



**Fall-Nr.:** HG.2008.127  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Handelsgericht  
**Publikationsdatum:** 23.03.2010  
**Entscheiddatum:** 23.03.2010

### **Entscheid Handelsgericht, 23.03.2010**

**Art. 18 Abs. 1, Art. 32 Abs. 2 Variante 3, Art. 127, Art. 363, Art. 367 Abs. 1, Art. 370, Art. 371 Abs. 2, Art. 394 OR (SR 220).** Die Klägerin (und nicht die F. Generalbau AG) ist Vertragspartnerin der Beklagten im streitgegenständlichen Ingenieurvertrag, nachdem es der Beklagten gleichgültig war, welche der beiden Gesellschaften (Klägerin oder F. Generalbau AG) Auftraggeberin war. Dieser Ingenieurvertrag ist als Gesamtvertrag anzusehen. Der Gesamtvertrag des Ingenieurs ist nach der Bundesgerichtspraxis ein aus auftragsrechtlichen und werkvertraglichen Elementen gemischter Vertrag. Mit der herrschenden Lehre sind im vorliegenden Fall die auf komplexer Grundlage beruhenden Haftungsfragen einheitlich nach auftragsrechtlichen Grundsätzen zu behandeln. Dies führt dazu, dass die Verjährung noch nicht eingetreten ist und sich keine Verwirkungsrage stellen. Eventualiter - unter der Annahme, dass der Ingenieurvertrag zwischen den Parteien als Werkvertrag anzusehen sei bzw. die hier strittigen Haftungsfragen für Mangelfolgeschaden nach Werkvertragsrecht abzuhandeln seien - haben die Mängelrügen als rechtzeitig und gültig erhobenen zu gelten und ist davon auszugehen, dass die Verjährung nach Art. 371 Abs. 2 OR noch nicht eingetreten ist (Handelsgericht, 23. März 2010, HG.2008.127)

Erwägungen:

I.

1. Die A. Generalbau AG (Klägerin; bis 23. September 2008: B. AG, Bauunternehmung) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C. Sie bezweckt gemäss Handelsregistrauszug (in der Fassung vom 23. September 2008; kläg. act. 118) die



## St.Galler Gerichte

Realisierung von Bauprojekten als Generalunternehmerin sowie An- und Verkauf von Liegenschaften sowie deren Verwaltung. Sie kann ferner Architektur- und Ingenieurarbeiten ausführen. - Der vorherige Zweckartikel umfasste Hoch- und Tiefbauten aller Art, Handel mit Materialien aller Art, insbesondere Baumaterialien, Baumaschinen und Fahrzeugen, den Betrieb von Reparaturwerkstätten, und im Übrigen sinngemäss ähnliche Zwecke wie der nunmehr geltende. Alleinaktionär ist nach unbestrittener Darstellung der Klägerin D. Der Verwaltungsrat setzt sich aus D. und E. - beide einzelzeichnungsberechtigt - zusammen, wobei nach aussen regelmässig D. für die Gesellschaft auftrat.

Nebst der Klägerin trat wiederholt auch die ebenfalls in C. domizilierte F. Generalbau AG in Erscheinung, welche die Realisierung von Wohn- und Gewerbebauten als General- respektive Totalunternehmung bezweckt. Alleinaktionär ist unbestrittenermassen wiederum D., und ihr Verwaltungsrat ist gleich zusammengesetzt wie derjenige der Klägerin (kläg. act. 3; vgl. Handelsregister-Datenbank SG, via [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) [neues Fenster](#)).

Die in G. domizilierte H. AG (Beklagte) bezweckt laut Handelsregistereintrag die Führung eines Ingenieurbüros zur Ausführung sämtlicher Ingenieurarbeiten für den allgemeinen Hoch- und Tiefbau, insbesondere von Statik im Hoch- und Tiefbau, Industriebau, Messestandebau sowie Erschliessung von Baugebieten, Gutachten und Beratungen. Sie kann auch als Generalunternehmerin auftreten. Bis zum 20. Dezember 2005 firmierte sie als I. AG, anschliessend als J. AG, G., und seit 18. Juni 2007 als H. AG, G. (kläg. act. 2).

2. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 16. Mai 1995 räumten die damaligen Eigentümer des früheren Landwirtschaftsbetriebes "K." der Klägerin das Recht ein, dieses Gebiet nach erfolgter Einzonung einer Überbauung zuzuführen (nicht in den Akten). Gemäss einem in der Folge zwischen der Grundeigentümerin L., der Politischen Gemeinde C. und der Klägerin geschlossenen Erschliessungsvertrag hatte letztere u.a. die Sondernutzungsplanung und die Erschliessung des Gebietes vorzufinanzieren und erhielt dafür das Recht, die Baugrundstücke zu verkaufen oder sie selber zu übernehmen (kläg. act. 7). Aus dem Vertrag lässt sich folgern, dass die Einzonung etappenweise erfolgen sollte, was die in der Folge erlassenen Überbauungspläne 1. und 2. Etappe belegen (kläg. act. 8-12).



3. Am 4. November 2002 erstattete die M. Geotechnik AG, N., - wie aus dem Text zu schliessen ist: der Klägerin - einen Zusammenfassenden Geotechnischen Bericht (u.a.) über die Baugrundverhältnisse und die daraus abzuleitenden Folgen für Baugrubenaushebung und -sicherung, Foundation und Wasserhaltung (kläg. act. 14). - Für das vorliegend interessierende Baufeld C 1 lieferte die M. Geotechnik AG am 17. April 2003 noch einen besonderen Bericht ab (kläg. act. 21).

4. Im Hinblick auf das Bauvorhaben beauftragte die Klägerin mit Vertrag vom 20. November 2002 die O. Architekten AG, C., mit den Architekturleistungen (kläg. act. 16).

5. Mit Schreiben an "I.", G., der heutigen Beklagten, vom 13. Dezember 2002 (das nach der Anrede zu schliessen offenbar auch noch an einen anderen Ingenieur gegangen war), zeigte sich die F. Generalbau AG interessiert, für das Projekt frühzeitig einen Bauingenieur beizuziehen, und ersuchte unter Verweis auf die Architektenpläne um ein "Pauschalangebot für die **vollständigen** Leistungen gemäss SIA..." (Hervorhebung im Original; kläg. act. 15). Für die F. Generalbau AG zeichnete D.

Die I. AG offerierte am 18. Dezember 2002 gestützt auf die "Pläne Vorprojekt 1:200" (kläg. act. 17):

"Arbeitsleistungen:

UG bis. 4. Terrassenebene

Vordimensionierung Stahlbetonarbeiten

Devis

statische Berechnungen Stahlbetonbau

zeichnen der Schalungs- und Armierungspläne inkl. Eisenlisten

Baukontrollen, für sämtliche Stahlbetonarbeiten



Inkl. Fahrspesen"

zu einem Pauschalhonorar von Fr. 37'000.-- exkl. Plankopien exkl. MWSt. Die Kosten der Plankopien schätzte die Beklagte auf Fr. 3'000.--. - Handschriftlich ist der Honorarbetrag in kläg. act. 17 auf Fr. 35'000.-- korrigiert, und es wird vermerkt "P. 20.12.02 à vergeben" und ein Handzeichen ("D." [?]) beigefügt.

Die F. Generalbau AG (D.) schrieb der "I. AG zHv Herrn P." am 23. Dezember 2003 (kläg. act. 18):

"Hoi "P."

Gerne bestätige ich Dir den bereits mündlich erteilten Auftrag wie folgt:

- Bauingenieurleistungen vollständig gemäss unserem Schreiben vom 13.12.2002 sowie Deinem Angebot vom 18.12.2002.
- Das Pauschalhonorar beträgt Fr. 35'000.--.
- Ich gehe davon aus, dass die Baugrube eingeschlossen ist.

Wir bezahlen Dir fast die Hälfte mehr als Dein Mitbewerber offeriert hat. Da wir mit den Kosten echt Probleme haben und der Absatz noch nicht gesichert ist, hoffen wir natürlich, dass wir mit optimalen Ingenieurlösungen kompensieren können. Ebenso wissen wir heute noch nicht, wie wir die B. AG [d.h. Klägerin] ab Februar 03 beschäftigen sollen. Das bereitet uns grosse Sorgen. Da wären auch noch Lorbeeren zu holen! ..."

Ein weitergehender schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen.



6. Eine vom 7. Oktober 2003 datierende erste Akontorechnung (Nr. 1530.1) sandte die Beklagte an die F. Generalbau AG (bekl. act. 2). Nach übereinstimmender Parteidarstellung verlangte in der Folge D., dass die Rechnung auf die Klägerin auszustellen sei, was in der Folge mit gleichem Datum und gleicher Rechnungsnummer geschah (kläg. act. 26a). In der Folge stellte die Beklagte ihre Rechnungen an die Klägerin.

7. Im Herbst 2004 wurde offensichtlich die Bauausführung vorbereitet. Die Klägerin reicht das Deckblatt eines Werkvertrages mit der Q. Bedachungen AG, R., für Spengler- und Flachdacharbeiten ein, der auf dem Papier der F. Generalbau AG steht, als Bauherr die Klägerin, als Architekt die O. Architekten AG und als "Eingabeort" die F. Generalbau AG nennt (kläg. act. 24). Der Vertrag ist wie folgt unterzeichnet:

Der Bauherr    Der Generalunternehmer    Der Unternehmer

(D.)                      (D.)                                      (Q.)

8. Am 10. Februar 2005 wurde unbestrittenermassen mit den Bauarbeiten (Aushub) für acht Terrassenhäuser im Baufeld C 1 begonnen (Klage [nachfolgend K], S. 17, Ziff. 5; Klageantwort [nachfolgend KA], S. 16, Zu 5). Am 14. Februar 2005 kaufte die Klägerin von L. die Parzelle "Baufeld C 1", Grundstück Nr. ...., S.-strasse, C., umfassend 4'318 m<sup>2</sup> Wiese und Wald, für Fr. 1'052'520.--.

9. Im Zuge der Bauarbeiten lieferte die Beklagte laufend die Ingenieurpläne, teils an den Architekten, an den Stahlbauer oder (überwiegend) an die Klägerin. Die Klägerin weist darauf hin, dass die letzte Planlieferung "soweit ersichtlich" am 18. Oktober 2005 stattgefunden habe; die Beklagte behaftet sie darauf (K, S. 18; KA, S. 16). Nach Oktober 2005 will die Beklagte nach dem von ihr eingereichten Formular "Nachkalkulation" (bekl. act. 4) nicht mehr auf diesem Projekt gearbeitet haben (KA, S. 16).

10. Bereits während der Bauarbeiten begann die Klägerin mit dem Verkauf der Terrassenhäuser (Vertragsschlüsse zwischen März 2005 und November 2006; Grundbucheintragungen ab März 2006; vgl. kläg. act 39 a-c und bekl. act. 5-10).



11. Die "Werkabnahme gem. Art. 157ff. Norm SIA 118" wurde nach den von der Klägerin (für die Häuser A 1, 3 und 4 sowie B 1-4) eingereichten Akten (kläg. act. 40 a-g) jeweils direkt mit den Käufern durchgeführt. Auf den eingereichten Formularen ist in sechs Fällen "unwesentliche Mängel" und in einem Fall "keine Mängel" (kläg. act. 40e, aber mit dem Vermerk: "keine Garantie auf selbst gemauerte Wände, [runde Wand] und Verputz und Ablagen, Schalldämmlager fehlen") angekreuzt. Risse u.ä. wurden zunächst nur vereinzelt gerügt. Nach klägerischer Sachdarstellung wurden im Frühjahr 2006 Ablösungen des Fertigputzes im Bereich der freistehenden Flügelmauern A 1 und B 1-4 sichtbar, was auf mangelnde Austrocknung und allfällige Wassereintritte zurückgeführt wurde. Ab Frühsommer 2006 zeigten sich auch Risse an den Fassadenwänden, später auch an Innenwänden, die sich vermehrten und vergrösserten. Bereits im Juni 2006 orientierte die Klägerin die Käufer über Putzablösungen und Risse in den Häusern und hielt sie über die vorhin erwähnten weiteren Abklärungen soweit ersichtlich auf dem laufenden (kläg. act. 75, 80 ff., 90, 93, 96). Die Werkabnahme T. vom 22. September 2006 (kläg. act. 40g) vermerkt: "Die Fassadenrisse + Sitzplatz West" werden mit dem Anwalt von der Familie T. abgewickelt und sind Stand heute bekannt."

12. Die F. Generalbau AG veranlasste am 12. Juni 2006 (kläg. act. 41) ein Gutachten der U.-Expert AG, das am 8. August 2006 erstattet und der Beklagten am 13. September 2006 zugestellt wurde. Im Herbst 2006 zeigten sich auch Absenkungen der Sitzplatzanbauten. In der Folge lud die F. Generalbau AG die für Konzeption und Ausführung der Überbauung wesentlichen Dienstleister zu diversen Besprechungen ein, anlässlich welcher der Sachverhalt analysiert, weitere Abklärungen durch Experten veranlasst und die Frage nach den Verantwortlichkeiten aufgeworfen wurden. Später nahmen dann regelmässig auch die Haftpflichtversicherer der entsprechenden Beteiligten an diesen Besprechungen teil.

Für die Fassadenrisse erstattete die U.-Expert AG, V., der Klägerin ein Gutachten am 23. Oktober 2006 (kläg.act. 51). Es wurde aber insbesondere auch beschlossen, das statische System insgesamt abzuklären, wobei dies für den Trakt A der Beklagten übertragen wurde, während für den Trakt B ein aussenstehender Experte - Dr. W. von der W. AG, X. - beauftragt wurde. Die Beklagte erklärte, dass die Statik in Trakt A den Normen entspreche und damit die Tragsicherheit gegeben sei (kläg. act. 38). Dr. W. kam zum Schluss, dass in Trakt B der nötige Tragwiderstand nicht erreicht werde und



dort daher Sanierungsmassnahmen nötig seien (eMail vom 28. November 2006; kläg. act. 54). Er wurde in der Folge beauftragt, auch die Tragsicherheit in Trakt A zu überprüfen, und stellte auch dort Sanierungsbedarf fest (eMail vom 20. Dezember 2006; kläg. act. 58). Die W. AG wurde in der Folge auch damit betraut, die Sanierung zu konzipieren und zu leiten. In einem weiteren Bericht vom 17. Januar 2007 hielt Dr. W. fest, dass die Brand- und Erdbebensicherheit nachgewiesen sein müsste (eMail vom 17. Januar 2007, kläg. act. 60). Am 7. März 2007 berichtete Dr. W., dass die Erdbebensicherheit nicht gewährleistet sei (eMail vom 7. März 2007, kläg. act. 66). An einer Besprechung vom 12. März 2007 hielt Dr. W. ferner fest, dass die Verantwortlichkeit für die Durchstanzproblematik und für die Statik der Westfassade bei der Beklagten liege. In der Folge teilte die W. AG mit, dass die Planungsarbeiten für die Sanierung abgeschlossen seien (eMail vom 16. März 2007, kläg. act. 68), legte einen zusammenfassenden Bericht "Mängel, Kostenverteiler" vom 28. März/10. April 2007 (kläg. act. 69) sowie einen solchen betreffend Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung vom 13. April 2007 (kläg. act. 70) vor. Zwei weitere Expertisen betrafen die bauphysikalische Beurteilung der Fassadenrisse (Y. AG, X., vom 25. Mai 2007, kläg. act. 72) sowie die Risse innerhalb der Wohnungen (V. und Dr. W. vom 15. November 2007, kläg. act. 74).

13. Am 20. April 2007 stellte sich der Rechtsdienst der Z. Versicherungen gegenüber der F. Generalbau AG auf den Standpunkt, es bestehe aus seiner Sicht ein Vertragsverhältnis der Beklagten nur zur F. Generalbau AG, nicht zur Klägerin, und eine allfällige Haftpflicht wäre im übrigen verjährt (kläg. act. 111). Am 24. April 2007 nahm er noch einlässlich Stellung (kläg. act. 113). Der Rechtsvertreter der Beklagten erklärte gegenüber dem Rechtsvertreter der Klägerin mit Schreiben vom 11. Mai 2007, dass die Beklagte keinen Auftrag an die W. AG zur Erdbebenertüchtigung erteilen werde (kläg. act. 86).

14. In den nachfolgenden Verhandlungen einigten sich die Parteien nicht, weshalb die Klägerin mit Klage vom 17. September 2008 gegen die Beklagte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren anhängig machte.

15. Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage. Sie beruft sich ihrerseits darauf, dass ein Vertragsverhältnis nur zwischen der Beklagten und der F. Generalbau AG, nicht der Klägerin bestehe und das Verhältnis zwischen der Klägerin und der F.



Generalbau AG unklar sei. Die Beklagte habe ihre Leistungen im Rahmen eines Werkvertrages zur F. Generalbau AG erbracht. Allfällige Mängelrechte aufgrund dieses Vertrages seien mangels rechtzeitiger Mängelrüge verwirkt und im Übrigen verjährt. Die Beklagte beantragt daher, das Verfahren einstweilen auf die Verjährungs- und Verwirkungsfrage zu beschränken und darüber einen Teilentscheid zu erlassen.

16. Der Handelsgerichtspräsident beschränkte das Verfahren mit Schreiben vom 26. November 2008 auf die Frage, ob die Ansprüche der Klägerin verjährt und/oder verwirkt seien.

17. In ihrer Replik (nachfolgend R) vom 4. Februar 2009 modifizierte die Klägerin ihre Rechtsbegehren wie vorne dargestellt. Im Übrigen äusserte sie sich im Wesentlichen entsprechend der erwähnten Beschränkung des Prozessthemas, wobei sie allerdings beantragt, im Teilentscheid "... zusätzlich die Vertragsverhältnisse zwischen der Klägerin und der F. Generalbau AG sowie zwischen diesen Beteiligten und der Beklagten verbindlich festzustellen".

18. In ihrer Duplik (nachfolgend D) vom 9. April 2009 hält die Beklagte an ihrem Rechtsbegehren gemäss Klageantwort fest. Sie geht ihrerseits davon aus, dass das "Thema der Verjährung und Verwirkung ... die ganze von der Klägerin darzulegende Vertrages- bzw. Regresskette" betreffe.

19. Mit nachträglicher Eingabe vom 27. April 2009 reicht die Klägerin neue Akten ein. Die Beklagte beantragt am 8. Mai 2009, die Eingabe aus dem Recht zu weisen und tritt ihr eventualiter auch materiell entgegen.

II.

1. Nach Art. 14 Abs. 1 ZPO ist das Handelsgericht zuständig für Streitigkeiten zwischen Parteien, die im schweizerischen Handelsregister oder in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragen sind, wenn die Streitigkeit mit der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit zusammenhängt und der Streitwert Fr. 30 000.-- übersteigt. Diese Voraussetzungen sind offenkundig gegeben und unbestritten. Das Handelsgericht ist für die vorliegende Streitsache zuständig.



2. Die Beschränkung des Verfahrens richtet sich nach dem Schreiben des Handelsgerichtspräsidenten vom 26. November 2008, dem der Charakter einer prozessleitenden Verfügung zukommt. Thema dieses Teilentscheides sind demnach die Fragen der Verjährung und der Verwirkung.

3. Die Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten interessieren insoweit, als sie eine Prämisse zur Beurteilung der Verjährungs- und der Verwirkungsfrage sind. Darüber hinaus sind sie im Rahmen dieses Teilentscheides nicht im Detail zu analysieren.

III.

### **A. Allgemeines**

1. Zwischen den Parteien ist in der Sache strittig, ob und inwieweit die Beklagte der Klägerin aus Planungsmängeln haftet. Dabei geht es einerseits um Bauschäden (insbesondere Risse), die an den inzwischen verkauften Stockwerkeigentumseinheiten entstanden sind, sowie um fehlende Erdbebensicherheit. Beides wird von der Klägerin gestützt auf die vorprozessual von den Parteien veranlassten Gutachten wesentlich auf von der Beklagten zu verantwortende konzeptionelle Mängel zurückgeführt, insbesondere auf Mängel im statischen System.

Ob und inwieweit die Beklagte dafür haftet, hängt zunächst davon ab, zwischen wem - und insbesondere, ob zwischen Klägerin und Beklagter - vertragliche Beziehungen bestehen, und wenn ja, welche.

### **B. Wer ist Vertragspartei bzw. Partei welches Vertrages?**

2. Die im einzelnen sehr ausführlichen und komplexen Darlegungen der Parteien zur "Vertragskette" können im Überblick wie folgt zusammengefasst werden:



a) Die Klägerin geht davon aus, dass durch die im Briefwechsel vom 13./18./23. Dezember 2002 (kläg. act. 15, 17 und 18) zwischen der Beklagten und der als Baumanagerin für die Klägerin tätigen, vom selben Alleinaktionär beherrschten und mit ihr organidentischen F. Generalbau AG ausgetauschten Willenserklärungen ein Vertrag zwischen ihr (der Klägerin) und der Beklagten zustande gekommen sei, indem die F. Generalbau AG für die Beklagte erkennbar als Bauherrenvertreterin in direkter Stellvertretung gehandelt habe (R 21, 26, 49; vgl. K 43). Zumindest sei es der Beklagten gleichgültig gewesen, wer Bestellerin ihrer Leistungen sei (a.a.O., vgl. Art. 32 Abs. 2 OR a.E.). Folge man dem nicht, sei der Vertrag zumindest in der Folge auf sie übergegangen, denn die Beklagte habe auf Verlangen von D. die zunächst an die F. Generalbau AG adressierte erste - sowie alle folgenden - Rechnungen widerspruchslös auf die Klägerin ausgestellt, und diese habe sie bezahlt. Zudem würden alle Pläne stets die Klägerin als Bauherrschaft nennen.

Wenn man auch keinen Übergang des Vertrages im beschriebenen Sinne annehmen wolle, wären nach Auffassung der Klägerin aber selbst im Auftrag der Klägerin oder in Geschäftsführung ohne Auftrag durch die F. Generalbau AG eingegangene vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte nach Art. 401 Abs. 1 OR auf die Klägerin übergegangen, da die Klägerin für sämtliche von der F. Generalbau AG eingegangenen Verbindlichkeiten aufgekommen sei. Ergänzend verweist die Klägerin auf die ins Recht gelegten Zessionen, mit welcher die F. Generalbau AG ihre allfälligen Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin abgetreten hat (kläg. act. 117 und 119).

Vor diesem Hintergrund erachtet die Klägerin die F. Generalbau AG als reine Bauherrenvertreterin. Sollte dem nicht gefolgt werden, sei zwischen ihr (als Bestellerin) und der F. Generalbau AG (als Unternehmerin) ein Generalunternehmervertrag anzunehmen, entweder mit den weiteren Unternehmern (und allenfalls den Planern) als Subunternehmern oder (weil die Klägerin sämtliche Rechnungen direkt bezahlt habe) als parallelen direkten Vertragspartnern der Klägerin, oder sonst hätten die Klägerin und die F. Generalbau AG die Häuser als einfache Gesellschaft erstellt (K 44; R 39 ff.).

b) Die Beklagte kritisiert, dass die klägerischen Vorbringen zur "Vertragskette" zwischen den einzelnen Beteiligten (Käufer - Klägerin - F. Generalbau AG - Beklagte) diffus und unsubstanziert seien (KA 3 ff.). Impliziter Ausgangspunkt der Vorbringen der Beklagten ist, dass sie eine vertragliche Beziehung lediglich zur F. Generalbau AG,



nicht zur Klägerin habe (KA 7, 13 ff., 15; D 18 f., 27). Sie nimmt daher an, dass sich eine Haftung der Beklagten nur über die F. Generalbau AG als Bindeglied konstruieren liesse, und ist bestrebt, entsprechende Ansprüche der Klägerin zu widerlegen. Ihre Überlegungen laufen im wesentlichen auf die Aussage hinaus, dass die Klägerin weder ihre Beziehung zur F. Generalbau AG, noch diejenige dieser Gesellschaft zur Beklagten substantiiere, noch plausibel darlege, welche Ansprüche ihr überhaupt zustünden.

Die Beklagte geht zunächst davon aus, dass die Klägerin nur (Regress-)Ansprüche geltend machen könne, die aus begründeten Gewährleistungsansprüchen der Käufer ihr gegenüber folgen. Ihre eigene Haftbarkeit gegenüber den Käufern - die die Voraussetzung dafür wäre, dass sie geschädigt wäre und Regress auf die F. Generalbau AG nehmen könnte - substantiiere sie aber nicht (KA 4). Die Beklagte erachtet es vielmehr als "zweifelhaft", ob die Käufer überhaupt Ansprüche gegenüber der Klägerin hätten, da diese den Käufern nach den Kaufverträgen (kläg. act. 39 ff.) nur Gewähr leiste im Rahmen der Garantieansprüche, die ihr gegenüber den am Bau beteiligten Handwerkern, Unternehmern und Lieferanten zustehe.

Zu diesen gehöre die F. Generalbau AG nicht, diese sei nie als "Bestellerin eines Bauwerks" nach Art. 371 Abs. 2 OR aufgetreten (KA 3, 50; D 22). Die Klägerin versuche, die Unklarheit ihres Verhältnisses zur F. Generalbau AG durch eine Abtretung von deren angeblichen Forderungen gegenüber der Beklagten zu überspielen (KA 3, 5, 43 f.; D 9 f., 13 ff.). Sie behaupte aber nicht, gegenüber der F. Generalbau AG je Ansprüche geltend gemacht zu haben bzw. dass es solche Ansprüche je gegeben habe. Die Klägerin lege sodann nicht offen, wie und in welchem Rechtsverhältnis die F. Generalbau AG die Leistungen der Beklagten auf die Klägerin übertragen habe (KA 14). Die Weitergabe der von der Beklagten an die die F. Generalbau AG erbrachten Leistungen durch diese Gesellschaft an die Klägerin habe anscheinend vertragslos und unentgeltlich stattgefunden. Eine Haftung der F. Generalbau AG gegenüber der Klägerin sei daher fraglich (KA 5); die Klägerin belege jedenfalls nicht, dass die F. Generalbau AG ihr gegenüber unter irgendeinem Titel für die Übertragung der angeblich mangelhaften Planungsleistung der Beklagten hafte. Bestünde aber ein Vertrag zwischen der Klägerin und der F. Generalbau AG, läge darin wegen der Organidentität der beiden Gesellschaften unzulässiges Selbstkontrahieren.



Wenn die Klägerin den Käufern haften würde und gültige Ansprüche gegenüber der F. Generalbau AG hätte, müsste sie überdies deren Anspruch gegenüber der Beklagten belegen, was sie ebenfalls nicht tue. Faktisch strebe die Klägerin eine Drittschadensliquidation auf Umwegen an und fordere mehr, als der F. Generalbau AG gegenüber der Beklagten je zugestanden habe, denn ein Schaden der F. Generalbau AG sei nicht belegt. Diese sei weder Eigentümerin einer Stockwerkseinheit, noch Verkäuferin von Stockwerkeigentumseinheiten, noch hafte sie gegenüber den Eigentümern oder der Verkäuferin (d.h. der Klägerin) und habe daher auch keine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte (KA 6, 30).

Die drei Varianten der Klägerin zur rechtlichen Würdigung des Verhältnisses Klägerin/ F. Generalbau AG (F. Generalbau AG als Bauherrenvertreterin; eventuell als Generalunternehmerin; allenfalls einfache Gesellschaft) seien sachverhaltlich und rechtlich unsubstanziert (KA 44). Es sei nicht ersichtlich, ob die F. Generalbau AG in irgendeiner Weise im Auftrag der Klägerin oder in Geschäftsführung ohne Auftrag gehandelt oder ob sie die von ihr bestellten Vertragsleistungen der Klägerin geschenkt habe. Ein Austauschverhältnis zwischen der F. Generalbau AG und der Klägerin sei nicht belegt. Die F. Generalbau AG habe die Beklagte einfach angewiesen, die Pläne direkt der Klägerin zu senden, ohne dass dafür eine Gegenleistung der Klägerin gegenüber der F. Generalbau AG ersichtlich sei.

c) Auf weitere Einzelheiten der Vorbringen der Parteien ist in den Erwägungen im einzelnen einzugehen.

3. Das Verhältnis der Käufer zur Klägerin ist offenkundig vertraglich. Es interessiert aber im vorliegenden Prozess nur, soweit davon Existenz und Umfang von Ansprüchen der Klägerin gegenüber der Beklagten abhängen. Diese bilden an sich aber nicht Gegenstand dieses Vorentscheides. Ob und inwieweit sich diese Forderungen auf allfällige Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten auswirken, ist daher nur zu prüfen, soweit dies der Prozessgegenstandes des vorliegenden Teilentscheides nötig macht. Darauf ist, soweit erforderlich, im Sachzusammenhang einzugehen.

4. Von der Beklagten sehr ausführlich thematisiert wird das Verhältnis zwischen der Klägerin und der F. Generalbau AG. Dieser Frage - gleich wie derjenigen des Verhältnisses zwischen der F. Generalbau AG und der Beklagten - kommt aber nur



dann Bedeutung zu, wenn entsprechend den Vorbringen der Beklagten und entgegen denjenigen der Klägerin kein Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten anzunehmen ist. Es ist daher vorweg zu prüfen, ob und inwieweit entsprechend den klägerischen Vorbringen ein Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht.

5. Es ist unbestritten, dass ein Ingenieurvertrag abgeschlossen worden ist. Dabei handelt es sich nicht um einen detaillierten schriftlichen Ingenieurvertrag, etwa nach dem Muster eines SIA-Vertrages. Den einzigen dokumentarischen Beleg dieses Vertrages bildet der Briefwechsel vom 13./18./23. Dezember 2002 zwischen der Beklagten und der F. Generalbau AG (kläg. act. 15, 17 und 18).

Strittig ist dagegen, wer die Parteien dieses Vertrages sind. Die Klägerin behauptet, sie sei Vertragspartnerin der Beklagten. Der Beklagten sei bekannt oder jedenfalls erkennbar gewesen, dass die F. Generalbau AG als Bauherrenvertreterin gehandelt habe; zumindest sei ihr gleichgültig gewesen, mit welchem Besteller/Auftraggeber sie den Vertrag schliesse.

Die Beklagte bestreitet das. Sie nimmt an, dass sie bloss zur F. Generalbau AG, nicht zur Klägerin, in einem Vertragsverhältnis gestanden habe (KA 7, 13 ff., 15; D 18 f., 27). Sie bestreitet, dass die F. Generalbau AG als Vertreterin der Klägerin aufgetreten (KA 44; D 14) und es der Beklagten gleichgültig gewesen sei, mit wem sie den Vertrag schliesse (D 18). Ebenso wenig habe eine Vertragsübernahme durch die Klägerin stattgefunden. Insbesondere habe das Begehren der Klägerin, die Rechnung auf sie auszustellen, lediglich eine Änderung der Rechnungsadresse, nicht der Vertragspartei bewirkt (KA 15, 42; D 21 ff.).

a) Ob die F. Generalbau AG im eigenen Namen oder aber im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Variante 1 OR als direkte Vertreterin der Klägerin handelte, ob die Beklagte auf das behauptete Vertretungsverhältnis schliessen musste (Art. 32 Abs. 2 Variante 2 OR) oder ob es - entsprechend der Behauptung der Klägerin - der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 Variante 3 OR), ist primär aufgrund der verfügbaren Akten und Indizien, gegebenenfalls eines Beweisverfahrens, zu beurteilen. Sachlich läuft dies auf eine Auslegung des abgeschlossenen Ingenieurvertrages bezüglich der daran beteiligten Personen hinaus; zumindest bestehen Parallelen zum Vorgang der Vertragsauslegung.



b) Nach Art. 18 Abs. 1 OR ist für die Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ("subjektive Auslegung"; BGE 132 III 626 E. 3 S. 632 mit Hinweisen; Kramer, BeK, N 18 ff. zu Art. 18 OR; Jäggi/Gauch, ZK, N 23 ff. zu Art. 18 OR). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage (BGE 132 III 626 E. 3 S. 632; 128 III 70 E. 1a S. 73 mit Hinweisen). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (BGE 128 III 70 E. 1a S. 73).

Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 E. 3 S. 632 mit Hinweisen; 126 III 119 E. 2a S. 120; 125 III 263 S. 165; 125 III 435 E. 2a/aa S. 436 f.; 118 II 365 E.1 S. 366; 117 II 278 E. 5a; je mit Hinweisen; Wiegand, BaK, N 32 ff., 42 zu Art. 18 OR; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 12 N 31; Jäggi/Gauch, ZK, N 332 zu Art. 18 OR). Die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip bildet Rechtsfrage (BGE 132 III 626 E. 3 S. 632 mit Hinweisen; 118 II 365 E. 1 S. 366; 117 II 278 f. E. 5a).

c) Im Briefwechsel vom 13./18./23. Dezember 2002 gibt sich die F. Generalbau AG nicht als Vertreterin der Klägerin aus. Aufgrund der vorhandenen Schriftstücke kann somit die Behauptung der Klägerin, der Vertrag sei entgegen dem erweckten Anschein in Wirklichkeit zwischen der Beklagten und der Klägerin zustande gekommen, nicht nachvollzogen werden. Auch der Hinweis in der Offertbestätigung der F. Generalbau AG vom 23. Dezember 2002 dass "... wir heute noch nicht (wissen), wie wir die B. AG ab Februar 03 beschäftigen sollen ..." (kläg. act. 18), lässt zwar Bezüge der einen zur anderen Gesellschaft erkennen, aber nicht darauf schliessen, dass die F. Generalbau AG die Klägerin explizit vertrat.

d) Zu prüfen bleibt, ob anzunehmen ist, dass es der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 Variante 3 OR).

aa) Dieser Fall setzt zunächst voraus, dass die als Vertreterin erachtete Person - hier die F. Generalbau AG - Vertretungsmacht (Zäch, BeK, N 2 zu Art. 32 OR; Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1333)



und den entsprechenden Vertretungswillen hatte (BGE 117 III 387 E. 2a, c S. 389 ff.; Koller, OR AT, 3. Aufl., Bern 2009, § 16 N 24 ff.; Watter/Schneller, BaK, N 20 zu Art. 32 OR), obwohl sie sich nicht explizit als Vertreterin zu erkennen gab. Wenn der Wille des Vertreters, im Namen eines anderen zu handeln, gegeben ist, ersetzt die Gleichgültigkeit des Dritten die Äusserung dieses Willens durch den Vertreter, und die Vertretungswirkung tritt auch dann ein, wenn der Dritte das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses nicht kennt (BGE 117 II 387 E. 2a S. 389; 88 II 350 E. 1e S. 357; Koller, OR AT, § 16 N 24). Die Gleichgültigkeit des Dritten muss in Bezug auf den Vertreter und den Vertretenen bestehen (BGE 117 II 387 E. 2c S. 390 f.; Watter/Schneller, BaK, N 20 zu Art. 32 OR); sie beinhaltet das explizite oder konkludente Einverständnis des Dritten, dass ihm die letztendliche Vertragspartei - die eine von der Vertreterin verschiedene Person oder aber die Vertreterin selber sein kann - erst später bekanntgegeben werde (Zäch, BeK, N 10 ff. zu Art. 32 OR). - Der Schluss auf die Gleichgültigkeit des Dritten (hier: der Beklagten) ist regelmässig durch Indizien zu leisten (Zäch, BeK, N 111 zu Art. 32 OR).

bb) Zwischen der Klägerin und der F. Generalbau AG besteht, wie dem Handelsregister zu entnehmen ist, Organidentität. Die handelnden Personen konnten somit den Willen beider Gesellschaften bilden. Die Beklagte anerkennt im Schriftenwechsel auch, dass die beiden Gesellschaften von derselben Person - D. - beherrscht sind. Dies lässt auch ohne schriftlichen Beleg den Schluss zu, dass - entsprechenden Willen vorausgesetzt - die eine Gesellschaft die andere vertreten konnte. Dass sich die beiden Gesellschaften nahestehen, folgt auch aus dem in der vorstehenden Ziffer zitierten Hinweis im Schreiben der F. Generalbau AG vom 23. Dezember 2009 (kläg. act. 18), dass "... wir heute noch nicht (wissen), wie wir die B. AG ab Februar 03 beschäftigen sollen ...". Die durch denselben Brief belegte persönliche Bekanntschaft zwischen D. und P. von der Beklagten (Hoi "P.") lässt sodann als unabweisbar erscheinen, dass P. dieses Näheverhältnis der beiden Gesellschaften bekannt war. Die Rechtsmacht der F. Generalbau AG, die Klägerin zu vertreten, war somit gegeben und der Beklagten auch bekannt.

cc) Die F. Generalbau AG ist zwar - wie erwähnt - nach den Akten gegenüber der Beklagten nicht als Vertreterin der Klägerin aufgetreten. Zu prüfen bleibt, ob trotzdem auf einen entsprechenden Willen zu schliessen ist. Hierfür sprechen abgesehen von dem durch die Klägerin behaupteten und mittels Parteiaussage von D. zum Beweis



verstellten Auftrag an die F. Generalbau AG, für die Klägerin bei der Beklagten Bauingenieurleistungen zu bestellen (R 37 f.), diverse weitere Indizien. So wurden der Architekturvertrag mit der O. Architekten AG, C. (kläg. act. 16), und die in den Akten liegenden Verträge mit Handwerkern und Beauftragten (kläg. act. 24 sowie 120 ff.) und die Bauwesen-Versicherung (kläg. act. 25) durch die Klägerin als Bauherrschaft abgeschlossen. Die Pläne der Beklagten nennen die Klägerin als Bauherrschaft (kläg. act. 126a ff.), desgleichen die Eisenbestelllisten der Beklagten (kläg. act. 128a ff.), und die Beklagte lieferte diese mit wenigen Ausnahmen (kläg. act. 32-34) meistens auch der Klägerin ab (Lieferscheine kläg. act. 35 a-c, 123a ff.).

Die F. Generalbau AG hat sich gegenüber Dritten zeitweise zwar als "Generalunternehmer" bzw. "Generalunternehmung" bezeichnet (z.B. im Verkaufsprospekt, kläg. act. 22; im Werkvertrag kläg. act. 24, den sie neben der als "Bauherr" bezeichneten Klägerin als "Generalunternehmer" unterzeichnet hat, oder im Zusammenhang mit der "Werkabnahme gem. Art. 157 ff. Norm SIA 118" [kläg. act. 40a-g]). Daneben sind vorab Managementaufgaben für die Klägerin (Funktion als "Eingabeort, kläg. act. 24; vgl. kläg. act. 120; Rechnungskontrolle, kläg. act. 27) dokumentiert. Eine eigentliche Generalunternehmerstätigkeit ist nicht aktenkundig. Auch die Werkabnahmeprotokolle, auf denen die F. Generalbau AG oben als Generalunternehmer figuriert, unterzeichnet die oben als ihr Vertreter genannte Person dann als "Bauleitung" (kläg. act. 40a ff.). Die vorhandenen Unternehmer- und Dienstleisterrechnungen (kläg. act. 24 und 120 ff.) - inklusive diejenigen der Beklagten (kläg. act. 26a-c) - und die abgeschlossene Bauwesen-Versicherung (kläg. act. 25) lauten auf die Klägerin. Eine eigentliche Generalunternehmerstellung der F. Generalbau AG erscheint nach den im Recht liegenden Akten nicht als real. Auf die von der Klägerin angebotene "Edition" ihrer eigenen Akten ist nicht einzugehen und sie scheint vorliegend angesichts der oben aufgeführten Indizien auch nicht nötig.

Die Umstände - soweit ersichtlich - sprechen vielmehr dafür, dass es der F. Generalbau AG im wesentlichen darum ging, die Klägerin zu unterstützen, ihre Interessen zu wahren und Organisations- bzw. Managementaufgaben für sie wahrzunehmen. Dazu passt auch, dass sie ihrer Aktensendung an die Z. Versicherungen vom 7. Dezember 2006 (kläg. act. 56) - mehrere Monate, bevor die Sachlegitimationsfrage strittig wurde - ein Organigramm vom 5. Dezember 2006 beilegte, das sie als "Bauherrenvertretung" und die Klägerin als "Bauträger" bezeichnet



(kläg. act. 57), und dass sie gegenüber der Klägerin auf einer nicht näher nach Leistungen spezifizierten Honorarbasis abrechnete (kläg. act. 28). Dies sind zugleich Indizien dafür, dass sie den Ingenieurvertrag für die Klägerin - gleich wie die erwähnten weiteren Verträge - und nicht für sich selber abschliessen, sondern die Klägerin in diesem Zusammenhang vertreten wollte. Es bestehen somit ausreichende Indizien für einen Vertretungswillen der F. Generalbau AG, auch wenn dieser in der zum Vertragsschluss führenden Korrespondenz nicht explizit geäussert wird (vgl. BGE 117 II 387 E. 2a S. 389; 88 II 350 E. 1e S. 357; Koller, OR AT, § 16 N 24).

dd) Ob es der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schliesse, hängt letztlich seinerseits von der Würdigung der konkreten Umstände und der Vorbringen der Parteien im Lichte der oben erwähnten Lehre und Praxis ab:

Der Ingenieurvertrag bezog sich auf ein bestimmtes Projekt - "8 Terrassenhäuser C 1 'K.', C." (kläg. act. 15, 17 und 18). Die Details - zeitliche Aspekte, Ausführung u.a.m. - standen im einzelnen noch nicht fest; die Ausgangssituation war in verschiedenerlei Hinsicht offen. Aktenmässige Indizien, dass es der Beklagten auf die Person des Auftraggebers ankam, sind nicht ersichtlich.

Die Beklagte bestreitet zwar, dass ihr die Person des Vertragspartners gleichgültig gewesen sei, und sie erachtete nach ihren Angaben im Schriftenwechsel die F. Generalbau AG, nicht die Klägerin, als Kundin. So trug sie in ihrer "Rechnungskontrolle Honorare" für 2003 (teilweise) die F. Generalbau AG in der Textspalte ein (bekl. act. 3) und stellte die erste Akontorechnung vom 7. Oktober 2009 auf die F. Generalbau AG aus (bekl. act. 2). Auf die Aufforderung von D. bzw. der Klägerin hin stellte sie jedoch eine neue, auf die Klägerin lautende Rechnung unter gleichem Datum und gleicher Rechnungsnummer aus (kläg. act. 26a), und auch die folgenden Rechnungen wurden - soweit ersichtlich, zudem unbestritten - so adressiert (kläg.act. 26b-d). Irgendwelche einschränkenden Vorbehalte der Beklagten gegen diese Änderung sind nicht aktenkundig und werden auch nicht behauptet. In der Rechnungskontrolle 2003 der Beklagten ist in der Textspalte neu "B. AG Baugesch., C." eingefügt und "F. Generalbau AG, C." darunter in Klammern gesetzt (bekl. act. 3; spätere Formulare "Rechnungskontrolle" liegen nicht bei den Akten). Die F. Generalbau AG hat auf ihren Zahlungsanweisungen für die Honorarauszahlungen ihrerseits jeweils die Klägerin als Bauherrschaft genannt (kläg. act. 27).



Zwar ist strittig, ob D. bei seiner Anweisung an die Beklagte, die Rechnungen auf die Klägerin auszustellen, auch klarstellte, dass ausschliesslich die Klägerin Vertragspartnerin der Beklagten sei und die Beklagte dies anerkannte - so die Klägerin (vgl. R 28, 31 f.) -, oder ob es - so die Beklagte (KA 14) - nur darum ging, dass die Klägerin Rechnungsadresse sein sollte. Die Klägerin beruft sich hierfür auf die Parteiaussage von D., die Beklagte auf P. als Zeugen.

Dass es in diesem Zusammenhang nur um die Änderung einer Rechnungsadresse und nicht um die Klarstellung der Auftraggeberrolle ging, ist indessen nach den Umständen wenig wahrscheinlich. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse die Klägerin an einer derart beschränkten Änderung gehabt hätte, und zudem hätten sich mehrwertsteuerrechtliche Komplikationen ergeben können. Hinzu kommt - wie schon erwähnt -, dass auf allen von der Beklagten erstellten Plänen und Eisenbestelllisten stets die Klägerin als Bauherrschaft genannt wird (kläg. act. 126a ff., 128a ff.), die Pläne, soweit sie nicht an spezielle Adressaten gingen, regelmässig der Klägerin abgeliefert wurden (Lieferscheine kläg. act. 35 a-c, 123a ff.; Ausnahmen etwa kläg. act. 32-34), und die Arbeiten der Beklagten offensichtlich im Hinblick auf die Baustelle "K." erbracht wurden, deren Boden seit dem 14. Februar 2005 im Eigentum der Klägerin stand (kläg. act. 23). Eine eigenständige, über das Baumanagement hinausgehende, auftraggeber- bzw. bauherrenähnliche Rolle der F. Generalbau AG im Aussenverhältnis ist - mit Ausnahme der Korrespondenz betreffend Ingenieurvertrag (kläg. act. 15, 17 und 18) - nicht ersichtlich.

e) All dies legt nahe, dass es der Beklagten gleichgültig war, welche der beiden Gesellschaften Auftraggeber war (vgl. Art. 32 Abs. 2 Variante 3 OR). Die eingangs erwähnte Offenheit der Situation im Zeitpunkt des Abschlusses des Ingenieurvertrages kann sogar so ausgelegt werden, dass diejenige Gesellschaft Vertragspartei sein solle, welche im Zeitpunkt der Umsetzung dannzumal federführend sein und die nachgefragten Ingenieurleistungen entgegennehmen würde (vgl. Zäch, BeK, N 10 ff. zu Art. 32 OR). Auch sonst macht die Beklagte keine handfesten Gründe namhaft, weshalb für sie nur die eine, nicht aber die andere der beiden - wie ihr selber bekannt - eng verbundenen Gesellschaften als Auftraggeberin in Frage kam. Die Schlussfolgerung, dass es der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schliesse, und dass demzufolge der Vertrag mit der Klägerin, nicht mit der F. Generalbau AG zustande kam (dies von Anfang an, spätestens aber aufgrund der



Konkretisierung der Vertragspartei im Zusammenhang mit der ersten Akontorechnung der Beklagten), drängt sich daher nach dem Gesamteindruck auf und ist nach den gesamten geschilderten Umständen, insbesondere dem klaren, offenkundigen Bezug der Tätigkeit der Beklagten zum Bauvorhaben der Klägerin, auch wirtschaftlich stimmig. Demzufolge können weitere Beweismassnahmen zu dieser Frage unterbleiben.

6. Für den Fall, dass der fragliche Ingenieurvertrag entgegen dem vorhin Ausgeführten nicht mit der Klägerin, sondern mit der F. Generalbau AG zustande gekommen wäre, macht die Klägerin primär geltend, dass die Beklagte durch die ohne Einbezug der F. Generalbau AG erfolgte Leistungserbringung und Rechnungsstellung an die Klägerin der Übertragung des Vertrages von der F. Generalbau AG auf die Klägerin bzw. deren Eintritt als direkte Vertragspartnerin der Beklagten zugestimmt habe (R 21).

a) Die Übertragung eines Vertragsverhältnisses als Ganzes auf eine neue Partei bedarf nach herrschender Lehre eines entsprechenden Vertrages zwischen allen drei Beteiligten (Tschäni, BaK, N 2 zu Art. 175 OR; Koller, OR AT, § 83 N 23 ff.; Spirig, ZK, N 24 zu Art. 164 OR; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 1498; Favre, *Le transfert conventionnel du contrat*, Freiburg 2005, insb. S. 29 ff., 115 ff. und passim). Dieses Rechtsinstitut ist - abgesehen von Einzeltatbeständen (z.B. Art. 263 OR) - im Gesetz nicht geregelt. Für den Abschluss eines solchen Vertrages gelten mangels besonderer gesetzlicher Regelung die allgemeinen Regeln (Art. 1 und ff. OR); die übereinstimmenden Willensäusserungen können, soweit der zugrunde liegende Vertrag nicht formbedürftig ist, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Favre, a.a.O., S. 294 ff.). Insbesondere kann die Mitwirkung derjenigen Partei, deren Partner ausgewechselt werden soll, nach begründeter Meinung auch durch blosse vorgängige oder nachträgliche Zustimmung zu einem von den anderen Parteien geschlossenen Übernahmevertrag erfolgen (Koller, OR AT, § 83 N 23 mit Hinweisen; eingehend Favre, a.a.O., S. 191 ff., 212).

b) Der Ingenieurvertrag - handle es sich um einen Werkvertrag, einen Auftrag oder ein gemischtes Vertragsverhältnis - ist nicht formbedürftig. Allerdings wurde der Vertrag im Rahmen eines Briefwechsels geschlossen. Darin ist ein konkludenter Vorbehalt der gewillkürten Schriftform zu erblicken, an den sich beide Parteien gehalten haben



(vgl. Schwenzer, BaK, N 3 zu Art. 16 OR; so wohl auch Schmidlin, BeK, N 18 zu Art. 16 OR). Damit ist nach Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung verbunden, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht gebunden sein sollen. Die Abänderung eines nicht formbedürftigen, aber im Rahmen eines gewillkürten Formvorbehalts abgeschlossenen Vertrages unterliegt dem ursprünglichen Formvorbehalt nur, wenn dessen Anwendungen auf spätere Abänderungen vorgesehen ist. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln; Art 12 OR ist nicht anwendbar (Schönenberger/Jäggi, ZK, N 43 zu Art. 16 OR; Schmidlin, BeK N 43 ff. zu Art. 16 OR). Ist nach den Umständen auf einen konkludent geäusserten übereinstimmenden Willen der Parteien zu einer Vertragsübernahme zu schliessen, genügt dies zur Annahme einer solchen.

c) Nähme man entgegen den in E. 5 hiervoor angestellten Überlegungen an, dass die Klägerin nicht bereits kraft direkter Stellvertretung Vertragspartei der Beklagten geworden sei, so können diese Umstände auch als Begründung für eine Übertragung der Besteller- bzw. Auftraggebereigenschaft der F. Generalbau AG auf die Klägerin durch Vertragsübernahme angesehen werden. Unbestritten ist die Aufforderung der Klägerin an die Beklagte, ihre Rechnungen auf die Klägerin auszustellen. Dass darin eine blosser Änderung der Rechnungsadresse zu erblicken gewesen sei, ist - gerade auch mit Blick auf die Mehrwertsteuerrechtlichen Aspekte - nicht anzunehmen, sondern es ging - wie erwähnt - darum, die Vertragspartei klarzustellen (bzw. - eventualiter - zu ändern). Im übrigen war der Zusammenhang zum Bauvorhaben der Klägerin als Bauherrin offenkundig. Es kann daher ohne weitere Beweismassnahmen eventualiter eine Vertragsübertragung von der F. Generalbau AG auf die Klägerin angenommen werden.

### **C. Rechtliche Qualifikation des Vertrages**

7. Die Frage, ob allfällige Ansprüche der Klägerin aus dem Ingenieurvertrag mit der Beklagten verjährt und/oder verwirkt sind, hängt massgebend von der rechtlichen Qualifikation dieses Vertrags ab; konkret, ob und inwieweit er als Auftrag oder aber als Werkvertrag anzusehen ist.



a) Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Geschuldet wird ein - körperlicher oder unkörperlicher - Leistungserfolg (Zindel/Pulver, BaK, N 1 ff. zu Art. 363 OR; Weber, BaK, N 28 zu Art. 394 OR). Es handelt sich um eine "obligation de résultat" (vgl. Werro, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR 1989/I, S. 255 f.). Dem entspricht die Haftungsordnung, die bei rechtzeitig erhobener, sachlich begründeter Mängelrüge im Grundsatz zu einer Kausalhaftung des Unternehmers nach der Wahl des Bestellers für Wandelung, Minderung oder Nachbesserung führt; bei Verschulden zudem zu einer Ersatzpflicht für Mängelfolgeschaden (Zindel/Pulver, BaK, N 7 zu Art. 368 OR).

b) Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung unterstehen Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag. Der Beauftragte hat aufgrund seiner Treuepflicht die Interessen des Auftraggebers gewissenhaft zu wahren (Weber, BaK, N 2 f. zu Art. 394 OR; E. Bucher, Obligationenrecht, BT, 3. Aufl., Zürich 1988, 230). Er schuldet, auch wenn seine Dienstleistungen im Hinblick auf ein bestimmtes erwünschtes Resultat erfolgen, regelmässig nicht einen bestimmten Erfolg, aber er hat durch sorgfältiges und die Regeln der Kunst befolgendes Tätigwerden das Möglichste zur Zweckerreichung zu tun ("obligation de moyens"; Weber, BaK, N 2 zu Art. 394 OR; Bucher, a.a.O., 231). "Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte ein Wirken" (Weber, BaK, N 28 zu Art. 394, unter Bezugnahme auf von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917, 591 f.). Entsprechend ist seine Haftung nicht von einer Mängelrüge abhängig, greift aber nur bei Verschulden Platz.

8. Der Ingenieurvertrag kann wie der Architektenvertrag auftragsrechtliche und werkvertragliche Elemente aufweisen. Als Architektenarbeiten, welche den Regeln des Werkvertrags unterstellt werden können, gelten zum Beispiel das Erstellen von Ausführungsplänen und (wohl) das Ausarbeiten von Bauprojekten (BGE 134 III 361 E. 5.1 S. 363 = Pra 2009, Nr. 8). Andere Aufgaben wie Arbeitsvergebung und Bauleitung bzw. -aufsicht sind nach Auffassung des Bundesgerichts dagegen nur als Auftrag rechtlich erfassbar (vgl. insb. BGE 127 III 543 E. 2a S. 545 = Pra 2001, Nr. 194;



134 III 361 E. 5.1 S. 363 = Pra 2009, Nr. 8). Die Erstellung eines Kostenvoranschlages gilt nach neuer Rechtsprechung unabhängig davon, ob sie Teil eines Gesamtvertrages bildet oder nicht, als auftragsrechtliche Leistung des Architekten (BGE 134 III 361 E. 6 S. 364 f. = Pra 2009, Nr. 8; Stöckli, BR 2009, S. 58), während nach früherer Rechtsprechung die selbständige Erstellung eines Kostenvoranschlages als Werkvertrag qualifiziert worden war (z.B. [BGE 114 II 56 neues Fenster E. 2b neues Fenster](#); [119 II 251 E. 3b neues Fenster](#); [127 III 543 neues Fenster E. 2a neues Fenster](#) S. 545). Beim Gutachtervertrag stellt das Bundesgericht darauf ab, ob das in Frage stehende Gutachten zu einem Resultat führt, das nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Kann die Richtigkeit als Erfolg versprochen werden, nimmt das Bundesgericht einen Werkvertrag an, ansonsten einen Auftrag (BGE 127 III 328 E. 2c S. 330 f.; zum Ganzen auch Krauskopf, Baurechtstagung 2007, S. 34). Gleiche Überlegungen gelten für den Ingenieurvertrag (BGE 119 II 249 E. 3.b/aa S. 252; Gauch, Werkvertrag, N 48, m.w.H.; vgl. auch Krauskopf, Baurechtstagung 2007, S. 33; Werro, in: Gauch/Tercier (Hg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, N 2178; Gauch, in: Gauch/Tercier (Hg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, N 24; HGer SG, Urteil vom 26.06.2006, HG.2005.105).

Der Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs wird von der überwiegenden Lehre dem Auftragsrecht zugeordnet (Gauch, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: Gauch/Tercier (Hg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, N 39 ff., S. 15 ff., Gauch, Werkvertrag, N 57 ff.; Koller, BeK, N 196 ff. zu Art. 363 OR; Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch/Tercier (Hg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, N 397, S. 127; referierend Weber, BaK, N 31 zu Art. 394 OR; a.M. Bühler, ZK, N 170 ff., 172 ff. zu Art. 363 OR, der vor allem auf den konkreten Vertragsinhalt und dabei entscheidend darauf abstellen will, inwieweit das Projekt in die Realisierung des Werkes integriert ist; führe der Gesamtvertrag dazu, dass der Architekt die Verwirklichung des von ihm geleiteten Baus massgeblich beeinflusst, sei er als werkvertraglich zu qualifizieren, a.a.O., N 171; für Einordnung als gemischter Vertrag Zindel/Pulver, BaK, N 17 ff., 18 zu Art. 363 OR; HGer SG, Urteil vom 26.06.2006, HG.2005.105). Auch der SIA-Norm 102 liegt eine auftragsrechtliche Konzeption zugrunde (Gauch, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, a.a.O., N 41 S. 17; ABR OW 1988/89 Nr. 15, S. 67; analog HGer SG, Urteil vom 26.06.2006, HG.2005.105). Das Bundesgericht



erachtet den Gesamtvertrag als gemischten Vertrag und will für die einzelnen Rechtsfragen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts suchen (BGE 109 II 462 neues Fenster E. 3d S. 365 f.; 110 II 380 E. 2 S. 382; 114 II 53 E. 2b S. 55 f.; 127 III 543 E. 2a S. 545 = Pra 2001, Nr. 194; 134 III 361 E. 5.1 S. 363, je mit Hinweisen; Krauskopf, Baurechtstagung 2007, S. 34). Insbesondere steht Art. 394 Abs. 2OR nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Anerkennung gemischter Verträge auf Arbeitsleistung nicht entgegen und zwingt nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen (BGE 109 II 464 neues Fenster E. 3; ähnlich sinngemäss zuletzt BGE 134 III 361 E. 5.1 S. 363 mit Hinweisen). Das Bundesgericht schliesst daher beim Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs eine Spaltung der Rechtsfolgen im Rahmen dieser Qualifikationen etwa in Bezug auf die Mängelhaftung nicht aus, verlangt eine solche aber auch nicht zwingend (vgl. die vorhin zitierten Entscheide). Bei umstrittener vorzeitiger Auflösung eines Auftrags- und Werkvertragsselemente umfassenden Gesamtvertrages lehnt es wegen des dort vorausgesetzten Vertrauensverhältnisses eine solche Spaltung ab und wendet Art. 404 OR an. Es hat zudem - soweit ersichtlich - bis anhin die Haftung des Architekten, mit dem ein Gesamtvertrag geschlossen worden war, noch nie dem Werkvertragsrecht, sondern immer dem Auftragsrecht unterstellt (Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, a.a.O., N 397, S. 127).

9. Der vorliegend strittige Vertrag umfasst sowohl Elemente, die - für sich allein betrachtet - nach der Praxis als werkvertraglich (z.B. Zeichnen von Plänen; BGE 134 III 361 E. 5.1 S. 363) gelten, als auch solche, die als auftragsrechtlich anzusehen sind (z.B. statische Berechnungen, Baukontrollen; BGE 127 III 543 = Pra 2001, Nr. 194; 134 III 361 E. 5.1 S. 363). Strittig ist ferner, ob der Vertrag der SIA-Norm 103 untersteht und - wenn ja - in welchem Umfang und welcher Ausgabe. Zur Klärung dieser Fragen ist zu prüfen, was der Konsens der Parteien umfasst. Dies ist wiederum Vertragsauslegung; hierzu kann in methodischer Hinsicht auf E. 5b hiavor verwiesen werden.

a) Während in der Offertanfrage vom 13. Dezember 2002 (kläg. act. 15) von den "... **vollständigen** Leistungen gemäss SIA..." (Hervorhebung im Original) die Rede war, offerierte die Beklagte mit Schreiben vom 18. Dezember 2002 (kläg. act. 17) die folgenden



## St.Galler Gerichte

"Arbeitsleistungen

UG bis. 4. Terrassenebene

Vordimensionierung Stahlbetonarbeiten

Devis

statische Berechnungen Stahlbetonbau

zeichnen der Schalungs- und Armierungspläne inkl. Eisenlisten

Baukontrollen, für sämtliche Stahlbetonarbeiten

Inkl. Fahrspesen"

Am 23. Dezember 2002 (kläg. act. 18) bestätigte die F. Generalbau AG der Beklagten "den bereits mündlich erteilten Auftrag" wie folgt:

- Bauingenieurleistungen vollständig gemäss unserem Schreiben vom 13.12.2002 sowie Deinem Angebot vom 18.12.2002.
- ...
- Ich gehe davon aus, dass die Baugrube eingeschlossen ist."

Die Beklagte liess sich hierauf nicht mehr vernehmen.

b) In ihrem Akzept vom 23. Dezember 2002 nimmt die Klägerin sowohl auf die von ihr in der Offertanfrage postulierte Vollständigkeit als auch auf die als abschliessend gemeint erscheinende Aufzählung der Beklagten gleichzeitig - und anscheinend gleichwertig - Bezug. Dies erschiene als Widerspruch, wenn der Leistungsbeschrieb der Beklagten in kläg. act. 17 nicht als sinngemäss vollständig im Sinne der SIA-Norm 103 anzusehen wäre.



Nach der Terminologie der SIA-Norm 103 (1984 und 2001/03), die als Referenzbasis der Vertragsparteien angesehen werden kann, war die Rolle der Beklagten nicht diejenige des "Gesamtleiters" (Ziff. 4.1), sondern diejenige des "Spezialisten" (Ziff. 4.2). Ein Vergleich der wesentlichen Positionen des Leistungsbeschreibs des "Spezialisten" lässt die Übereinstimmung jedoch als grösser erscheinen als die Differenzen (wobei die Zuordnung einzelner von der Beklagten offerierter Leistungen zu den verschiedenen Projektphasen nach SIA im einzelnen offen bleiben kann):

SIA 103 2001/3, Ziff. 4.2 (Ingenieur als Spezialist); Grundleistungen

Angebot Beklagte

(UG bis. 4. Terrassenebene)

Strategische Planung (4.2.1) und Vorstudien (4.2.2) gehören nicht zu den Grundleistungen

Projektierung (4.2.3)

Vorprojekt (4.2.31)

- Projektgrundlagen
- Projektkonzepte
- Lösungsmöglichkeiten
- Vorprojekt
- Kosten
- Termine

Bauprojekt (4.2.32)

- Gesamtlfg.: QM/Beantragen von Spez'abkl.
- Projektgrundlagen
- Ausf'varianten, deren Bewertung
- Bauprojekt
- Kosten



## St.Galler Gerichte

- Termine
- Dokumentation

Vordimensionierung Stahlbetonarbeiten

Statische Berechnungen Stahlbetonbau

Baugrube

Statische Berechnungen Stahlbetonbau

Zeichnen der Schalungs- und Armierungspläne inkl. Eisenlisten

Ausschreibung, Offertvergleich, Vergabeantrag (4.2.4; 4.2.4.1)

Devis

Realisierung (4.2.5)

Ausführungsprojekt (4.2.51)

- Ausführungsprojektunterlagen

Zeichnen der Schalungs- und Armierungspläne inkl. Eisenlisten

Ausführung (4.2.52)

- Baukontrolle
- Änderungswesen, Dokumentation

Baugrube

Baukontrollen für sämtliche Stahlbetonarbeiten

Inbetriebnahme, Abschluss (4.2.53)



c) Die Beklagte liess sich auf das Akzept der Klägerin trotz des nicht völlig klaren Wortlauts hin nicht mehr vernehmen. Diese Situation begründet nach den Grundsätzen über das unwidersprochen gebliebene kaufmännische Bestätigungsschreiben zum einen die Vermutung, dass das Akzept den Vertragsinhalt zutreffend wiedergibt (vgl. Bucher, BaK, N 22a zu Art. 6 OR). Inhaltlich ist das in kläg. act. 15 enthaltene Wort "vollständig" so zu verstehen, dass im Zweifel das Angebot der Beklagten im Lichte des Leistungsbeschriebes gemäss SIA-Norm 103 auszulegen ist, dies einschliesslich der berufsethischen Fragestellungen nach der Vollständigkeit und Qualität der vorhandenen Projekt-Unterlagen. Auch die Beklagte schliesst die Anwendbarkeit des Leistungsverzeichnisses nach der SIA-Norm 103 nicht schlechthin aus (KA 49 f.). - Die Beklagte war somit verantwortlich für die statischen Berechnungen, die Planerstellung und die zugehörigen Baukontrollen und insofern auch für die Bauleitung.

10. Für die rechtliche Würdigung fällt ins Gewicht, dass die der Beklagten als Spezialistin obliegende Aufgabenstellung jedenfalls im Hinblick auf die gestellte Teilaufgabe als umfassend erscheint. Zwar kann man Statikpläne, für sich gesehen, als garantiefähig ansehen, weil und soweit sie die verlässliche Grundlage der Bauausführung und der Weiterführung der Bauarbeiten bilden bzw. bilden sollen. Es geht insoweit um einen objektiven Sachverhalt und die objektive Brauchbarkeit als Grundlage eines (seinerseits garantiefähigen) Baus. Indessen ist der Kern der geistigen Arbeits- bzw. Dienstleistung des Ingenieurs als solcher nicht das Resultat, das im Plan verkörpert ist, sondern die fachlich saubere Beurteilung der bauphysikalischen Verhältnisse von den bodenmechanischen Verhältnissen bis zur eigentlichen Tragkonstruktion. Hier drängt sich - zumal angesichts zahlreicher Unwägbarkeiten gerade auch bei der Bodenmechanik, dem Baumaterial, den Witterungseinflüssen u.a.m. als Beurteilungskriterium eher die Sorgfalt der Abklärung und gedanklichen Durchdringung denn die Garantie eines Ergebnisses auf. Hinzu kommt, dass die Leistungen nicht auf die Planerstellung bezogen sind, sondern nebst den statischen Berechnungen die Verantwortung für die Baugrube, die Devisierung und die Baukontrollen umfassen. Der Vertrag ist daher als Gesamtvertrag im Sinne der zitierten Rechtsprechung anzusehen, zumal wenn man seinen Inhalt anhand der SIA-Norm 103 (2001/03) konkretisiert, auf die die Vertragsparteien zumindest sinngemäss Bezug nehmen. Während spezielle Untersuchungen nicht zu den Grundleistungen gehören



(vgl. Ziff. 4.2.31 und 4.2.32), gehört insbesondere das Verifizieren der bisherigen Unterlagen und die Vervollständigung der Grundlagen zu den Grundleistungen im Rahmen des Bauprojekts (Ziff. 4.2.32), desgleichen das Durchführen aller notwendigen Nachweise bezüglich Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit, Dauerhaftigkeit und Sicherheit. Soweit sich der Ingenieur zur Projektierung der Baugrube und der Baugrubensicherung verpflichtet hat, muss er - wo es für die korrekte Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich ist - die Bodenbeschaffenheit selber prüfen oder zumindest die vorhandenen Grundlagen beurteilen und den Auftraggeber auf allfällig noch bestehenden Abklärungsbedarf aufmerksam machen (BGE 4C.284/2006 vom 7. November 2006). Ganz allgemein hat er Unklarheiten in den Grundlagen mit dem Auftraggeber zu bereinigen, notwendige Ergänzungen zu veranlassen und nötigenfalls ausserordentliche Untersuchungen zu beantragen (Ziff. 4.2.32).

Sowohl die in E. 8 hiervoor geschilderte Rechtsprechung, die bezüglich einzelner Punkte eines und desselben Gesamtvertrages, in dem Elemente beider Vertragsarten vorhanden sind, ein Entweder-oder zwischen den sehr unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen und -folgen von Auftrag und Werkvertrag verlangt, als auch die von der Lehre postulierte einheitliche Zuordnung des Gesamtvertrages als Ganzen zum Auftragsrecht kann - im einen Fall als Fragestellung, im anderen Fall als Lösung - unter Umständen unbefriedigend sein. Zumindest im Regelfall dürfte aber die einheitliche Zuordnung aus Praktikabilitäts Erwägungen vorzuziehen sein. Innerhalb des Gesamtvertrages sind die Beschaffung oder zumindest Beurteilung der Grundlagen, die statischen Berechnungen sowie die Bauleitung nach dem Gesagten eher Aufgaben auftragsrechtlicher, die Planerstellung eher solche werkvertraglicher Natur. Die Ingenieurpläne bilden die Grundlage der nachfolgenden Fundierungs- und Bauarbeiten. Insoweit sind ihre Ergebnisse an sich objektiv beurteilbar und damit grundsätzlich auch garantiefähig, und es besteht ein Interesse daran, dass für sie Gewähr geboten wird, so wie dies für das in der Folge auf dieser Grundlage errichtete Gebäude nach Werkvertragsrecht oder insbesondere auch beim Totalunternehmervertrag, der auch die gesamte vorausgehende Planung mitumfasst, ebenso der Fall ist (BGE 114 II 53 E. 2c S. 57). Andererseits sind die Pläne aber lediglich Ergebnis und zeichnerischer Ausdruck der von der Bedeutung und intellektuellen Anstrengung her viel wesentlicheren Vorbereitungsarbeiten, insbesondere der Beurteilung der physikalischen Eigenschaften des Baugrundes und der statischen Berechnungen, bei



denen unter Umständen Unwägbarkeiten mitspielen können und es primär auf die Sorgfalt der Aufnahme, Beurteilung, Berechnung und Beratung ankommt (vgl. auch BGE 119 II 249 E. 3b/aa, wo das Bundesgericht die mangelhafte Abklärung des Baugrundes als Beispiel auftragsrechtlicher Schlechterfüllung nennt). Diese Aspekte lassen sich durch die Regeln des Auftragsrechts adäquater erfassen als durch diejenigen des Werkvertragsrechts. Zur Grundlagenerarbeitung und Planerstellung treten zudem insbesondere noch die Devisierung und die Baukontrollen hinzu. Der Aufgabenkreis der Beklagten lässt sich somit nicht auf die Planerstellung reduzieren. Zudem greifen diese einzelnen Elemente ineinander. Eine Parallele besteht auch zu BGE 110 II 375 E. 1b S. 378, in dem das Bundesgericht den Vertrag zwischen dem Zahnarzt und seinem Patienten als Auftrag qualifiziert, wenn der Zahnarzt die Untersuchungen und Diagnosen, die Wahl von Zeitpunkt und Art der Eingriffe sowie die zur Erreichung des Zwecks geeigneten Ausführungshandlungen aus eigener Initiative und Verantwortung vorzunehmen hat. Die Herstellung von allfälligen Werken im Rahmen der Behandlung bildet diesfalls Teil des Auftrags und unterliegt namentlich der Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Ausführung. Auch die zumindest bezüglich des Leistungsverzeichnisses mitwirkende Anwendbarkeit der SIA-Norm 103, der eine auftragsrechtliche Konzeption zugrundeliegt, bildet ein zusätzliches Indiz in diese Richtung. All dies spricht für eine einheitliche Subsumption des hier strittigen Ingenieurvertrages unter Auftragsrecht.

11. Ist der prozessgegenständliche Ingenieurvertrag zwischen den Parteien als Auftrag anzusehen oder sind jedenfalls - soweit man einen gemischten Vertrag annehmen wollte - die hier interessierenden Haftungsfragen nach Auftragsrecht abzuhandeln, stellen sich weder Verjährungs- noch Verwirkungsfragen, weil das Auftragsrecht keine Rügeobliegenheit im Sinne von Art. 367 Abs. 1 und Art. 370 OR kennt und die Verjährung nach Art. 371 Abs. 2 OR fünf Jahre (ausserhalb dieser Bestimmung: zehn Jahre; Art. 127 OR) beträgt und rechtzeitig unterbrochen worden ist. - Es wird im Folgenden die Verwirkungs- und Verjährungsfrage lediglich im Sinne einer Eventualbegründung geprüft, wenn entgegen den vorher gemachten Ausführungen angenommen würde, dass auf die hier strittigen Haftungsfragen Werkvertragsrecht anwendbar wäre. Dabei wird weiterhin von der (hiervor begründeten) Feststellung ausgegangen, dass die Klägerin Vertragspartei des Ingenieurvertrages mit der Beklagten ist.



### **D. Eventualbegründung: Verjährung und Verwirkung, falls Werkvertragsrecht anwendbar wäre**

#### a) Verwirkung

12. Nach Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werks dessen Beschaffenheit, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Die rechtzeitig erhobene (sachlich begründete) Rüge löst die Wahlrechte des Bestellers nach Art. 368 OR aus. Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer nach Art. 370 Abs. 1 OR von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden. Stillschweigende Genehmigung wird nach Abs. 2 dieser Bestimmung angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt. Treten die Mängel erst später zutage, muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, ansonsten auch insoweit Genehmigung fingiert wird (Abs. 3).

13. Art. 367 Abs. 1 OR setzt zunächst die Ablieferung des Werkes voraus (zum Begriff: Zindel/Pulver, BaK, N 3 f. zu Art. 367 OR). Ist diese erfolgt, löst dies die Obliegenheiten des Bestellers nach Art. 367 Abs. 1 OR aus, bei denen die Prüfungs- und die Rügeobliegenheit zu unterscheiden sind. Die Prüfung des Werks hat nicht zwingend unverzüglich, aber immerhin in der nach der Verkehrsübung tunlichen Zeitspanne zu erfolgen; sie kann aber erst erwartet werden, wenn sie objektiv möglich und dem Besteller vernünftigerweise zumutbar ist (Zindel/Pulver, BaK, N 6 ff. zu Art. 367 OR; Gauch, Werkvertrag, N 2111 ff., der für die Bemessung der Prüfungsfrist für Grosszügigkeit plädiert, N 2118).

14. Ergibt die Prüfung Mängel, so sind diese grundsätzlich unverzüglich, d.h. innert einer kurzen Überlegungs- oder Erklärungsfrist, zu rügen (Gauch, Werkvertrag, N 2141). Das Bundesgericht hat im Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3, unter Hinweis auf das Urteil 4C.143/1996 vom 12. November 1996, E. 2d, eine siebentägige



Erklärungsfrist für angemessen erachtet, desgleichen in den Urteilen 4A\_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5, und 4A\_336/2007 vom 31. Oktober 2007, E. 4.4. Nach dem Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.2.2, will das Bundesgericht dabei eine "certaine souplesse" beobachten und auf die Gesamtheit der Umstände abstellen. - Damit eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt, muss sie daher innert der Rügefrist, die auf jeden Fall nach Ablauf der um die Erklärungsfrist verlängerte Prüfungsfrist endet, erhoben werden (Gauch, Werkvertrag, N 2141 ff.; mit Kritik in N 2179 ff.; Bühler, ZK, N 67 zu Art. 367 OR). - Verdeckte Mängel sind auf jeden Fall unverzüglich bei ihrer Entdeckung - d.h. innert einer kurzen Erklärungsfrist - zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR; Gauch, Werkvertrag, N 2179 ff.)

Als entdeckt gilt ein Mangel mit seiner zweifelsfreien Feststellung (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 f.; 107 II 172 E. 1a S. 176; Honsell, OR BT, 7. Aufl., Bern 2003, S. 281; zurückhaltender: Bühler, ZK, N 57 zu Art. 367 OR; vgl. Gauch, Werkvertrag, N 2156 ff., 2182). Der Besteller muss vom Mangel solche Kenntnis erlangt haben, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, S. 334 Rz. 2572 und 2574). Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen kann. Die strengen Rügevorschriften würden sonst dazu führen, dass der Besteller bereits jede Bagatellerscheinung anzeigen müsste, um nicht für den Fall einer ungünstigen weiteren Entwicklung seiner Mängelrechte verlustig zu gehen. Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird (BGE 118 II 142 E. 3b S. 149 mit Hinweisen; Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000, E. 1b; Zindel/Pulver, BaK, N 20 zu Art. 367, N 17 zu Art. 370 OR; vgl. Giger, BK, N 7 zu Art. 200 OR; Gauch, Werkvertrag, N 2182). Im Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000, E. 1b a.E., erachtet das Bundesgericht eine Beobachtungsfrist von ca. zwei Wochen und eine Erklärungsfrist von einer Woche als genügend; in BGE 118 II 142 E. 3b S. 149 eine Rügefrist von fünf Wochen als zu lang.

Zur Mängelrüge, die an keine besondere Form gebunden ist, gehört die Mitteilung der erkannten, soweit zumutbar substantiierten Mängel in Verbindung mit der Willenskundgabe des Bestellers, den Unternehmer dafür haftbar zu machen (Bühler,



ZK, N 54 f. zu Art. 367 OR; Gauch, Werkvertrag, N 2129 ff.). Dies kann auch durch Übermittlung eines Gutachtens geschehen (vgl. BGE 107 II 50 E. 2a S. 53 f.; Gauch, Werkvertrag, N 2139 ff.). Die Kundgabe des Willens auf Behaftung des Unternehmers kann auch stillschweigend erfolgen und ist grundsätzlich zu vermuten (Gauch, Werkvertrag, N 2134).

15. Werden vom Besteller Sachgewährleistungsansprüche geltend gemacht, so obliegt es dem Unternehmer zu behaupten, das Werk sei infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; 107 II 54 neues Fenster). Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge liegt jedoch nach der Bundesgerichtspraxis beim Besteller; das Bundesgericht erachtet die Verspätung der Rüge nicht als rechtshindernde, sondern ihre Rechtzeitigkeit als rechtsbegründende Tatsache (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; 107 II 54 neues Fenster; vgl. auch Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 281). Demgegenüber belastet Gauch, Werkvertrag, N 2166 ff., den Besteller lediglich mit dem Beweis, dass und wann er gerügt hat, während er dem Unternehmer die Beweislast für die Verspätung der Mängelrüge überbindet.

Die Frage der Beweislastverteilung ist indessen gegenstandslos, wenn das Gericht aufgrund seiner Beweismwürdigung zum Ergebnis gelangt, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; 114 II 291 neues Fenster mit Hinweisen). Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend im Einzelnen zu prüfen.

16. Als Werk der Beklagten sind - immer unter der oben abgelehnten Voraussetzung, dass Werkvertragsrecht anwendbar ist - deren Pläne und Berechnungen anzusehen. Diese bildeten ihrerseits Grundlage der von der Klägerin errichteten Baute. Die Schäden und Mängel am Bauwerk bzw. die dadurch verursachte Wertverminderung sind daher, soweit sie auf die Leistungen der Beklagten zurückzuführen sind, als Mängelfolgeschaden anzusehen (zum Begriff: Gauch, Werkvertrag, N 1851; 1854 ff.; Pally, Mängelfolgeschaden im Werkvertragsrecht, Diss. St. Gallen, Bamberg 1996, S. 40 ff. und passim).

17. Die Ablieferung der Pläne und Berechnungen der Beklagten erfolgte im Zug ihrer baulichen Umsetzung; der letzte eingereichte Plan trägt das Datum vom 18. Oktober



2005 (kläg. act. 36 und 37); die Nachkalkulation der Beklagten (bekl. act. 4) weist ihrerseits die letzten Arbeiten im Oktober 2005 aus. Die Werkablieferung ist somit um diesen Zeitpunkt herum anzusetzen. Es ist offenkundig, dass die Klägerin, selbst ihrerseits vom Baufach, allfällige Mängel nicht aus diesen Unterlagen ersehen konnte. Es handelte sich somit um versteckte Mängel, deren Entdeckung und Rüge erst möglich wurde, als sie sich am Bauwerk selber manifestierten. Zu prüfen ist daher, ob eine rechtzeitig (unverzüglich) erhobene Mängelrüge vorliegt, oder ob der Auffassung der Beklagten, die dies bestreitet, zu folgen ist.

18. Im Frühjahr 2006 stellte die Klägerin nach ihren Angaben Ablösungen im Bereich des Fertigputzes fest, dies parallel zu ihren Verkaufsbemühungen.

a) Im Hinblick darauf veranlasste sie zunächst eine Expertise durch V. von der U.-Expert AG, XA. Den vereinbarten Termin für die Besichtigung des Objekts vom 20. Juni 2006 bestätigte die F. Generalbau AG der U.-Expert AG mit Schreiben vom 12. Juni 2006 (kläg. act. 41). Eine offenbar vom 15. Juni 2006 datierende Auftragsbestätigung (nicht bei den Akten) der U.-Expert AG stellte die F. Generalbau AG mit der Bemerkung "Zusatzinformation" der Beklagten und weiteren Beteiligten in Kopie zu (Begleitzettel, kläg. act. 42). Die U.-Expert AG erstattete ihr Gutachten unter dem Datum vom 8. August 2006 (kläg. act. 43). Sein Eingang bei der Klägerin ergibt sich nicht aus den Akten; fest steht nur, dass am 13. September 2009 der Beklagten ein Exemplar zugesandt wurde. Das Gutachten hält verschiedene mögliche Rissursachen fest und räumt grossen Ermessensspielraum hinsichtlich der Benennung der Verantwortlichkeiten ein; mit diesem Vorbehalt wird eine Aufteilung von 50 % auf Planung und 50 % auf Ausführung vorgeschlagen. Am 22. September 2006 lud die F. Generalbau AG als eigenen Experten XB. (XC. Bau AG) sowie verschiedene Beteiligte, u.a. P. von der Beklagten, zu einer Besprechung betreffend diese Bauschäden auf den 26. September 2006 ein. Auf der auf Papier der F. Generalbau AG stehenden Einladung figurieren u.a. XD. als "Bauleitung", XE. als "Unternehmer" und D. als "Bauherr". Die Aktennotiz vom 29. September 2006 zur Sitzung vom 26. September 2009 ("D.-uh"; kläg. act. 45) hält fest, dass alle Beteiligten widerspruchslos die Risse als Mängel anerkennen und P. bestätigt, dass er für die Statik des Mauerwerks verantwortlich ist (S. 2, Ziff. 4). Die Beklagte übernahm die Aufgabe, eine "Genaue Kontrolle Statik" durchzuführen (S. 3).



b) An der Besprechung vom 6. Oktober 2006 wurde die Aktennotiz der Besprechung vom 26. September 2006 mit einigen wenigen, hier nicht relevanten Bemerkungen "einstimmig genehmigt". P. von der Beklagten erklärte, dass die Eisenbetonstatik, was die Tragsicherheit betreffe, unproblematisch ("im grünen Bereich") sei und die Lasten nicht sehr hoch seien. Bei den Betondecken sei das Schwinden erhöht, die Deckenverformung aber sehr klein (S. 1). Es wird aber festgehalten, dass das Mauerwerk nicht in die Prüfung einbezogen worden und der Nachweis der Tragsicherheit des Gesamtsystems (Eisenbeton und Mauerwerk) nicht erbracht sei. Nach Diskussion von Einzelfragen insbesondere im Bereich der Statik (S. 2-4) wird dem Ingenieur die Aufgabe übertragen, die Tragsicherheit des Gesamtsystems - inkl. Mauerwerk - nachzuweisen (S. 4; Aktennotiz, kläg. act. 47).

c) An einer Sitzung vom 25. Oktober 2006 in kleinerem Rahmen (D., XB. [XC. Bau AG] sowie P. und XF. [Beklagte]) erachtet XB. den Nachweis der Tragsicherheit weiterhin als nicht erbracht; es wird beschlossen, dies sofort nachzuholen; für Trakt A durch die Beklagte, für Trakt B durch einen neutralen Experten (Aktennotiz, kläg. act. 48). Am 26. Oktober werden u.a. die Aktennotizen vom 6. und 25. Oktober ohne Gegenstimme genehmigt, und bezüglich Tragsicherheit wurde das Vorgehen vom 25. Oktober bestätigt (Aktennotiz vom 26. Oktober 2006, kläg. act. 49). Ab dem 6. November 2006 (kläg. act. 52) nahmen regelmässig auch Vertreter der Z. Versicherungen (XG. und XH.) an diesen Besprechungen teil. Als Experte für Trakt B wurde Dr. W. von der W. AG, X., bestimmt und am 9. November 2009 beauftragt (kläg. act. 53). Die für Trakt A durch XF. von der Beklagten vertretene und mit Schreiben vom 28. November 2006 (kläg. act. 38) auch schriftlich kundgegebene Auffassung der Beklagten, dass die Tragsicherheit gewährleistet sei, blieb auch in der Folge bestritten. Am 4. Dezember 2006 (kläg. act. 55) wurden wiederum die vorausgegangenen Aktennotizen bestätigt und Dr. W. auch mit der Überprüfung der Tragsicherheit von Trakt A beauftragt (S. 3). Das Sanierungsprojekt für Trakt B wurde auf Wunsch der Z. Versicherungen der Beklagten übertragen (unter Hinweis auf deren Nachbesserungsrecht; S. 4). XH. von den Z. Versicherungen brachte auch zum Ausdruck, "... dass **bezüglich Termine keine Deckungsprobleme** bestehen" (Hervorhebung im Original). Am 4. Januar 2007 erklärt die Beklagte, das ganze Sanierungsprojekt für Trakt A (ohne A 2) und (Rest) Trakt B der W. AG übergeben zu wollen, bringt aber neu, wenn auch nicht unwidersprochen vor, dass die Statik des Mauerwerks entgegen früheren Äusserungen



von P. nicht in die Verantwortung des Ingenieurs, sondern des Architekten falle; dagegen gebe es "... beim Eisenbeton ... wohl kaum viele mögliche Verursacher". - Neu taucht der Fragenkomplex Erdbebensicherheit/Brandsicherheit auf (kläg. act. 59). Am 26. Januar 2007 wird bestätigt, dass die Erdbebensicherheit erfüllt sein muss, worauf die Beklagte kundtut, dass keine solchen Berechnungen vorliegen. An jener Sitzung wird die Kostenzuteilung angesprochen, bleibt aber offen; die Z. Versicherungen (XG.) erklären, dass bei der Durchstanzproblematik 100 % der Kosten beim Ingenieur liegen werden (S. 5). An der Sitzung vom 12. März 2007 (kläg. act. 67) äussert Dr. W., die Erdbebensicherheit sei mit grossem Manko nicht erfüllt, und äussert sich zu den Verantwortlichkeiten; die Sanierungskosten betreffend Durchstanzproblematik, Westfassade sowie Erdbebensicherheit ordnet er der Beklagten zu.

d) Auf die Einladung der F. Generalbau AG vom 9. Mai 2007, ihr entweder die Pläne und Listen zur Erdbebenertüchtigung bis zum 11. Juni 2007 zu übergeben oder - falls sie diese Leistung analog dem Vorprojekt dem Ingenieurbüro Dr. W. übergeben wolle - diesen Auftrag spätestens bis 16. Mai 2007 schriftlich zu erteilen, reagierte die Beklagte nicht, was ersichtlich damit zusammenhängt, dass sich der Rechtsdienst der Z. Versicherungen im April 2007 auf den Standpunkt stellte, es bestehe aus seiner Sicht ein Vertragsverhältnis der Beklagten nur zur F. Generalbau AG, nicht zur Klägerin, und eine allfällige Haftpflicht wäre im übrigen verjährt (kläg. act. 111 und 113). - Der Rechtsvertreter der Beklagten erklärte gegenüber dem Rechtsvertreter der Klägerin mit Schreiben vom 11. Mai 2007, dass die Beklagte der W. AG keinen Auftrag betreffend Erdbebenertüchtigung erteilen werde (kläg. act. 86).

e) Was die verschiedenen eingeholten Expertisen und deren Ergebnisse betrifft, sei auf Ziff. I/12 oben verwiesen.

19. a) Das Gutachten der U.-Expert AG datiert vom 8. August 2006 (kläg. act. 43), wurde aber erst über einen Monat später an die Beklagte und die weiteren Beteiligten weitergeleitet.

aa) Die bundesgerichtliche Praxis räumt dem Besteller nach Feststellung der Mängel jeweils nur eine sehr kurze Erklärungsfrist ein (vgl. oben E. 14). Würde man dieses



(Partei-)Gutachten als massgebliche Information über die Mängel ansehen, wäre diese Erklärungsfrist überschritten.

bb) Aus den aus jenem Zeitraum stammenden Unterlagen folgt allerdings, dass die Situation als in Entwicklung begriffen erachtet wurde (vgl. kläg. act. 44 und 45) und noch nicht ohne weiteres klar war, ob und inwieweit die Schäden und ihre Ursachen bereits hinreichend beurteilbar waren, oder ob sie sich noch verschlimmern würden (so auch Expertise der U.-Expert AG, kläg. act. 43, bezüglich der verschiedenen Riss-Typen ["a-e"], S. 3 ff.). Aber auch wenn man in Rechnung stellt, dass bei allmählich auftretenden Mängeln (fortentwickelnder Schaden) die Situation noch nicht von Anfang an klar sein mag, muss der Besteller rügen, sobald er die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann. Er ist aber nicht verpflichtet, bereits die ersten Anzeichen oder Bagatellen anzuzeigen (BGE 118 II 142 E. 3b S. 149 mit Hinweisen; Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000, E. 1b; Zindel/ Pulver, BaK, N 20 zu Art. 367, N 17 zu Art. 370 OR; vgl. Giger, BeK, N 7 zu Art. 200 OR; Gauch, Werkvertrag, N 2182).

Spätestens nach Vorliegen des Gutachtens der U.-Expert AG musste sich die Klägerin aber Rechenschaft geben, dass die in Rissen und Senkungen sich äussernde Situation als ernst anzusehen war und - allenfalls unter anderem - mit hoher Wahrscheinlichkeit auch mit der Statik zu tun hatte. Es lässt sich ihr allenfalls zugute halten, dass in diesem Zeitpunkt die Mängel und ihre Ursachen immer noch nicht abschliessend beurteilbar waren (vgl. BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 f.; 107 II 172 E. 1a S.176; Honsell, OR BT, S. 281; vgl. Gauch, Werkvertrag, N 2156 ff., 2182; Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, S. 334 Rz. 2572 und 2574), und damit eine Mängelrüge immer noch teilweise hypothetischen Charakter hatte (vgl. oben E. 14). - Dennoch wäre nach Vorliegen dieses Gutachtens eine unverzügliche Reaktion bzw. innert einer praxisgemässen Erklärungsfrist eine bestimmte Mängelrüge angebracht gewesen.

cc) Im Zusammenhang mit der Rissproblematik anerkennen indessen gemäss der - in der Folge bestätigten - Aktennotiz vom 26. September 2006 (kläg. act. 45) alle Beteiligten einschliesslich der Beklagten die Risse als Mängel. Der Einwand verspäteter Mängelrüge kann verwirkt sein, wenn der Unternehmer auf die Geltendmachung der Verspätung verzichtet hat, sei dies ausdrücklich oder stillschweigend (Urteil 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001, E. 5; Gauch, Werkvertrag, N 2163, Giger, BeK, N 106 zu Art. 201 OR). Das weitere Verhalten der Beklagten bzw. ihrer Vertreter an den



zahlreichen nachfolgenden Besprechungen kann seinerseits nicht anders denn als grundsätzliche Anerkennung ihrer Verantwortung - vorbehältlich deren Nachweises und Aufteilung durch die Expertise im einzelnen - angesehen werden (vgl. oben E. 18 b-d).

Unter dieser Prämisse sind daher vernünftigerweise auch die folgenden Besprechungen und Verhandlungen zu sehen: Nachdem die Beklagte zunächst darzutun versuchte, dass ihre Planung fehlerfrei sei, hat sie sich - nachdem dies als widerlegt gelten musste - während mehrerer Monate kooperativ an den Überlegungen zur Sanierung beteiligt, Vorschläge vorgebracht und zunächst - nicht zuletzt auf Wunsch ihrer Haftpflichtversicherung, die sich auf ein "Nachbesserungsrecht" der Beklagten berief - auch die Projektierung der Sanierung von Teilen des Bauwerks übernommen, ohne sich je auf die Verwirkung der Mängelrüge zu berufen (vgl. oben E. 18 b-d). Die Äusserung des Vertreters der Z. Versicherungen, XH., dass bezüglich Termine keine Deckungsprobleme bestehen würden (kläg. act. 55, S. 4), konnte im konkreten Zusammenhang ebenfalls nicht anders als so verstanden werden, dass die Beklagte, deren Haftpflichtversicherer die Abwehr als ungerechtfertigt erachteter Schadenersatzansprüche regelmässig übernimmt, keine Einwendungen gegen die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge erhebt.

dd) Die Kehrtwende in der Haltung der Beklagten fällt offenkundig mit der von den Z. Versicherungen ab April 2007 eingenommenen Haltung zusammen, dass nicht die Klägerin, sondern die F. Generalbau AG Vertragspartnerin der Beklagten sei. Sie hängt sachlich also letztlich nicht mit dem zeitlichen Ablauf der auf die Mängel bezogenen Äusserungen der F. Generalbau AG und der Klägerin bzw. von D. - seien diese als Mängelrügen zu werten oder nicht - zusammen.

b) Die Erstellung des Gutachten betreffend Tragsicherheit in Trakt B wurde, wie oben in E 18c dargelegt, im Einvernehmen aller Beteiligten an Dr. W. von der W. AG übertragen. In seiner mit eMail vom 28. November 2006 vorab übermittelten Zusammenfassung des Gutachtens hielt Dr. W. fest, dass in Trakt B der nötige Tragwiderstand nicht erreicht werde und dort daher Sanierungsmassnahmen nötig seien (kläg. act. 54). Die Zusammenfassung des Gutachtens bildete Gegenstand der Beratungen der Beteiligten - einschliesslich der Beklagten und der Z. Versicherungen - vom 4. Dezember 2006 gemäss der entsprechenden Aktennotiz (kläg. act. 55; bestätigt am 4. Januar 2007, kläg. act. 59).



Die Beklagte vertritt die Auffassung, aufgrund dieser Zusammenfassung habe die Klägerin keine Mängelrüge erhoben (KA 19). Aus dem Umstand, dass die Beklagte dieser Zusammenfassung nicht widersprochen habe, lasse sich nichts zugunsten der Klägerin ableiten, sei sie doch nicht gehalten gewesen, einer bloss provisorischen, zusammenfassenden Version zu widersprechen.

Mit der innert Wochenfrist erfolgten Übermittlung sowie der zustimmenden Kenntnisnahme und Diskussion dieses im gegenseitigen Einvernehmen eingeholten Gutachtens und der daraus gezogenen Konsequenzen anlässlich der Sitzung vom 4. Dezember 2006 hat die Klägerin klar zum Ausdruck gebracht, dass "Massnahmen zwingend erforderlich" sind (kläg. act. 55, S. 2 oben); und dass die Verantwortlichkeiten abzuklären seien, war schon früher zum Ausdruck gebracht worden. Damit ist in hinreichender Weise zum Ausdruck gebracht, dass die Verantwortlichen nach Durchführung der entsprechenden Abklärungen auch zur Verantwortung gezogen werden sollten. Stellt man die protokollierten Äusserungen in diesen Gesamtzusammenhang, sind die zeitlichen und sachlichen Anforderungen an eine Mängelrüge, soweit es um Sachverhalte geht, die Gegenstand dieser Expertise waren, ohne weiteres als erfüllt, und sind - zumal angesichts des Hinweises der Z Versicherungen, wonach das Sanierungsprojekt wegen des "Nachbesserungsrechts" an die Beklagte zu übergeben sei - als anerkannt anzusehen.

c) Dasselbe muss aufgrund der zeitlichen Verhältnisse (Weihnachten/Neujahr) auch für die am 4. Dezember 2006 wiederum im allseitigen Einvernehmen beschlossene (kläg. act. 55) weitere Expertise betreffend Tragsicherheit in Trakt A gelten, die auch dort Sanierungsbedarf feststellte. Sie wurde mit eMail vom 20. Dezember 2006 (kläg. act. 58) übermittelt und unmittelbar nach Neujahr am 4. Januar 2007 besprochen und blieb unbeanstandet (kläg. act. 59; genehmigt am 26. Januar 2007, kläg. act. 62). Dass die Klägerin auf Sanierung bestand, folgt aus der Aktennotiz (kläg. act. 59, S. 1 sowie S. 3 f.). Die Beklagte erklärte sich mit der Sanierung des Trakts A (ausser A 2) und des Trakts B durch die Dr. W. AG einverstanden. In dieser Situation kann der Klägerin nicht nachträglich entgegengehalten werden, es fehle an einer Mängelrüge.

d) Im Bericht vom 17. Januar 2007 hielt Dr. W. fest, dass auch der Nachweis der Brand- und Erdbebensicherheit "erbracht worden sein" müsste (eMail vom 17. Januar 2007, kläg. act. 60). P. von der Beklagten erklärte am 26. Januar 2007 (Aktennotiz,



kläg. act. 62), dass solche Berechnungen nicht vorlägen, worauf im allseitigen Einvernehmen die Dr. W. AG mit der entsprechenden Abklärung betraut wurde. Am 7. März 2007 berichtete Dr. W., dass die Erdbebensicherheit nicht gewährleistet sei (eMail vom 7. März 2007, kläg. act. 66). An der Besprechung vom 12. März 2007 wurde dieser Bericht besprochen; Opposition ist nicht protokolliert (kläg. act. 67). Gleichzeitig hielt Dr. W. ferner fest, dass die Verantwortlichkeit für die Durchstanzproblematik, die Statik der Westfassade und die mangelnde Erdbebensicherheit zu 100 % bei der Beklagten liege, und für die "Elefantenohren" (wohl: Senkungen) und die Risse innen teilweise (ohne Angabe eines Prozentsatzes).

e) Diese Äusserungen des Experten betreffend Verantwortlichkeit können, soweit man dies in diesem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens als erforderlich ansieht, als Mängelrügen angesehen werden, weil die fachliche Beurteilung der Situation dem Experten übertragen worden war; allerdings lässt sich auch erwägen, dass ihnen aufgrund der nach den Umständen im jeweiligen Kontext klar zu verstehenden Absicht der Klägerin, die Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen, gar keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme, ebenso wenig den nachfolgenden zusammenfassenden Berichten der Dr. W. AG betreffend "Mängel, Kostenverteiler" vom 28. März /10. April 2007 (kläg. act. 69) und betreffend Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung vom 13. April 2007 (kläg. act. 70) sowie den beiden weiteren Expertisen betreffend bauphysikalische Beurteilung der Fassadenrisse (XI. AG, vom 25. Mai 2007, kläg. act. 72) sowie betreffend die Risse innerhalb der Wohnungen (V. und Dr. W. vom 15. November 2007, kläg. act. 74).

f) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Mängelrüge - wenn man den Vertrag zwischen den Parteien als Werkvertrag ansieht - nicht verwirkt ist.

20. Die Beklagte bringt vor, dass auch anlässlich der Beratungen mit den Beauftragten und Handwerkern sowie deren Versicherungen die F. Generalbau AG im eigenen Namen und nicht als Vertreterin der Klägerin aufgetreten sei. Angesichts der Organidentität zwischen Klägerin und F. Generalbau AG und des Umstandes, dass Willensäusserungen juristischer Personen stets nur über natürliche Personen erfolgen können, kann diesbezüglich aber auf die Ausführungen unter lit. B hiavor zur Parteistellung verwiesen werden. Hinzu kommt, dass die Z. Versicherungen das ihr am 7. Dezember 2006 gesandte Organigramm (kläg. act. 57), das die F. Generalbau AG als



Bauherrenvertreterin nennt, während mehrerer Monate unbestritten liessen und damit ihrerseits zum Ausdruck brachten, dass ihr die exakten Vertretungsverhältnisse gleichgültig waren, weil offenkundig war, bei welchem Akteur - nämlich der Klägerin als Grundeigentümerin, Bauherrin und Verkäuferin der Wohnungen - der Schaden eingetreten war, und wer die Sanierung abwickelte und soweit nötig vorfinanzierte (vgl. kläg. act. 47 S. 6; 52 S. 2; 53; 55 S. 2-4; 59 S. 3, 5; 67 S. 3 u.a.m.). Die Frage, ob die Mängelrüge von der richtigen Person erklärt wurde, ist daher obsolet.

21. Aus dem Gesagten folgt, dass im Falle, dass das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten als Werkvertrag qualifiziert würde, die Klägerin rechtzeitig und in hinreichender Weise Mängelrüge erhoben hat.

### b) Verjährung

22. Nach Art. 371 Abs. 1 OR verjähren die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers. Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerks wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer wie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme.

23. Nimmt man an, dass der Ingenieurvertrag in den hier interessierenden Punkten als Werkvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu würdigen wäre, ist die Verjährungsbestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR anwendbar. Der von der Beklagten vertretenen Auffassung, dass die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten nicht Bestellerin, sondern Erstellerin eines unbeweglichen Bauwerks sei und sich deshalb nicht auf die Verjährungsbestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR berufen könne (insb. D, Ziff. 48 ff.), kann nicht gefolgt werden. Andernfalls ergäbe sich eine ungerechtfertigte Schlechterstellung desjenigen, der unter Zuhilfenahme von Spezialisten, wie z.B. eines Ingenieurs, Bauarbeiten ganz oder teilweise selber ausführt bzw. Eigenleistungen erbringt. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein. Dass z.B. auch im Verhältnis eines General- oder Totalunternehmers - der ja durchaus auch selber Ersteller sein kann - zum Ingenieur die Verjährungsbestimmung des Art. 371 Abs. 2 anwendbar ist, ist in der Lehre anerkannt (Gauch, Werkvertrag, N 2306 a.A.). Dass die Klägerin die Baumeisterarbeiten ganz oder teilweise selber ausführte, bewirkt daher nicht, dass ihre



Ansprüche gegen Dienstleister wie Architekt oder Ingenieur, deren Tätigkeiten in das Bauwerk eingeflossen sind, nicht ebenfalls der Verjährung des Art. 371 Abs. 2 OR unterliegen.

24. Soweit die Beklagte der Klägerin vorwirft, sie (die Klägerin) strebe eine "Drittschadensliquidation auf Umwegen" an (KA 6), geht sie fehl, da die Klägerin nicht erreichen will, dass von einer Drittperson erlittener Schaden dieser entgolten wird, sondern Ansprüche im eigenen Namen behauptet. Die Klägerin weist zudem zu Recht darauf hin, dass von der schweizerischen Lehre und Praxis als "uneigentliche Drittschadensliquidation" der Fall anerkannt ist, dass ein Gläubiger einen Schuldner belangt, weil der Gläubiger seinerseits von einem Dritten für einen vom Schuldner gesetzten Schaden belangt wird (Gauch/Schluep, a.a.O., Rz. 2892; Koller,, OR AT § 61 N 15 f.). Diese Konstellation ist im Verhältnis zu den Käufern gegeben.

### **E. Zusammenfassung**

25. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Klägerin Vertragspartnerin der Beklagten im streitgegenständlichen Ingenieurvertrag ist.

Dieser Ingenieurvertrag ist als Gesamtvertrag anzusehen. Der Gesamtvertrag des Ingenieurs ist nach der Bundesgerichtspraxis ein aus auftragsrechtlichen und werkvertraglichen Elementen gemischter Vertrag. Mit der herrschenden Lehre sind im vorliegenden Fall die auf komplexer Grundlage beruhenden Haftungsfragen einheitlich nach auftragsrechtlichen Grundsätzen zu behandeln.

Dies führt dazu, dass die Verjährung noch nicht eingetreten ist und sich keine Verwirkungsragen stellen.

Eventualiter - unter der Annahme, dass der Ingenieurvertrag zwischen den Parteien als Werkvertrag anzusehen sei bzw. die hier strittigen Haftungsfragen für Mangelfolgeschaden nach Werkvertragsrecht abzuhandeln seien - haben die Mängelrügen als rechtzeitig und gültig erhobenen zu gelten und ist davon auszugehen, dass die Verjährung nach Art. 371 Abs. 2 OR noch nicht eingetreten ist.



26. Es ist festzustellen, dass

- a) die Rechte der Klägerin aus dem Ingenieurvertrag mit der Beklagten nicht verjährt sind und
- b) die Frage der Verwirkung von Mängelrechten nach Art. 370 OR sich nicht stellt.