



Fall-Nr.:	HG.2005.105
Stelle:	Handelsgericht
Rubrik:	Handelsgericht
Publikationsdatum:	26.06.2006
Entscheiddatum:	26.06.2006

Entscheid Handelsgericht, 26.06.2006

Art. 50 Abs. 2, Art. 51 Abs. 1 OR (SR 220); Art. 72 VVG (SR 221.229.1); Art. 398 Abs. 2 OR. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist nur dann zu bejahen, wenn der Beklagten ein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann. Bei dem zwischen dem Baukonsortium und der Beklagten (Ingenieurunternehmen) abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Auftrag. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Abklärung und dem eingetretenen Schaden ist insbesondere deshalb zu verneinen, weil eine Unternehmervariante ausgeführt worden war, wobei das Projekt der Beklagten nicht als Grundlage für die Unternehmervariante gedient hatte (Handelsgericht, 26. Juni 2006, HG.2005.105).

Erwägungen

I.

1. Die Eheleute B., S. und H. erwarben vom Verein P. das Grundstück Nr. ... (Grundbuch X.) an der Y.-strasse in X. Diese drei Ehepaare, welche auf dem Grundstück ein Dreifamilienhaus zu bauen beabsichtigten, schlossen sich zu einem Baukonsortium zusammen (vgl. kläg. act. 2).

Mit der Planung und Realisierung des Bauvorhabens wurden die N. AG, in X., beauftragt (vgl. kläg. act. 5, 6, 7). Mit der Beklagten schloss das Baukonsortium einen Vertrag für Bauingenieurleistungen. Gegenstand dieses Ingenieurvertrages war die Projektierung der Baugrube, der Baugrubensicherung sowie der Tragkonstruktion, die



Baukontrolle betreffend Tragkonstruktion sowie die Bauleitung in Bezug auf die Baugrube und deren Sicherung (kläg. act. 2).

2. Im Spätsommer 1996 erstellte die Beklagte die Ausschreibungsunterlagen u.a. für die Baugrubensicherung, wobei sie die Errichtung einer Nagelwand beabsichtigte (kläg. act. 8, 9). Die K. AG offerierte alle beschriebenen Leistungen im Zusammenhang mit der Baugrube und deren Sicherung (kläg. act. 11).

3. In der Folge unterbreitete die K. AG betreffend Baugrubensicherung eine kostengünstigere Variante, indem anstatt der von der Beklagten ausgeschriebenen Nagelwand vertikale Betonriegel und eine flacher ausgestaltete Böschung ausgeführt werden sollten. Das hierfür von der K. AG am 29. Oktober 1996 unterbreitete Angebot wurde von der N. AG am 31. Oktober 1996 für die Bauherrschaft angenommen, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die Unternehmervariante der Baugrubensicherung "in vorheriger Absprache mit dem Bauingenieur resp. Bauleitung" zu erfolgen habe (vgl. kläg. act. 12, 13).

4. Nachdem das bestehende Gebäude Ende 1996 abgebrochen wurde, begann die K. AG am 14. Januar 1997 mit dem Aushub (kläg. act. 15, 16). Am 23. Januar 1997 stürzte die Baugrube teilweise ein. Als Ursache wurde zunächst ein Wasserrohrbruch in der Nachbarschaft vermutet. Tags darauf fand eine Besprechung auf der Baustelle statt, allerdings ohne Vertreter der Beklagten (vgl. Klageschrift, Rz. 27, S. 7).

5. Am 27. Januar 1997 sollte die Beklagte den Baugrund für die Bodenplatte an Ort und Stelle beurteilen. Der Ingenieur der Beklagten stellte dabei fest, dass die im Aushubplan vorgesehene Bodenvernagelung völlig fehlte und eine seiner Ansicht nach völlig ungenügende Baugrubensicherung ausgeführt wurde, weshalb am folgenden Tag eine Besprechung vor Ort unter Beizug aller Beteiligten, darunter auch der Beklagten, und eines Geologen stattfand (kläg. act. 20).

6. Trotz eingeleiteter Sofortmassnahmen kam es ab 29. Januar 1997 zu weiteren Hangrutschungen, welche erst am 23. Februar 1997 gestoppt werden konnten. Durch diese Hangrutschungen entstanden an verschiedenen Häusern sowie an der Z.-strasse



und den darin enthaltenen Werkleitungen erhebliche Schäden. Ein Haus musste gar abgebrochen werden (vgl. Klageschrift, Rz. 6, S. 2).

7. In der Folge fanden verschiedene Sitzungen der am Bau beteiligten Personen statt, zu denen auch Vertreter der jeweiligen Haftpflichtversicherungen beigezogen wurden. Die Klägerin als Haftpflichtversicherung der Bauherrschaft übernahm als federführende Versicherungsgesellschaft einstweilen die Schadensregulierung (vgl. kläg. act. 30, Ziff. 8, S. 3). In der Folge konnten sich die Parteien trotz Vorliegen eines Parteigutachtens (vgl. kläg. act. 31) nicht über die interne Aufteilung der Schadenstragung einigen.

Mit Datum vom 27. Juni 2003 reichte die Klägerin beim Handelsgericht St. Gallen die Klage ein. Dabei macht sie einen Teil des von ihr bezahlten Betrages, den sie als Gesamtschaden bezeichnet, gegenüber der Beklagten geltend. Die Klageantwort erfolgte mit Eingabe vom 21. August 2003. Die Beklagte schliesst auf vollständige Abweisung der Klage. Die Replik erfolgte am 21. November 2003, die Duplik am 11. Februar 2004, wobei die Parteien an ihren eingangs wiedergegebenen Anträgen festhielten. Mit Datum vom 23. Februar 2004 reichte die Klägerin eine nachträgliche Eingabe ein, am 2. März 2004 nahm die Beklagte hierzu Stellung.

8. Am 8. Juli 2004 fand die Vorbereitungs- und Vergleichsverhandlung statt. Diese endete ergebnislos, weshalb auf den 23. November 2004 zur Hauptverhandlung zitiert wurde. Das Handelsgericht fasste den Beschluss, zu den in den Rechtsschriften genannten Behauptungen die von den Parteien angerufenen Zeugen J. S., der damals Bauingenieur bei der Beklagten war, und M. S., der damals als Architekt der N. AG das Projekt an der Y.-strasse entwarf, einzuvernehmen. Die Zeugeneinvernahme mitsamt Schlussverhandlung fand am 17. Januar 2005 statt. Das Handelsgericht traf sich am 4. Mai 2005 zur abschliessenden Urteilsberatung.

9. Gegen diesen, den Parteien am 19. Mai 2005 eröffneten Entscheid, erhob die Klägerin am 20. Juni 2005 Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons St.Gallen. Mit Urteil vom 26. Oktober 2005 hiess das Kassationsgericht die Beschwerde in zwei Punkten gut und wies die Sache zur Begründung in diesen beiden Punkten an das Handelsgericht zurück. Im übrigen wurde jedoch die Beschwerde der Klägerin abgewiesen. Das Handelsgericht traf sich am 26. Juni 2006 zur erneuten



Urteilsberatung, um in der Sache im Sinne der Erwägungen des kassationsgerichtlichen Entscheides zu befinden.

10. Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, nachstehend eingegangen.

II.

1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen ist gemäss Art. 14 ZPO gegeben, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind und der Streitwert über Fr. 30'000.-- liegt. Auch die gegenseitige geschäftliche Tätigkeit ist vorliegend gegeben, da die Klägerin vertragliche Schadenersatzansprüche ihrer Rechtsvorgänger gegenüber der Beklagten geltend macht (GVP 2002 Nr. 79). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG, da die Beklagte ihr Domizil in St. Gallen hat.

2. Nachträgliche Eingabe der Klägerin

Mit Datum vom 23. Februar 2004 hat sich die Klägerin innert der gesetzlichen Frist von Art. 164 Abs. 2 ZPO unter Hinweis auf das rechtliche Gehör zur Duplik der Beklagten in einer nachträglichen Eingabe geäußert. In ihrer Stellungnahme vom 2. März 2004 bestreitet die Beklagte die Zulässigkeit dieser nachträglichen Eingabe, weshalb hierüber zu befinden ist.

2.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte mache erstmals mit der Duplik einen Teilrücktritt vom bestehenden Ingenieurvertrag geltend, währendem sie in der Klageantwort noch behauptet habe, der Ingenieurvertrag sei aufgelöst, und der Vertreter der Klägerin habe dies mit Schreiben vom 22. April 2002 an die G. Versicherung bestätigt. Neu sei auch die Behauptung der Beklagten, dass dieser Teilrücktritt "seitens der Bauherrschaft" akzeptiert worden sei. Die Klägerin bestreitet beide neuen Behauptungen, nämlich Teilrücktritt und Akzept derselben, und offeriert hierfür M. S. als Zeugen zum allfälligen Gegenbeweis.



2.2. In der Klageantwort bleibt die Beklagte betreffend Rücktritt respektive Teilrücktritt vom abgeschlossenen Vertrag unpräzise. In ihren Ausführungen zu Ziff. 5 lit. b (Klageantwort, S. 3) behauptet sie, dass der Ingenieurvertrag aufgelöst worden sei. Dasselbe wiederholt sie in ihren Ausführungen zu Ziff. 8 lit. e (Klageantwort, S. 4), zu Ziff. 12 lit. b (Klageantwort, S. 5), zu Ziff. 20 lit. c (Klageantwort, S. 8), zu Ziff. 24 lit. d (Klageantwort, S. 9). Diese Aufzählung liesse sich fortführen. In der Duplik präzisiert die Beklagte ihre Ausführungen dahingehend, dass sie nunmehr tatsächlich neu von einem "Teilrücktritt" vom bestehenden Ingenieurvertrag spricht. Ebenfalls neu bringt sie vor, dass dieser Teilrücktritt bereits von der Bauherrschaft akzeptiert worden sei, nachdem sie in der Klageantwort das Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters an die Gerling Versicherung" vom 22. April 2002 (bekl. act. 2) noch als Akzept für den Rücktritt verstanden haben wollte. Damit erweisen sich die beklagtischen Behauptungen in der Duplik betreffend Teilrücktritt und Akzept derselben als neu, weshalb die Klägerin berechtigt war, unter Hinweis auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. b ZPO hierzu in der nachträglichen Eingabe Stellung zu nehmen. Dementsprechend ist die nachträgliche Eingabe zuzulassen.

3. Aktivlegitimation

Es steht fest, dass die Beklagte mit dem „Baukonsortium Y.-strasse" einen Vertrag für Bauingenieurleistungen geschlossen hat (vgl. kläg. act. 2). Der Vertragsabschluss wird ausdrücklich auch von der Beklagten nicht bestritten (vgl. Klageantwort, zu Ziff. 20 lit. a, S. 7). Die Klägerin hat als Bauherrenhaftpflicht-Versicherer dem Baukonsortium Deckung für die Schadenersatzansprüche der durch den Hangrutsch geschädigten Nachbarn gewährt. Die Klägerin leitet hieraus ihre Aktivlegitimation ab, indem sie als Haftpflichtversicherer in die Ansprüche des Baukonsortiums in analoger Anwendung von Art. 72 VVG subrogiert habe. Zudem liess sich die Klägerin sämtliche Ansprüche des Baukonsortiums betreffend Schadenersatz abtreten (vgl. kläg. act. 3). Auch hieraus leitet sie ihre Aktivlegitimation ab (vgl. Klage, Rz. 11 - 16, S. 3/4). Schliesslich begründet die Klägerin ihre Aktivlegitimation damit, dass auch die geschädigten Grundeigentümer gestützt auf Art. 41 OR direkt auf den fehlbaren Ingenieur, mithin die Beklagte, hätten greifen können, sodass die Klägerin in die Stellung der Geschädigten eingetreten sei, soweit sie diese entschädigt habe (Replik, Rz. 10, S. 3). Demgegenüber bestreitet die Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin. Eine Subrogation gemäss Art.



72 VVG sei auch in analoger Weise nicht möglich, da eine solche nur bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung gegeben sei, so dass bereits der Wortlaut gegen eine Subrogation spreche. Zwar habe die Gerichtspraxis unter Umständen das Regressrecht gegen einen Vertragshaftpflichtigen zugelassen, allerdings nur bei grobem Verschulden, welches vorliegend nicht gegeben sei, weshalb auch eine analoge Anwendung von Art. 72 VVG nicht zulässig sei. Schliesslich sei die Zession zwar formell korrekt, jedoch inhaltlich rechtswidrig, weil dadurch die gesetzliche Regressbeschränkung unterlaufen werde (vgl. Klageantwort, zu Ziff. 15 und 16, S. 5/6). Unter Hinweis auf zwei Entscheide des Bundesgerichtes verneint die Beklagte auch, dass die Klägerin in die Rechtsstellung der geschädigten Nachbarn hätte eintreten können (Duplik, zu Ziff. 15 bis 17 lit. c, S. 5).

3.1. Aktiv- und Passivlegitimation sind materiellrechtliche Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs und gehören somit zur Begründetheit des Klagebegehrens. Ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Bejahung der Passivlegitimation bedeutet bloss, dass sich der von der Klägerin behauptete Anspruch gegen die Beklagte richten kann, und die Bejahung der Aktivlegitimation, dass die Klägerin berechtigt ist, diesen Anspruch geltend zu machen. Mit der Bejahung von Aktiv- oder Passivlegitimation ist noch nicht entschieden, ob der Anspruch der Klägerin überhaupt und im behaupteten Umfang besteht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 65 f. zu § 27/28 ZPO [ZH]; BGE 114 II 385; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 2 zu Art. 79 ZPO).

3.2. Unbestritten geblieben ist, dass die Klägerin als Bauherrenhaftpflicht-Versicherer für die Bauherren, mithin die Mitglieder des „Baukonsortiums Y.-strasse“, den Schaden, den die Nachbarn durch die Baugrubenrutschung erlitten haben, liquidiert hat. Sie leitet ihre Aktivlegitimation aus Art. 72 VVG ab. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung gilt, dass der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, auf den Versicherer insoweit übergeht, als er Entschädigung geleistet hat. Nach dem Wortlaut steht dem Versicherer das Regressrecht nach Art. 72 VVG gegenüber einem ausservertraglich Verschuldenshaftpflichtigen zu. Gegenüber einem aus Vertrag Schadenersatzpflichtigen hat der Versicherer keinen Regressanspruch aus Art. 72 VVG



(Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., § 11 N 36; Christoph Graber, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 72 VVG, mit weiteren Hinweisen). Damit stellt sich die Frage, ob der Versicherer gestützt auf die allgemeinen Regressbestimmungen von Art. 50 und 51 OR auf den vertraglich Haftpflichtigen regressieren kann. Diese Frage ist umstritten. Sowohl der Versicherer wie auch der Dritte "haften" in diesem Fall aus einem gleichartigen Rechtsgrund, nämlich aus Vertrag. Für diesen Fall sieht Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR vor, dass der Richter nach seinem Ermessen bestimmen kann, ob dem einen Haftpflichtigen gegenüber dem andern ein Rückgriffsrecht zustehe. Bei Fehlen eines Verschuldens des Vertragspartners sind die Auffassungen in der Lehre geteilt. Trifft den aus Vertrag Haftpflichtigen dagegen ein Verschulden, so wird der Regressanspruch des Versicherers mehrheitlich bejaht; nur bei leichtem Verschulden kommt eine Reduktion der Leistungspflicht des Regressschuldners, also eine Aufteilung der Schadenstragung zwischen Versicherer und Haftpflichtigen, in Frage (Graber, a.a.O., N 8 zu Art. 72 VVG, mit weiteren Hinweisen). Die bundesgerichtliche Rechtssprechung geht dahin, jedenfalls bei grobem Verschulden den Regress auf den aus Vertrag Haftenden zuzulassen (BGE 118 II 506 = Pra 1994 Nr. 13; weitere Entscheide bei Graber, a.a.O., N 8 zu Art. 72 VVG). Ob im vorliegenden Fall der Beklagten ein grobes Verschulden vorgeworfen werden kann, womit die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen wäre, ist beim Verschulden als Haftungsvoraussetzung näher zu prüfen (vgl. Ziff. 7. nachstehend).

3.3. Weiter hat die Bauherrschaft ihre vertraglichen Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte, mithin ihre Vertragspartnerin, an die Klägerin abgetreten (vgl. kläg. act. 3). Die Regressordnung von Art. 51 OR ist zwar unabänderlich und kann namentlich nicht durch eine Abtretung unterlaufen werden (BGE 80 II 252 f., bestätigt in BGE 119 II 131 f.). Allerdings kommt Art. 51 OR nach seinem Wortlaut nur zur Anwendung, wo mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen haftbar sind. Doch erfasst die Bestimmung unstreitig auch Fälle, in denen mehrere Personen aus Vertrag und damit aus dem selben Rechtsgrund haften. Nach Wortlaut und systematischer Stellung findet sodann Art. 51 OR nur Anwendung, wenn mehrere Personen aus einem bestimmten Schadensereignis schadenersatzpflichtig sind. Denn Art. 50 und 51 OR regeln nach ihrer Marginalie die "Haftung mehrerer", Haftung aber bedeutet hier wie im ganzen zweiten Abschnitt des OR ("die Entstehung [der Obligationen] durch unerlaubte Handlungen") Schadenersatzpflicht. Doch ist eine analoge Anwendung auf andere als



Schadenersatzleistungen anerkanntermassen nicht ausgeschlossen. Immer aber ist vorausgesetzt, dass die verschiedenen Leistungen dasselbe wirtschaftliche Bedürfnis des Gläubigers befriedigen sollen (Identität des Gläubigerinteresses statt Leistungsidentität). Analog anwendbar ist Art. 51 OR daher beispielsweise dort, wo aus einem bestimmten Schadensereignis neben einem vertraglichen Schadenersatzanspruch auch ein auf Schadensausgleich gerichteter Versicherungsanspruch besteht (vgl. etwa BGE 114 II 342 ff. = Pra 1990 Nr. 168). In einem solchen Fall kann somit der Haftpflichtige nicht geltend machen, wegen der Versicherungsleistung sei ein Schaden gar nicht entstanden, damit auch keine Schadenersatzpflicht, vielmehr kann der Geschädigte wählen, ob er die Versicherung oder den Haftpflichtigen belangt: Beide haften solidarisch (vgl. Alfred Koller, Solidarische Haftung von Architekt und Ingenieur mit anderen Baubeteiligten, in: Recht der Architekten und Ingenieure, S. 3 f.). Demnach erweist sich die Abtretung als unwirksam, womit die Aktivlegitimation sich nicht hieraus ableiten lässt.

3.4. Schliesslich macht die Klägerin geltend, sie sei durch die Schadensliquidation in die Rechtsstellung der geschädigten Grundeigentümer eingetreten, die ihrerseits gestützt auf Art. 41 ff. OR auf die Beklagte hätten greifen können. Die durch den Hangrutsch geschädigten Nachbarn haben indessen keinen direkten Anspruch auf den fehlbaren Ingenieur gestützt auf Art. 41 OR, da dem Ingenieur kein Verstoss gegen eine Norm mit Schutzfunktion zugunsten der Geschädigten vorgeworfen werden kann. Insbesondere beinhaltet der Bauingenieurvertrag zwischen Bauherrschaft und Ingenieur keine solche Norm mit Schutzfunktion zugunsten der Nachbarn. Auch eine Schadenersatzpflicht des Ingenieurs gegenüber den geschädigten Nachbarn aus Vertrauenshaftung hat das Bundesgericht verneint, ebenso eine Haftung aus vertraglicher Drittschutzwirkung (vgl. unveröffentlichte Entscheide des Bundesgerichtes vom 28. Januar 2000 [4C.280/1999 und 4C.296/1999]). Mit der Beklagten ist deshalb davon auszugehen, dass hieraus die Aktivlegitimation der Klägerin nicht hergeleitet werden kann.

4. Vertragsqualifikation

Mit Datum vom 21. Juni 1996 schloss die Beklagte als Ingenieur mit dem „Baukonsortium Y.-strasse“ als Auftraggeber einen Vertrag für Bauingenieurleistungen



(kläg. act. 2). Die Beklagte hat den Abschluss dieses Vertrages ausdrücklich zugestanden (Klageantwort, zu Ziff. 20 lit. a, S. 7). Der Auftrag umfasste folgende Leistungen: Projektarbeiten betreffend Baugrube, Baugrubensicherung und Tragkonstruktion; die Baukontrolle im Zusammenhang mit der Tragkonstruktion; die Bauleitung im Zusammenhang mit der Baugrube und Baugrubensicherung. Im Übrigen erklärten die Parteien die SIA-Ordnung 103 (Ausgabe 1984) für anwendbar.

Die von der Beklagten übernommenen Leistungen gelten unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. BGE 109 II 462 ff.) als Auftrag mit allenfalls werkvertraglichen Elementen wie die Ausarbeitung des Projektes respektive der Ausschreibungsunterlagen. Sind beim Gesamtvertrag nur einzelne Leistungen zu beurteilen, ist gemäss Bundesgericht eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann (BGE 109 II 466). Was für den Architekturvertrag festgehalten wurde, gilt grundsätzlich auch für den Ingenieurvertrag. Da bei einem sogenannten Gesamtvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so viel Bedeutung zukomme, gilt die Auflösungsregel des Art. 404 OR für das ganze Vertragsverhältnis (BGE 109 II 466). Wie gesagt gilt dies auch für den Ingenieurvertrag, so dass vorliegend Art. 404 OR auf das ganze Vertragsverhältnis anwendbar ist. In einem Entscheid vom 8. Mai 1985 beurteilte das Bundesgericht die Aufgabe, eine Baugrube zu planen sowie deren Ausführung und Sicherung zu überwachen, ausschliesslich nach den Regeln des einfachen Auftrages (Pra 1985, S. 520; zitiert bei Peter Gauch, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: Das Architektenrecht, 3. A., N 42, S. 17). Das Bundesgericht hat jedoch bis anhin die Haftung des Architekten, mit dem ein Gesamtvertrag abgeschlossen worden war, noch nie dem Werkvertragsrecht, sondern immer dem Auftragsrecht unterstellt (Rainer Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Das Architektenrecht, 3. A., N 397, S. 127). Es rechtfertigt sich demnach, die Haftungsfragen auch im vorliegenden Fall nach Auftragsrecht zu beurteilen.

5. Vertragsverletzungen der Beklagten

Voraussetzung für die Haftung aus Vertrag ist das Vorliegen einer Vertragsverletzung.



5.1. Der Beauftragte hat die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss, d.h. getreu und sorgfältig (Art. 398 Abs. 2 OR), zu besorgen. Er verletzt den Vertrag, wenn er seine Leistung in qualitativer oder quantitativer nicht in der nach dem Vertrag geschuldeten Art und Weise, also mangelhaft erbringt. Dabei kann der Verstoss gegen den Vertrag in einer Verletzung der Hauptpflichten liegen. Die Vertragsverletzung kann jedoch auch in einem Verstoss gegen Nebenleistungspflichten oder blosse Nebenpflichten bestehen. Insbesondere haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für jede Verletzung seiner Treuepflichten (Walter Fellmann, Berner Kommentar, N 341 zu Art. 398 OR). Da die Parteien das Vertragsverhältnis den SIA-Ordnungen unterstellt haben, bleibt zu prüfen, inwieweit dadurch die gesetzliche Haftungsordnung modifiziert wird (Fellmann, a.a.O., N 367).

5.2. Im Einzelnen wirft die Klägerin der Beklagten folgende Vertragsverletzungen vor (vgl. Klage, Rz. 34 ff., S. 11 ff.), wobei die Klägerin für die der Beklagten vorgeworfenen Vertragsverletzungen die Beweislast trägt:

5.2.1. Zunächst wirft die Klägerin der Beklagten vor, sie hätte auf weitere Abklärungen bereits in der Planungsphase verzichtet, obschon die mit den Voruntersuchungen beauftragte R. AG zu weiteren Abklärungen des Baugrundes geraten habe (Klage, Rz. 39, S. 13; kläg. act. 4). Demgegenüber wendet die Beklagte ein, da eine Unternehmervariante ausgeführt worden sei, seien die fehlenden Abklärungen für den Schadenfall irrelevant. Sodann wäre der Schaden zu verhindern gewesen, wenn das Projekt der Beklagten ausgeführt worden wäre. Schliesslich habe sich die Variante des Unternehmers als nicht gleichwertig erwiesen (Klageantwort, zu Ziff. 39 - 41, S. 15/16). Die Beklagte bestreitet somit nicht, keine weiteren Abklärungen getroffen zu haben, hingegen den Kausalzusammenhang zwischen den unterlassenen Abklärungen und dem eingetretenen Schaden. Der geotechnische Kurzbericht vom 16. Dezember 1994 hielt in den Schlussbemerkungen fest, dass der Hang nahe einem labilen Gleichgewichtszustand sein dürfte, der auf einen zum Teil hohen Hangwasserspiegel und allenfalls auf gespanntes Wasser sowie auf die eher ungünstigen geotechnischen Eigenschaften der Deckschicht zurückzuführen sei. Dieser Umstand sei speziell bei der Baugrubensicherung zu berücksichtigen. Weiter empfiehlt der Geotechniker weitere Untersuchungen (kläg. act. 4, Ziff. 10, S. 5). Diesen Bericht kannte auch die Beklagte. Jedenfalls widerspricht sie der klägerischen Behauptung, der Kurzbericht sei ihr zur



Verfügung gestellt worden, nicht (Klageantwort, zu Ziff. 21, S. 8). Der Bauingenieur, der als Spezialist für die Baugrubensicherung beigezogen wird, hat die Bodenbeschaffenheit zu prüfen. Unterlässt er diese Abklärungen, so erfüllt er den Vertrag nicht mit der geforderten Sorgfalt, begeht mithin eine Vertragsverletzung (Fellmann, a.a.O., N 377 zu Art. 398 OR; Schumacher, a.a.O., N 484, S. 154). Die vom Geotechniker empfohlenen Abklärungen wären notwendig gewesen, um das eigene Projekt auf dessen Tauglichkeit hin zu prüfen. Eine sorgfältige Tauglichkeitsprüfung ist nur dann möglich, wenn die Beklagte die Bodenbeschaffenheit gemäss den Empfehlungen des Geotechnikers genügend abgeklärt hätte. Durch die trotz Empfehlung unterlassenen weiteren Abklärungen betreffend Baugrund hat die Beklagte eine ihr obliegende vertragliche Pflicht nicht wahrgenommen, mithin den Vertrag verletzt. Der Einwand, diese Unterlassung sei irrelevant, weil das beklagte Projekt gar nicht ausgeführt worden sei, ist beim Kausalzusammenhang zu prüfen (vgl. Ziff. 6.2. nachstehend).

5.2.2. Weiter wirft die Klägerin der Beklagten vor, ihr Projekt entspreche nicht den Regeln der Baukunde (Klage, Rz. 42 ff., S. 14 ff.). Dieser Vorwurf ergibt sich auch aus dem geotechnischen Bericht vom 24. März 1997, wonach bereits das beklagte Projekt ungenügend gewesen sei (kläg. act. 27, S. 24). Die Beklagte bestreitet dies, wenn auch nicht übermässig substantiiert. Vielmehr behauptet sie wiederum, infolge Ausführung der Unternehmervariante sei die Frage der Tauglichkeit der von der Beklagten projektierten Baugrubensicherung gar nicht relevant (Klageantwort, zu Ziff. 42, S. 16/17). Tatsache ist, dass das Projekt der Beklagten nicht ausgeführt wurde. Deshalb kann diesbezüglich die Frage offen bleiben, ob das beklagte Projekt den Regeln der Baukunde entsprach (vgl. hierzu Ziff. 6.2. nachstehend). Diese Frage wäre nur dann zu klären, falls das Projekt der Beklagten als Grundlage für die Unternehmervariante gedient hätte. Zwar behauptet die Klägerin, die von der Beklagten vorgeschlagene Nagelwand sei technische Grundlage für die Unternehmervariante gewesen. Die K. AG hätte sich darauf verlassen, dass die Grubensicherung der Beklagten technisch korrekt gewesen sei, und das hätte sie auch tun dürfen. Sie hätte dann eine Alternative gesucht, die der ausgeschriebenen Sicherung entsprochen habe. Da indessen die technische Grundlage (Nagelwand gemäss Vorschlag der Beklagten) nicht genügend gewesen sei, habe dies auch für die Alternative zutreffen müssen, die technisch vergleichbar gewesen sei (Replik, Rz. 35 f., S. 9). Damit behauptet die



Klägerin allerdings nicht, das Projekt der Beklagten habe als Grundlage für die Unternehmervariante gedient. Die Klägerin führt diesbezüglich aus, dass die K. AG geltend gemacht habe, man hätte über eine andere Art der Grubensicherung gesprochen. Sie [die K. AG] hätte dem Architekten vorgeschlagen, statt der von der Beklagten ausgeschrieben Nagelwand eine technisch gleichwertige, aber kostengünstigere Lösung mit vertikalen Betonriegeln auszuführen (Klage, Rz. 23, S. 6). Weiter behauptet die Klägerin - allerdings im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung -, die Beklagte habe auch nach Kenntnisnahme des Umstandes, dass eine von ihrem Konzept abweichende Ausführung der Grubensicherung zur Diskussion gestanden habe, weitere Leistungen im Zusammenhang mit der Grubensicherung erbracht (Replik, Rz. 14, S. 4). Schliesslich steht fest, dass die Beklagte den Aushubplan (kläg. act. 14) erarbeitete, jedoch in Bezug auf die Baugrubensicherung auf die Angaben der K. AG verwies. Es ist somit davon auszugehen, dass die Klägerin zwar eine technischen Gleichwertigkeit der beiden Arten der Grubensicherung behauptet, aber nicht, dass die Unternehmervariante auf der Grundlage des Vorschlags der Beklagten zur Baugrubensicherung erstellt worden ist. Die K. AG hat denn auch eine andere Art der Baugrubensicherung als die Beklagte unterbreitet (vertikale Betonriegel anstelle einer Nagelwand) und nicht bloss eine kostengünstigere Variante des beklagtischen Konzepts. Dabei handelt es sich um eine abweichende Variante, die technisch nicht auf derjenigen der Beklagten basierte. Jedenfalls bedeutet technische Gleichwertigkeit, so wie es die Klägerin in ihren Rechtsschriften behauptet, nicht, dass die eine Variante Grundlage der andern gewesen sein muss, sondern lediglich, dass beide Konzepte zur Hangsicherung technisch vergleichbar gewesen seien. Demnach ist davon auszugehen, dass das Projekt der Beklagten nicht als Grundlage für die Unternehmervariante gedient hat, und dies von der Klägerin auch nicht behauptet worden ist. Weder in den Rechtsschriften noch in den von den Parteien eingereichten Unterlagen sind entsprechende Anhaltspunkte zu entnehmen. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur Frage, ob das beklagtische Projekt den Regeln der Baukunde entsprach, ebenso weitere Beweisabnahmen zu diesem Punkt.

5.2.3. Drittens wirft die Klägerin der Beklagten vor, die Projektierungsarbeiten faktisch eingestellt zu haben, als sie erkannt habe, dass die K. AG eine andere Grubensicherung offeriert habe, als von der Beklagten ausgeschrieben. Insbesondere



habe die Beklagte die von der K. AG vorgeschlagene Variante fachlich gar nicht geprüft und damit ihre vertragliche Pflicht verletzt (Klage, Rz. 46, S. 16). Ebenso wirft die Klägerin der Beklagten diesbezüglich vor, falls sie die Unternehmervariante tatsächlich geprüft hätte, habe sie diesbezüglich weder dem Architekten noch der Bauherrschaft mitgeteilt, diese sei untauglich (Replik, Rz. 45/46, S. 16). Diesbezüglich wendet die Beklagte ein, sie habe gestützt auf Art. 404 OR den Vertrag gekündigt, weshalb keine weiteren Projektierungsarbeiten geschuldet gewesen seien. Weiter bestreitet sie ausdrücklich, die Unternehmervariante nicht geprüft zu haben. Vielmehr habe sie zum Vornherein die Unternehmervariante als untauglich abgelehnt, weshalb sie diese nicht nachgerechnet habe (Klageantwort, zu Ziff. 46, S. 18). Diese Erkenntnisse habe sie der Bauherrschaft bzw. der Bauleitung mündlich mitgeteilt, ebenso den Vertragsrücktritt in Bezug auf die Baugrubensicherung (Duplik, zu Ziff. 45 und 46/39, S. 19).

Den Ingenieur trifft eine Aufklärungspflicht als Teil der Sorgfalts- und Treuepflicht. Die Aufklärung reicht weiter als die blosser Information. Was das Bundesgericht diesbezüglich für den Architekten festgestellt hat, gilt auch für den Bauingenieur. Auch dieser muss den Bauherrn über Zusammenhänge und Konsequenzen belehren und ihn auf die wesentlichen Inhalte der Informationen und deren Tragweite, aber auch auf allfällige Risiken, hinweisen (Schumacher, a.a.O., N 442, S. 141, unter Hinweis auf BGE 119 II 458). Teil der Beratungspflicht ist die Abmahnungspflicht. Der Bauingenieur, der vom Architekten als Spezialist für die Baugrubensicherung beigezogen wurde, hat unzweckmässige oder gar gefährliche Weisungen oder Vorschläge Dritter (z.B. von Unternehmern) abzumahnern. D.h. er muss den Bauherrn über die damit verbundenen Risiken aufklären und ihm abraten, an den entsprechenden Weisungen festzuhalten bzw. den entsprechenden Vorschlägen des Unternehmers Folge zu leisten.

Voraussetzung ist jedoch, dass hierfür eine vertragliche Verpflichtung vorliegt und - falls dies zutrifft - dass der Ingenieur durch den Architekten oder den Bauherrn ausreichend in Kenntnis des zu prüfenden Sachverhaltes gesetzt wurde. Die fachliche und rechnerische Überprüfung von Unternehmervarianten gehört gemäss Ziff. 4.2.8.6 der SIA-Norm 103 (Ausgabe 1984) nicht zu den Grundleistungen des Ingenieurs, sondern ist als Zusatzleistung definiert. Die Ausführung von Zusatzleistungen ist vorgängig zu vereinbaren (Ziff. 3.2.2 der erwähnten SIA-Norm 103). Der Zeuge J. S. sagte diesbezüglich aus, er habe die sogenannte Unternehmervariante nicht gekannt, weshalb er hierzu auch keine Stellung bezogen habe. Insbesondere führte er aus, dass



er sich mit der Unternehmervariante gar nicht habe beschäftigen können, weil sie der Beklagten gar nicht vorgelegt worden sei. Als das Gespräch (mit dem Architekten) betreffend Unternehmervariante geführt worden sei, habe die Vergabe noch gar nicht stattgefunden, weshalb noch nicht klar gewesen sei, welche Variante überhaupt ausgeführt würde. Seit jenem Gespräch habe er nichts mehr gehört bis zum Zeitpunkt der Baugrund- respektive Bodenplattenabnahme. Der ebenfalls als Zeuge einvernommene Architekt der N. AG, M. S., gab diesbezüglich zu Protokoll, dass er der Beklagten keinen Auftrag erteilt habe, die Unternehmervariante zu überprüfen. Es hätten Telefongespräche stattgefunden. Weiter führte er aus, dass die Unterlagen betreffend Unternehmervariante nicht schriftlich an die Beklagte weitergeleitet worden seien. Jedenfalls habe er den bei der Beklagten zuständigen Ingenieur J. S. nicht persönlich über den Inhalt der Unternehmervariante orientiert. Diesbezüglich fügt sich auch die weitere Aussage des Zeugen M. S. ins Bild, mithin besteht weitgehende Übereinstimmung zwischen den Aussagen der beiden Zeugen: Zwar wurde angeblich während des erwähnten Telefongesprächs über die Tauglichkeit der Unternehmervariante gesprochen, wobei sich der Zeuge M. S. offenbar mit einer vagen Aussage des Ingenieurs, soweit erinnerlich, zufrieden gab. Er bestätigte jedenfalls, dass der Ingenieur keine positive Aussage zur Tauglichkeit der Unternehmervariante gemacht habe, sondern konnte sich lediglich daran erinnern, dass der Ingenieur "nicht gesagt" habe, die Unternehmervariante taue nicht. Letzteres konnte der Ingenieur mangels Unterlagen denn auch nicht überprüfen, und mangels Zusatzauftrag gehörte dies auch nicht zu den Vertragspflichten der Beklagten. Erstellt ist somit aufgrund der glaubwürdigen Aussagen von J. S. und M. S., dass betreffend Unternehmervariante zwar ein Gespräch stattgefunden hat, jedoch dem Ingenieur keine Unterlagen zur Verfügung gestanden haben. Ebenso ist aufgrund der Zeugenaussagen erstellt, dass betreffend Überprüfen der Unternehmervariante kein Zusatzauftrag zustande gekommen ist. Die fehlende oder mangelhafte Überprüfung dieser Unternehmervariante kann somit nicht der Beklagten angelastet werden, weshalb diesbezüglich eine Vertragsverletzung zu verneinen ist. Mangels eines Zusatzauftrags ist auch die Frage eines Rücktritts hiervon nicht zu beantworten.

5.2.4. Schliesslich wirft die Klägerin der Beklagten vor, betreffend Baugrubensicherung die örtliche Bauleitung unterlassen zu haben (Klage, Rz. 48 ff., S. 16 ff.). Die Beklagte gibt diesbezüglich zu, dass sie für die Baugrubensicherung keine Bauleitung vor Ort



erbracht habe, weil sie zu diesem Zeitpunkt vom Vertrag zurückgetreten sei und deshalb diesbezüglich kein Mandat mehr gehabt habe. Ebenso sei sie von der Bauleitung nicht über den Baubeginn orientiert worden (Klageantwort, zu Ziff. 3.2.3/zu Ziff. 48, S. 19/20). Die Ausführungen der Beklagten zum Vertragsrücktritt sind auffallend sehr allgemein gehalten und wenig präzise. In der Klageantwort wird stets vom Rücktritt vom Vertrag als Ganzes gesprochen. Erst mit der Duplik bringt die Beklagte vor, dabei handle es sich um einen Teilrücktritt in Bezug auf die Baugrubensicherung (vgl. z.B. Duplik, zu Ziff. 40 bis 44/35, lit. d, S. 17). Was genau vom Teilrücktritt betroffen ist, bleibt ebenso unklar. Gemäss Ingenieurvertrag (kläg. act. 2 Ziff. 4.2.1) ist die Bauleitung / Baukontrolle betreffend Baugrubensicherung mit 29 Leistungsprozenten angegeben. Vorliegend steht zwar fest, dass die Beklagte lediglich Teilleistungen zu Bauwerken zu erbringen hatte. Wenn jedoch die örtliche Bauleitung wie vorliegend mit 29 Leistungsprozenten angegeben wird, so verweist Ziff. 7.8.2 der SIA-Norm 103 in Bezug auf die diesbezüglich zu erbringenden Grundleistungen auf Ziff. 4.1.8 der erwähnten SIA-Norm. Damit jedoch die Beklagte die Grundleistungen betreffend örtliche Bauleitung erbringen konnte, war sie zwingend auf die hierfür notwendigen Grundlagen angewiesen. Aufgrund der Zeugenaussagen steht indes fest, dass weder von Seiten des Unternehmers (K. AG) noch des Architekten (N. AG), welcher die Oberbauleitung innehatte, die entsprechenden Grundlagen der Beklagten bereitgestellt wurden. Ausführungspläne betreffend Unternehmervarianten existierten offenbar nicht. Der Zeuge M. S. führte diesbezüglich aus, es hätten wohl nur Skizzen hiervon existiert. Weiter sagte er aus, er habe gedacht, der Unternehmer leite die notwendigen Unterlagen an den Ingenieur weiter, ohne dies jedoch zu kontrollieren. Bei der Vergabe der Baugrubensicherung wurde die Beklagte nicht einmal mehr beigezogen. Weiter steht fest, dass die Beklagte weder über den Werkvertrag mit der K. AG noch über das Bauprogramm verfügte. Ebenso wenig lagen ein Kostenvoranschlag und ein Kontrollplan vor. Insbesondere ist festzuhalten, dass der Aushubplan (kläg. act. 14) kein Plan zum Konzept der Baugrubensicherung darstellt. Zudem verwies die Beklagte auf dem Aushubplan betreffend die Baugrubensicherung auf die Angaben des Unternehmers (z.B. „Bodenvernagelung nach Angabe K. AG“), womit für den Architekten klar gewesen sein musste, dass die Beklagte betreffend Baugrubensicherung gemäss Unternehmervariante über keinerlei Grundlagen und Informationen verfügte. Ohne diese notwendigen Grundlagen wusste die Beklagte gar



nicht, was sie denn überhaupt zu kontrollieren gehabt hätte. Weisungen seitens des Architekten in Bezug auf die Bauleitung betreffend Baugrubensicherung bestanden ebenfalls keine. Der Zeuge J. S. führte diesbezüglich denn auch aus, er habe seit jenem Telefongespräch, welches vor der Vergabe (der Baugrubensicherung) stattgefunden haben müsse, bis zur Abnahme der Bodenplatte vom Architekten nichts mehr gehört. Solange er nicht wisse, was ausgeführt werde, könne er weder prüfen noch kontrollieren. Der Architekt M. S. bestätigte in seiner Aussage, dass er den Ingenieur während des Aushubes nicht aufgeboten habe, sondern dies über den Unternehmer, die K. AG, geschehen sein müsse.

Zwar steht demnach fest, dass die Beklagte betreffend Baugrubensicherung die örtliche Bauleitung nicht ausgeführt hat. Jedoch steht auch fest, dass weder Architekt noch Unternehmer dem Ingenieur die notwendigen Grundlagen für die Bauleitung zur Verfügung gestellt haben. Ohne diese Grundlagen und insbesondere ohne Weisungen seitens der Oberbauleitung, mithin des Architekten, ist indes eine Fachbauleitung gar nicht möglich, weshalb der Beklagten diesbezüglich keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann. Insbesondere aus dem Aushubplan (kläg. act. 14) ist zu schliessen, dass von der Beklagten auch keine Bauleistungen nach erfolgter Vergabe der Baugrubensicherung an den Unternehmer erwartet werden durften. Somit hätte der Architekt ausdrücklich und unmissverständlich gegenüber der Beklagten auf der Ausführung der Bauleitung bestehen müssen. Dies ist indes nicht geschehen, wie der Zeuge M. S. bestätigte. Auch die Mitteilung, wonach die Beklagte über den Baubeginn orientiert worden sei, musste von der Beklagten nicht als Weisung zur Vornahme der Bauleitungsarbeiten aufgefasst werden. Eine solche Orientierung betreffend Baubeginn erfolgt denn auch zum Zweck, wann mit den weiteren Ingenieurarbeiten, wie beispielsweise die Abnahme der Bodenplatte, zu rechnen ist. Es wäre Sache des Architekten als Oberbauleiter und Verantwortlicher für die Koordination der am Bau beteiligten Unternehmer und Spezialisten gewesen, allfällige Unklarheiten betreffend Bauleitung, sofern solche überhaupt bestanden haben, zu beseitigen und entsprechend klare Weisungen zu erteilen. Dies ist vorliegend nicht erfolgt, weshalb die Bauleitung infolge Vergabe der Baugrubensicherung an einen Unternehmer nicht mehr zu den Vertragspflichten der Beklagten gehörte; mithin wurde die Beklagte stillschweigend von diesen befreit. Eine Vertragsverletzung wegen fehlender Bauleitung betreffend Unternehmervariante ist somit zu verneinen.



5.3. Damit steht fest, dass der Beklagten einzig die fehlenden weiteren Abklärungen betreffend Baugrund (vorne Ziff. 5.2.1.) als Vertragsverletzung angerechnet werden können.

6. Kausalzusammenhang

Unbestritten ist, dass durch die Hangrutschung ein beträchtlicher Schaden entstanden ist. Ein solcher ist jedoch von der Beklagten nur zu ersetzen, wenn ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der festgestellten Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden besteht.

6.1. Der Beauftragte muss einen Schaden dann ersetzen, wenn zwischen der Vermögensverminderung des Auftraggebers und der Schlechterfüllung des Auftrages ein Kausalzusammenhang besteht. Die Schlechterfüllung muss als natürliche Ursache des Schadens erscheinen und aufgrund juristischer Wertung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrungen des Lebens geeignet sein, den Schadenseintritt herbeizuführen oder ihn jedenfalls zu begünstigen (Fellmann, a.a.O., N 457 zu Art. 398 OR). Auch eine Unterlassung oder die Nichterfüllung eines Vertrages vermag Ursache eines Schadens darzustellen. In diesen Fällen wird der Kausalzusammenhang bejaht, wenn pflichtgemässes Handeln den Schaden verhindert hätte. Der Beauftragte hat deshalb auch für Folgen einer Unterlassung einzustehen, wenn sorgfältiges Vorgehen den Schaden verhindert hätte (Fellmann, a.a.O., N 458 zu Art. 398 OR). Ob der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist, ist eine Tatfrage und als solche vom Auftraggeber zu beweisen. Die natürliche Kausalität muss jedoch nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit und in zwingender Weise nachgewiesen werden. Ob der natürliche Kausalzusammenhang auch adäquat kausal im Sinne der juristischen Lehre ist, hat der Richter aufgrund einer juristischen Wertung zu entscheiden (vgl. Fellmann, a.a.O., N 460 f. zu Art. 398 OR). Dies ist, wie ausgeführt, dann der Fall, wenn zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein ursächlicher Zusammenhang in der Weise besteht, dass die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen (vgl. BGE 119 Ib 343).



Im Falle der Nichterfüllung respektive der unterlassenen Handlung wird der natürliche Kausalzusammenhang mit Hilfe der Hypothese festgestellt, dass der Schaden bei Vornahme der rechtlich gebotenen, jedoch unterlassenen Handlung nicht eingetreten wäre. Dabei ist zuerst abzuklären, ob eine Pflicht zum schadensverhindernden Handeln besteht. Eine dadurch ermittelte pflichtgemässe Handlung ist anschliessend zu ihrer Beziehung zum eingetretenen Erfolg zu untersuchen. Hätte die Handlung den Erfolg verhindert, wird daraus der Schluss gezogen, die Unterlassung sei kausal für den Schaden. Entscheidend ist also der hypothetische Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Schaden (Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, NN 591 ff., mit weiteren Hinweisen). Da es bei der Kausalität der Unterlassung um den hypothetischen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Erfolg geht, fliesst das sonst bei der Beurteilung der Adäquanz typische Werturteil in die Gesamtbetrachtung des Unterlassens ein und kommt bereits bei der Feststellung dieses hypothetischen Zusammenhangs zum Tragen. Der Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung und Schaden lässt sich feststellen, indem die Frage gestellt wird, ob es auch zum Erfolg gekommen wäre, wenn der Beauftragte seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen wäre. Ist die Frage zu verneinen, kann der hypothetische Zusammenhang als gegeben angenommen werden. Um diesen hypothetischen Zusammenhang festzustellen, wird der Richter auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellen, weshalb eine erneute Prüfung des Kriteriums im Rahmen der Adäquanz in der Regel keinen Sinn mehr macht. Bezüglich des Beweises sind an den hypothetischen Zusammenhang keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht (Rey, a.a.O., NN 595 - 601; BGE 115 II 447 ff.).

6.2. Die vorstehend unter Ziffer 5.2.1. (und eventuell Ziff. 5.2.2.) festgestellte Vertragsverletzung ist somit daraufhin zu überprüfen, ob die Hangrutschungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu verhindern gewesen wären, hätte die Beklagte ihre diesbezüglichen vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.

Tatsache ist, dass das Projekt der Beklagten nicht ausgeführt wurde. Weiter steht fest, dass dieses Projekt auch nicht als Grundlage für die Unternehmervariante diene, weshalb letztlich offen bleiben kann, ob auch bei der Ausführung der von der Beklagten vorgeschlagenen Variante die Hangrutschung erfolgt wäre. Zwar kommt der



Geotechnische Bericht vom 24. März 1997, der nach dem Schadensereignis erstellt wurde, zum Schluss, mit einer umfassenden Abklärung des Baugrundes hätte die Rutschung verhindert werden können, weil mit weiteren Abklärungen durch beispielsweise zusätzliche Baggerschlitzte oder zusätzliche Kernbohrungen Grundlagen geschaffen worden wären, welche zu angemessenen Reaktionen hätten führen müssen (vgl. kläg. act. 27, S. 24 f.). Allein der Verzicht auf weitere Abklärungen erweist sich aber demnach nicht als adäquat kausal für das Schadensereignis, selbst wenn man mit dem Geotechnischen Bericht davon ausginge, dass das Projekt für die Baugrube, welche durch die Beklagte ausgearbeitet wurde, untauglich gewesen wäre, weil es von ungenügenden Dübellängen ausgegangen sei (kläg. act. 27, S. 24). Denn der Bericht kommt zum Schluss, dass trotz fehlender Abklärung die Rutschung bei einer aufmerksamen Bauleitung vor Ort noch hätte verhindert werden können. Da, wie vorstehend ausgeführt, eine allenfalls mangelhafte oder fehlende Bauleitung jedoch nicht mehr der Beklagten als Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, fehlt ein Glied in der Kausalkette. Einzig eine fehlende Bauleitung vor Ort wäre als für den Schaden kausale Unterlassung zu betrachten, weil eine aufmerksame Bauleitung trotz der fehlenden Abklärungen bei der ersten erfolgten Rutschung geeignete Gegenmassnahmen hätte ergreifen könne, so dass der Schadenseintritt hätte verhindert werden können. Die Bauleitung betreffend Unternehmervariante konnte und musste die Beklagte gar nicht ausführen, da ihr die hierfür notwendigen Grundlagen und Informationen fehlten, weshalb der adäquate Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Abklärung und dem eingetretenen Schaden zu verneinen ist. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, dass möglicherweise auch das Projekt der Beklagten aufgrund der fehlenden Untersuchungen untauglich war. Dieses gelangte nicht zur Ausführung und diente auch nicht als Grundlage für die Unternehmervariante. Oder anders gesagt: Selbst wenn die Beklagte zusätzliche Abklärungen betreffend Bodenverhältnisse ausgearbeitet hätte und dies womöglich zu einer anderen beklaglichen Baugrubensicherung geführt hätte, wäre es vorliegend zum Erfolg gekommen, da eine ungenügende Unternehmervariante ausgeführt wurde, die zu überprüfen nicht zu den Vertragspflichten der Beklagten gehörte. Zudem behauptet die Beklagte, es sei auf die ersten Rutschungen unangemessen reagiert worden (Ausführungen des beklaglichen Rechtsvertreters an Schranken, Ger.act. 39, S. 12). Diese Behauptung findet ihre Stütze in den Ausführungen des von der Klägerin



beigezogenen Experten M. S. (kläg. act. 31, Ziff. 5.2.5., S. 39). Da indes zu jenem Zeitpunkt die Bauleitung - wiederum aufgrund der Auftragserteilung an die K. AG - nicht mehr Sache der Beklagten war, wie die Zeugenbefragungen ergeben haben, könnte auch eine unangemessene Reaktion nicht der Beklagten angelastet werden. Weitere Ausführungen oder Beweisabnahmen hierzu erübrigen sich deshalb.

6.3 Es fehlt somit am hypothetischen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Abklärung und dem tatsächlich eingetretenen Schaden. Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausginge, dass auch das beklagte Projekt mangels genügender Abklärungen untauglich gewesen wäre, müsste der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dieser Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden mangels Ausführung dieses Projektes zum vornherein verneint werden. Deshalb erübrigen sich weitere Abklärungen zur Frage der Tauglichkeit des von der Beklagten vorgeschlagenen Projektes der Baugrubensicherung (vgl. Ziff. 5.2.2. vorstehend).

7. Verschulden

Für die Folgen einer Vertragsverletzung hat der Schuldner nur dann einzustehen, wenn er die Vertragsverletzung zu verantworten hat. Verantwortlich wird er dann, wenn ihn an der Vertragsverletzung ein Verschulden trifft oder er aufgrund des Gesetzes (unabhängig von einem persönlichen Verschulden) für den Schaden einzustehen hat (Fellmann, a.a.O., N 462 zu Art. 398 OR). Grundsätzlich haftet der Beauftragte für jedes Verschulden, wobei dieses nach der Beweislastverteilung des Art. 97 OR vermutet wird. Zwar verzichtet die Beklagte ausdrücklich auf irgendwelche Vorbringen zum Exkulpationsbeweis (Klageantwort, zu Ziff. 53, lit. c, S. 22), und es werden auch keine Beweisanträge hierzu gestellt. Dennoch kann die Frage des Verschuldens offen gelassen werden, weil entweder bereits eine Vertragsverletzung verneint werden muss oder aber - betreffend der eingestandenen Unterlassung in Bezug auf die Baugrundabklärungen - der adäquate Kausalzusammenhang resp. der hypothetische Zusammenhang zwischen dieser Unterlassung und dem Schadenseintritt zu verneinen ist. Demnach stellt sich die Frage des Verschuldens gar nicht mehr, weshalb auch die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin offen bleiben kann, da eine Haftung bereits aus den vorstehend erwähnten Gründen verneint werden muss.

8. Schaden



Auch weitere Erörterungen hierzu können unterbleiben, da mangels Haftungsvoraussetzungen eine Schadenersatzpflicht der Beklagten zu verneinen ist. Demzufolge können auch Ausführungen betreffend Schadenshöhe, Schadenersatzbemessung respektive Haftungsquote unterbleiben.