten aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag saniert habe (act. 14 Rz 25, 82 und 88; act. 17 Rz 38 und Rz 21), mithin ein Mangel im Sinne von Art. 367 f. OR vorgelegen und die Klägerin die Kosten für die Sanierung selbst zu tragen habe. Die Klägerin macht hingegen, wie bereits dargelegt, geltend, sie habe die Rohre mängelfrei geliefert und verlegt. Die Rohre seien nachträglich durch die fehlende Widerstandsfähigkeit des Magerbeton-Bettes verformt worden. Für eine nachträgliche Verschlechterung des Werks hafte sie nicht (act. 36 Rz 5 ff.). Da sie keine Mängelbehebungspflicht getroffen habe, habe ihr die Beklagte die an die H. _____ geleisteten Zahlungen zu erstatten (act. 1 und act. 36; passim).

3.2. Führt der Unternehmer die Mängelbeseitigung zunächst auf eigene Kosten durch, erwirbt er gegen den Besteller einen Regressanspruch. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine zusätzliche Vergütung, mithin um einen vertraglichen Anspruch (vgl. Alfred Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., 1995, Rz 370 m.Hinw., und Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, Rz 511 und 530). Ist ein Anspruch auf Mehrvergütung strittig, liegt die Beweislast für die Anspruchsgrundlage beim Unternehmer, der die Forderung geltend macht (Art. 8 ZGB; Gauch, a.a.O., N 786). Entsprechend hat die Klägerin mit Bezug auf den geltend gemachten Regressanspruch insbesondere rechtsgenügend zu behaupten und - falls bestritten - zu beweisen, dass sie das Werk mängelfrei abgeliefert hat bzw. ein nachgewiesener Mangel nicht durch sie verursacht wurde. Wie vorangehend dargelegt, gelingt der Klägerin dieser Beweis nicht (vgl. E. II.2.3.2.), weshalb ein Regressanspruch bzw. ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung ohne Weiterungen zu verneinen ist.

4. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

4.1. Weiter beruft sich die Klägerin, was von der Beklagten (act. 43 Rz 60 ff.) und der Nebenintervenientin (act. 45 Rz 51 und 54) bestritten wird, auf einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Beklagte sei als Konsequenz ihrer eigenen Sachdarstellung verpflichtet gewesen, die Wahl von Magerbeton zu hinterfragen. Die Beklagte habe der Nebenintervenientin den Schaden aus der Verletzung dieser Pflicht zu ersetzen. Wer noch in Unkenntnis der Schadensursache einen Schaden behebe, für den sein Vertragspartner einzustehen habe, leiste aus einem Grund, der nachträglich wegfalle, und habe seinem Kontrahenten gegenüber eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 Abs. 1 OR; act. 36 Rz 46 und 54 f.).

4.2. Rechtliches

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 1 und 2 OR). Ein Bereicherungsanspruch nach Art. 62 Abs. 1 OR setzt dreierlei voraus: Die Bereicherung der Bereicherungsschuldnerin, die aus dem Vermögen des Bereicherungsgläubigers stammen und in ungerechtfertigter Weise erfolgt sein muss (Schwenzer, a.a.O., N 55.06). Die Beweislast obliegt der Bereicherungsgläubigerin (Art. 8 ZGB), damit vorliegend der Klägerin. Sie hat insbesondere für den Nachweis der mangelnden Rechtfertigung einen negativen Beweis, nämlich das Fehlen des Rechtsgrundes zu erbringen (BGE 106 II 29 E. 2 = Pra 1980 S. 489; BSK OR I- Schulin/Vogt, Art. 62 N 39).

4.3. Würdigung

Die Klägerin sieht die mangelnde Rechtfertigung für die angebliche Bereicherung der Beklagten darin, dass die Beklagte die Nebenintervenientin trotz Aufklärungspflicht nicht über den nicht geeigneten Magerbeton aufgeklärt habe. Wie bereits dargelegt, gelingt der Klägerin der Beweis nicht, dass der Magerbeton ursächlich für die beschädigten Rohre war (vgl. vorne E. II.2.3.2.). Damit ist auch der Nachweis

der mangelnden Rechtfertigung nicht erbracht und ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung von vornherein zu verneinen. Offen bleiben kann daher die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Sodann muss nicht weiter darauf eingegangen werden, ob die Behauptungen der Klägerin überhaupt rechtsgenügend substantiiert sind, sich der vermeintliche Anspruch der Klägerin aus Vertrag (vgl. vorne E. II.3.) und der von ihr geltend gemachte Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht schon begrifflich ausschliessen oder der Anspruch bereits verjährt wäre (vgl. act. 43 Rz 51 und 60 ff.).

5. Schlussfazit

Die Klage ist abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin vollumfänglich kostenpflichtig und hat die Beklagte zu entschädigen (Art. 106 ZPO; Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 98'302.40.

6.2. Gerichtskosten

In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 9'000.– festzusetzen. Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.

6.3. Parteientschädigung Beklagte

Die volle Parteientschädigung beträgt in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV (gerundet) CHF 10'800.–. Für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung sowie die Duplik ist ein Zuschlag von total 50 % geschuldet (§ 11 Abs. 1 bis 3 AnwGebV), womit eine angemessene Entschädigung von CHF 16'200.– resultiert. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. act. 14 S. 2; BGer 4A_552/2015 vom 25.05.2016 E. 4.5).

6.4. Parteientschädigung Nebenintervenientin

Die Nebenintervenientin, die ebenfalls die Abweisung der Klage beantragt hat (act. 17 S. 2), obsiegt mit der Beklagten. Sie verlangt die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung (act. 17 Rz 54).

Nebenintervenienten wird in der Regel keine Parteientschädigung zugestanden, weil sie eigene Interessen wahrnehmen, die nicht im Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der Gegenpartei begründet sind. Eine Ausnahme wird beim Vorliegen von Gründen der Billigkeit gemacht (vgl. BGE 130 III 571 E. 6; BGer 9C_37/2019 vom 01.07.2019 E. 8; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 10; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 106 N 19; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 9; KUKO ZPO-Schmid, Art. 106 N 10; a.M. BK ZPO-Sterchi, Art. 106 N 13). Solche Gründe sind weder ersichtlich noch werden sie von der Nebenintervenientin geltend gemacht, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 16'200.– zu bezahlen.
5. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie die Nebenintervenientin.
7. 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. (sub-

sidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 98'302.40.

Zürich, 30. Mai 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Regula Blesi Keller