

ZH_HANDELSGERICHT HG080290 vom 17. November 2011

Zh Handelsgericht, 2011-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080290

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG080290 du 17 novembre 2011

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG080290 del 17 novembre 2011

Erwägungen

E. 2

Qualifikation des Vertrags

E. 2.1

Die Klägerin hält dafür, der zwischen den Parteien am 16./20. Januar 2006 geschlossene Vertrag für Ingenieurarbeiten gelte als Auftrag mit allenfalls werkvertraglichen Elementen für spezielle Teile. Der streitrelevante Vertrag sei zumindest in Bezug auf die Haftungs- und Auflösungsfrage nach Auftragsrecht zu behandeln (act. 1 Rz. 54; act. 1 Rz. 63). Der Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass sich der vorliegende Ingenieurvertrag nicht gänzlich nach Auftragsrecht richte. Der Vertrag weise sowohl werkvertragliche als auch auftragsrechtliche Merkmale auf, weshalb je nach zu beurteilender Leistung entweder Werkvertrags- oder aber Auftragsrecht anwendbar sei. Allfällige Planungsmängel seien nach Werkvertragsrecht zu beurteilen (act. 1 Rz. 88; act. 22 Rz. 138).

E. 2.2

Der Ingenieurvertrag ist eng mit dem Architektenvertrag verwandt. Beide können rechtlich nicht allgemeingültig eingeordnet werden. Deshalb ist darauf abzustellen, welche Leistungen die Parteien im konkreten Vertrag vereinbart haben. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt der Gesamtvertrag des Architekten ein gemischter Vertrag dar, welcher erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden. Hauptabgrenzungskriterium ist der Arbeitserfolg, den der Unternehmer im Gegensatz zum Beauftragten schuldet. Dasselbe gilt für den analog zu beurteilenden Ingenieurvertrag (Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1; siehe auch [Entscheid des Bundesgerichts] 4C.93/2003 vom 25. August 2003 E. 4.3.2; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen, Schweizerische Baurechtstagung - Freiburg 2007, S. 33 f.; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 57; PETER GAUCH, vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA 102, in Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 15 Rz. 38 ff.; RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in Gauch/Tercier, a.a.O. S. 127 Rz. 397).

- 8 - Das Bundesgericht hat bereits in Erwägung 3d von BGE 109 II 462 festgehalten, dass beim Gesamtvertrag in Bezug auf die Mängelhaftung eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar sei, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben könne. Dieser Weg sei dagegen nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten sei, der Auftrags- und Werkvertrags Elemente umfasse. Diese unterstehe Art. 404 OR, also der auftragsrechtlichen Auflösungsregel. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht bis

dato festgehalten (siehe dazu [Entscheid des Bundesgerichts] 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1; kritisch PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 58 ff.).

E. 2.3

Vorliegend ist die Frage, nach welchem Recht die Auflösung des Vertrages vom 16./20. Januar 2006 zu beurteilen ist, unproblematisch. Die Parteien sind sich einig, dass der Vertrag durch beide Parteien grundsätzlich jederzeit gekündigt werden konnte (act. 1 Rz. 63; act. 9 Rz. 97; act. 18 Rz. 137). Dies entspricht dem Wortlaut im Vertrag (act. 4/6 Art. 9) und deckt sich im Übrigen mit der auftragsrechtlichen Kündigungsbestimmung in Art. 404 Abs. 1 OR sowie der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 109 II 462 E. 3d). Zu klären ist mithin einzig die Frage, nach welchem Recht sich die Haftungsfrage bestimmt.

E. 2.4

Art. 6 des streitrelevanten Vertrags für Ingenieurarbeiten vom 16./20. Januar 2006 sieht vor, dass sich die Haftung des Beauftragten nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts bestimmt (act. 4/6). Nach Darstellung der Parteien und gemäss Wortlaut des Vertrags war der Beklagte zu folgenden Leistungen verpflichtet: ingenieurtechnische Bearbeitung der Tragkonstruktion, Ausführungsplanung und Überwachung der Realisierung des Bauvorhabens gemäss beiliegendem Leistungsbeschrieb (act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 8; act. 4/6 Art. 1). Der Leistungsbeschrieb findet sich nicht in den Akten. Die Parteien stimmen aber überein, dass damit zunächst die Erarbeitung verschiedener Pläne, gestützt auf die statische Berechnung der Tragkonstruktion, sowie (in Zusammenarbeit mit dem Architekten) die Erstellung eines Sicherheits- und Nutzungsplans resp. einer Nutzungsvereinbarung erfasst ist (act. 1 Rz. 7; act. 1 Rz. 29; act. 1 Rz. 52; act. 9

- 9 - Rz. 17c; act. 9 Rz. 45; act. 9 Rz. 50 Pkt. 4; act. 9 Rz. 88; act. 18 Rz. 74 ff.; act. 22 Rz. 85). Ferner sei der Beklagte gestützt auf den Vertrag verpflichtet gewesen, die Umsetzung seiner Pläne zu organisieren und zu überwachen (act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 88). Die Berechnung der Statik und die Erarbeitung eines (oder mehrerer) Pläne bzw. einer Nutzungsvereinbarung sind nach dem Gesagten den werkvertraglichen Normen zuzuordnen, weil es sich dabei um Leistungen handelt, bei denen ein mess- und objektivierbarer Erfolg geschuldet ist. Demgegenüber umfasst die Pflicht des Beklagten zur Überwachung der Umsetzung seiner Pläne eine Tätigkeit. Ein Arbeitserfolg ist dabei nicht geschuldet. Aus diesem Grund ist mit beiden Parteien einig zu gehen, dass es sich dabei um ein auftragsrechtliches Merkmal handelt und die Haftungsfrage diesbezüglich nach auftragsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen ist.

E. 2.5

Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass von einem gemischten Vertrag mit Verpflichtungen sowohl werkvertraglicher als auch auftragsrechtlicher Natur auszugehen ist. Folglich ist vorliegend je nach geltend gemachtem Fehlverhalten der Beklagten zu entscheiden, ob dieses dem Werkvertrag oder dem einfachen Auftrag zuzurechnen ist. Die vorliegend im Fokus stehenden Planungsfehler sind nach dem Gesagten den werkvertragsrechtlichen Normen zuzuordnen.

E. 3

Mängelrüge

E. 3.1

Der Beklagte erhebt die Einrede der fehlenden Mängelrüge. Es gilt deshalb nachfolgend abzuklären, ob 1) der Klägerin überhaupt eine Rügepflicht oblag und 2) ob sie dieser rechtsgenügend nachgekommen ist.

E. 3.2

Bestehen einer Mängelrügepflicht Wie vorab ausgeführt, sind für Haftungsfragen im Zusammenhang mit den Planungsarbeiten des Beklagten werkvertragliche Normen anwendbar. Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR obliegt es dem Besteller nach Ablieferung des Werkes, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrügepflicht ist somit grundsätzlich die Ablieferung des Werkes. Die Klägerin stellt sich auf den

- 10 - Standpunkt, der Beklagte habe sein Werk ja noch gar nicht abgeliefert, weshalb auch höchst fraglich sei, ob die Rügepflichten gemäss Art. 367 OR greifen würden (act. 18 Rz. 39). Tatsächlich geht aus den Unterlagen hervor, dass der Beklagte zumindest im Zeitpunkt der Besprechung vom 11. Oktober 2006 seine Planung gemäss eigener Darstellung noch nicht beendet hatte. So erklärt er im Zusammenhang mit der in der Planung fehlenden Stütze für die Decke im Obergeschoss, dass er diesen Bauteil im damaligen Zeitpunkt (Bezug genommen wird dabei auf die Besprechung vom 11. Oktober 2006) vertragsgemäss erst teilweise bearbeitet hatte (act. 9 Rz. 22; act. 9 Rz. 52). Dass er darüber hinaus, insbesondere im Zeitpunkt der Kündigung am 14. Dezember 2006, noch Planungsarbeiten hätte ausführen müssen, wird von den Parteien nicht behauptet. Im Gegenteil macht der Beklagte unbestrittenermassen geltend, dass dazumal sämtliche Planungsarbeiten abgeschlossen waren (act. 9 Rz. 107). Soweit die Klägerin ihre Behauptung, der Beklagte habe sein Werk noch gar nicht abgeliefert, damit begründen wollte, dass er noch nicht sämtlichen vertraglich vereinbarten Pflichten gemäss Ingenieurvertrag vom 16./20. Januar 2006 nachgekommen war, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Parteien nichts anderes behaupten, als dass der Beklagte die Überwachung der Realisierung des Bauwerks nicht mehr vorgenommen hatte. Diese Aufgabe beschlägt aber nicht den werkvertraglichen Teil des Vertrages und ist für die vorliegende Fragestellung irrelevant. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Beklagte den den werkvertraglichen Normen zuzuordnenden Teil des Vertrags erfüllt und das Werk (die Pläne) im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR abgeliefert hatte. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die nach werkvertragsrechtlichen Normen zu beurteilende Leistung des Beklagten bzw. das beklagterseits geschuldete Werk sei im Zeitpunkt der Kündigung des Vertragsverhältnisses noch nicht vollständig erbracht worden, so wäre die Frage der Mängelrügepflicht für das unvollendete Werk dennoch in sinngemässer Anwendung der Regeln über die ordentliche Mängelhaftung zu bejahen, weil die Klägerin den Vertrag ex nunc auflöste und offensichtlich Anspruch auf die Mängelfreiheit dieses "unvollendeten" Werkes erhebt (siehe dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2432 ff.). Mithin ist erstellt, dass der Klägerin eine Pflicht zur Mängelrüge oblag.

- 11 -

E. 3.3

Mängelrügefrist Art. 367 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Besteller bei Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen hat. Offene Mängel muss der Besteller folglich innerhalb der Rügefrist sofort nach der Entdeckung

anzeigen, andernfalls der Mangel als genehmigt gilt (siehe PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 2151 f.). Anders verhält es sich bei geheimen Mängeln: Diese sind Mängel, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werkes (Art. 370 Abs. 1 OR) nicht erkennbar waren. Solche Mängel gilt es vom Besteller sofort nach deren Entdeckung anzuzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR, siehe auch PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 2179). Diese gesetzliche Regelung ist dispositiver Natur. Die Parteien können mithin davon abweichen, was in der Praxis auch regelmässig getan wird. Im Ingenieurvertrag vom 16./20. Januar 2006 findet sich die folgende Regelung (act. 4/6 Art. 6 Abs. 3): "Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert 5 Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel kann der Auftraggeber während der ersten 2 Jahre nach der Abnahme jederzeit rügen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen." Zudem haben die Parteien als Grundlage des Vertrags die SIA-Ordnung 103 (Ausgabe 2003) vereinbart. Deren Art. 1.11.21 enthält die folgende Bestimmung: "Ansprüche aus Mängeln des Bauwerks verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes beziehungsweise des Werkteils zu laufen. Solche Mängel können während der ersten zwei Jahre nach Abnahme jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach deren Entdeckung zu rügen. Den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden trägt der Auftraggeber selber." Aus dem Vergleich der zwei Bestimmungen wird klar, dass sie sich inhaltlich kaum unterscheiden. Der Unterschied besteht darin, dass die Parteien in ihrer individuellen Vereinbarung den Bedeutungsgehalt des Mängelbegriffs präzisierten: Demzufolge ist in der Bestimmung nur von Mängeln des unbeweglichen Bau-

- 12 - werks die Rede. Ferner entfiel der letzte Satz, wonach der Auftraggeber den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden selber trage. Mit der Übernahme einer SIA-Ordnung in einen Vertrag erlangen die darin enthaltenen Bestimmungen den Charakter von allgemeinen Vertragsbedingungen. Individuelle Parteiabreden gehen den übernommenen Bestimmungen stets vor (Art. 1.1 SIA-Ordnung 103; siehe auch PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 286). Weil Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags die Bestimmung in Art. 1.11.21 SIA-Ordnung 103 ablöst, ist letztere für den vorliegenden Fall von vornherein nicht anwendbar. Aus Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags geht zunächst einmal hervor, dass die Verjährungsfrist nur für diejenigen Ansprüche, die aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerks entstehen, geregelt ist. Mängel am "unbeweglichen Bauwerk" sind von Planmängeln zu unterscheiden (dazu statt vieler: WALTER FELLMANN, Die Haftung des Architekten und des Ingenieurs für Werkmängel, in Alfred Koller [Hrsg.], Haftung für Werkmängel, Verlag Vereinigung für Baurecht 1998, S. 108; ANTON EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen: System und Merkmale, in: Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 67). Von den Parteien wird nicht geltend gemacht, dass dies im vorliegenden Fall anders wäre. Führen Planmängel jedoch zu Bauwerksmängeln, stellt der aus den Bauwerksmängeln erwachsende Schaden Mangelfolgeschaden der Planmängel dar. Wenn die Bestimmung folglich die Verjährungsfrist von Ansprüchen aus Mängeln am unbeweglichen Bauwerk regelt, umfasst sie damit auch den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens von Planmängeln. Art. 6 Abs. 3 sieht folglich vor, dass der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens eines Planmangels innert fünf Jahren ab Abnahme des Werkes bzw. Werkteils verjährt. Aus dem Kontext wird klar, dass mit dem Begriff "Werk" das "unbewegliche Bauwerk" gemeint ist. Von der Regelung der Verjährungsfrist abzugrenzen ist die Regelung der Mängelrügefrist. Nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags können "solche Mängel" – aus dem Kontext wird unmissverständlich

klar, dass damit (nur) Mängel des unbeweglichen Bauwerks gemeint sind – während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nicht geregelt ist damit die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterscheidenden Planmängel.

- 13 - Mithin gilt für diese mangels einer anderen Parteiabrede weiterhin die im Obligationenrecht verankerte Pflicht der "sofortigen" Rüge. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die von der Rügefrist zu unterscheidende Verjährungsfrist sich auch auf Ansprüche erstreckt, die ihre Ursache in Planmängeln haben. Weil der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens voraussetzt, dass der den Schaden verursachende Mangel – vorliegend der Planmangel – rechtzeitig gerügt bzw. nicht akzeptiert wurde, gilt im Ergebnis, dass der Bauherr seinen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, insbesondere auch den Anspruch aus Mängeln am unbeweglichen Bauwerk verliert, wenn er den Planmangel nicht umgehend nach dessen Entdeckung rügt. Im Regelfall, in dem zunächst die Baumängel entdeckt werden und bei entsprechender Untersuchung festgestellt wird, dass diese Mängel und der damit verbundene Schaden auf Planmängel zurückzuführen sind, führt dies für den Bauherrn nicht zu Problemen. Der Planmangel ist regelmässig als geheimer Mangel zu qualifizieren und kann deshalb innerhalb der Verjährungsfrist, deren Ablauf an die Abnahme des Bauwerks geknüpft ist (so Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags und auch Art. 371 Abs. 2 OR), sofort nach dessen Entdeckung gerügt werden. Nachdem der Bauherr grundsätzlich nicht zur Nachforschung verpflichtet ist (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2183), braucht er sich nach der Entdeckung von Baumängeln nicht auf die Ursachensuche zu machen. Es reicht völlig aus, wenn er im Laufe der zwei Jahre nach Abnahme des Bauwerks die Mängel gegenüber dem vermeintlichen Verursacher (der in der Regel der Bauunternehmer sein dürfte) rügt und in diesem Zusammenhang darauf stösst, dass die Ursache eigentlich beim Bauingenieur liegt. Rügt er diesen umgehend nach der entsprechenden Entdeckung, ist er seiner Mängelrügepflicht rechtsgenügend nachgekommen. Anders aber im umgekehrten Fall, in dem der Bauherr Planmängel vor den Baumängeln entdeckt. Diesfalls muss er nach dem Gesagten die Mängel umgehend nach deren Entdeckung rügen, andernfalls sind die daraus erwachsenden Ansprüche verwirkt (Art. 371 Abs. 2 OR). Gleich sehen das offenbar auch die Parteien, wird von diesen doch nicht geltend gemacht, dass diese Bestimmung in einem individuell vereinbarten, dem Wortlaut widersprechenden Sinne zu verstehen ist. Es liegt folglich auch kein Auslegungstreit vor. Stattdessen erklärt die Klägerin auf den Vorhalt der verspäteten Män-

- 14 - gelrüge seitens des Beklagten hin (act. 9 Rz. 88 S. 68 und Rz. 96), dass sie mangels Ablieferung des Werks (Pläne) gar keine Mängelrügepflicht nach Art. 367 OR getroffen habe (hierzu Ziffer 1.1. der Erwägungen) und sie im Übrigen die Mängelrügepflichten gemäss Art. 367 OR ohnehin erfüllt habe. Dazu führt sie auf, wie sie jeweils umgehend nach Kenntnisnahme des Mangels reagiert habe (act. 18 Rz. 138 f.; siehe auch act. 22 Rz. 138.-139 S. 27; act. 27 Rz. 64). Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, die erweiterte Mängelrügefrist gelte auch für Planmängel, hält die Bestimmung in zeitlicher Hinsicht dennoch keine Regelung für den vorliegenden Fall bereit. Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags sieht vor, dass die Mängel nach Abnahme des unbeweglichen Bauwerks innert zwei Jahren jederzeit gerügt werden können. Was gilt aber, wenn Planmängel – wie vorliegend – vor Abnahme des Bauwerks entdeckt werden? Hierfür rechtfertigt sich ein Blick in die einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118, denn gestützt auf diese

entstand Art. 1.11.21 SIA-Ordnung 103 (siehe dazu den Aufsatz von ANTON EGLI, a.a.O., S. 64 und 68), welcher zweifellos Grundlage für Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags bildete. Das Regelwerk SIA-Norm 118 ist auf Bauwerksverträge zugeschnitten. Wenn in den Bestimmungen von einem Werk die Rede ist, ist damit folglich ein ganzes Bauwerk oder ein Teil eines Bauwerks, nicht aber ein Geistwerk (worunter auch ein Planwerk zu subsumieren ist) gemeint (siehe Präambel und Art. 1 SIA-Norm 118; HUBERT STÖCKLI, in Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 1-37, S. 3). Zu unterscheiden gilt es zwischen drei Baustadien: (1) Vor Vollendung des Bauwerks, (2) während der gemeinsamen Prüfung und (3) nach der gemeinsamen Prüfung. Die SIA-Norm 118 sieht als Regelfall vor, dass der Unternehmer die Vollendung des Werk(teil)s dem Bauherrn bzw. der Bauleitung anzeigt und danach eine gemeinsame Prüfung des Werks vorgenommen wird (Art. 158 SIA-Norm 118). Wird anlässlich dieser Prüfung ein Mangel entdeckt (Phase 2) muss die Bauleitung als Vertreterin des Bauherrn diesen umgehend anzeigen/rügen. Andernfalls gilt das Werk für den erkannten Mangel als genehmigt (Art. 163 Abs. 1 SIA-Norm 118). Anders verhält es sich wenn der Mangel erst nach der gemeinsamen Prüfung entdeckt wird (Phase 3). Diesfalls hat der Bauherr eine zweijährige Frist, innert der er entdeckte Mängel jederzeit rügen kann (Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118).

- 15 - Ungeregt bleibt der Fall, wo das Werk ohne Prüfung abgenommen wird (Art. 164 SIA-Norm 118). Wollte man diesfalls annehmen, dass der Bauherr sämtliche Mängel innert zwei Jahren jederzeit rügen kann, wäre dieser dadurch gegenüber demjenigen Bauherrn, der eine gemeinsame Prüfung mit dem Unternehmer vornimmt, besser gestellt, namentlich in Bezug auf offensichtliche Mängel (siehe dazu Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118). Für die Zeit vor Abnahme des Bauwerks besteht grundsätzlich keine Rügepflicht des Bauherrn. Gleichwohl sieht Art. 173 Abs. 2 SIA-Norm 118 aber vor, dass der Bauherr Mängel die aus einer verspäteten Mängelrüge erwachsen selbst zu tragen hat. Entdeckt der Bauherr folglich im Verlaufe der Bauarbeiten einen Mangel an dem im Entstehen begriffenen Bauwerk, ist er gut beraten, diesen sofort anzuzeigen. Aus diesen Ausführungen entnimmt sich für den vorliegenden Fall im Wesentlichen, dass je nach Phase des Bauprozesses unterschiedliche zeitliche Anforderungen an die Mängelrüge gelten. Eingang in die SIA-Ordnung 103 und auch den Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags fand lediglich die Regelung einer Phase, nämlich derjenigen für die Zeit nach Abnahme des unbeweglichen Bauwerks. Was davor gelten soll, wurde offensichtlich nicht geregelt. Es gelten mithin die gesetzlichen Vorschriften, wonach die Mängelrüge sofort nach Entdeckung eines Mangels vorzubringen ist. Nicht anders sehen das – wie gesagt – offenbar auch die Parteien, begründen sie doch keinen Auslegungstreit und liefern auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Klausel anders zu verstehen wäre. Auf den vorliegenden Sachverhalt finden die genannten Bestimmungen nach dem Gesagten keine Anwendung. Mangels einer anderen vertraglich vereinbarten Abweichung von den dispositiven Gesetznormen, sind diese folglich anwendbar.

E. 3.4

Ausübung der Mängelrüge

E. 3.4.1

Die Klägerin macht geltend, die nunmehr im Streit liegenden Mängel seien als verdeckte Mängel zu qualifizieren. Diese habe sie jeweils umgehend nach deren Kenntnisnahme

gegenüber dem Beklagten gerügt. Eine erste Rüge der Bau- meisterin vom 6. Oktober 2006 sei dem Beklagten bereits an der Sitzung vom 11. Oktober 2006 mitgeteilt worden und man habe dem Beklagten die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben. Die vier konkret formulierten Problemzonen gemäss Be-

- 16 - richt I._____ seien dem Beklagten am Tag der Kenntnisnahme, am 31. Oktober 2006, per Mail weitergegeben worden. Spätestens mit dieser Mitteilung sei eine Mängelrüge erfolgt. Am 2. November 2007 sei der Beklagte zu einer umfassenden Stellungnahme aufgefordert worden. Selbst der Auftragswiderruf vom 14. Dezember 2006 sowie die noch im Januar 2007 erfolgte Zustellung des Be- richts der J._____ vom 12. Januar 2007 seien als rechtzeitige Mängelrügen zu qualifizieren (act. 1 Rz. 11 f.; act. 1 Rz. 14; act. 1 Rz. 18; act. 1 Rz. 22; act. 1 Rz. 26; act. 18 Rz. 139). Der Beklagte hält dem entgegen, dass die Klägerin mitnichten eine rechtsgenügli- che, d.h. ausreichend substantiierte und rechtzeitige Mängelrüge erhoben habe. Das Kündigungsschreiben vom 14. Dezember 2006 sei nicht als wirksame Män- gelrüge im Sinne von Art. 367 OR zu qualifizieren. Damit stehe fest, dass die Klä- gerin die angeblichen Mängel in den Planungen und Berechnung des Beklagten genehmigt habe. Dies gelte, selbst wenn man bei den angeblichen Mängeln von sog. versteckten Mängeln ausgehe. Spätestens nach Vorliegen des Gutachtens der J._____ hätte die Klägerin eine substantiierte Mängelrüge erheben müssen. Der erste Bericht der J._____ datiere vom 4. Dezember 2006, der zweite vom 12. Dezember 2006. Die Klägerin habe sich in ihrem Schreiben aber ausschliess- lich auf pauschale Äusserungen beschränkt und sei damit dem Informationszweck der Mängelrüge in keiner Weise genügend nachgekommen. Die Klägerin habe es sodann unterlassen, dem Beklagten die Prüfungsberichte beizulegen, sodass er nicht habe erkennen können, um welche Beanstandungen es ging (act. 9 Rz. 88).

E. 3.4.2

Nachfolgend gilt es im Einzelnen zu prüfen, ob die Klägerin eine rechtsge- nügende Mängelrüge erhoben hat oder nicht. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Parteien sich einig sind, dass die von der Klägerin geltend gemachten Mängel als sog. geheime Mängel im Sinne von Art. 370 Abs. 1 OR zu qualifizieren sind (die Parteien verwenden zwar die Begriffe "verdeckt" bzw. "versteckt", aus ih- ren Ausführungen wird aber nicht ersichtlich, dass sie damit eine andere Art von Mangel meinen). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, liegt es doch auf der Hand, dass der Klägerin als Laiin nicht zuzumuten war, Planungs- bzw. Berechnungs- mängel in einer statischen Berechnung eines Bauwerks innerhalb einer kurzen

- 17 - Frist nach der Ablieferung von selbst zu erkennen. Überdies bestand für sie keine Pflicht, zur Prüfung einen Experten beizuziehen (siehe BGE 131 III 145 E. 6.3, in: Pra 94 [2005] Nr. 50 S. 393). Geheime Mängel sind umgehend nach ihrer Entde- ckung zu rügen. Dabei ist dem Besteller jedoch eine kurze Erklärungsfrist zuzu- gestehen. Die Rügefrist beginnt ferner erst zu laufen, wenn der Besteller Gewiss- heit über das Vorhandensein der Mängel erlangt hat, d.h. wenn er in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Mangels zu erkennen (siehe BGE 131 III 145 E. 7.2, in: Pra 94 [2005] Nr. 50 S. 393). Die Rüge muss derart formuliert sein, dass der Unternehmer erkennen kann, in welchem Punkt und in welchem Umfang sein Werk bemängelt wird. Dadurch wird der Unternehmer in die Lage versetzt, den Mangel selber festzustellen und gegebenenfalls nachzubessern (HÜRLLI-MANN/SIEGENTHALER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 5 zu Art. 367 OR). Ist der Besteller – wie vorliegend der Fall – fachkundig be- gleitet, müssen an die Qualität einer Rüge hohe Anforderungen gestellt werden. Der Besteller ist

mithin zur Anzeige aller entdeckten Mängel im Einzelnen verpflichtet. Im Gegenzug obliegt es dem Unternehmer gleichwohl, die Mitteilung des Bestellers fach- und werkgerecht zu interpretieren und sich zu bemühen, den Besteller richtig zu verstehen, namentlich bei Werken deren Beurteilung dem Besteller mangels Sachverstand abgehen (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2126 ff.). Es genügt ferner nicht, dass der Besteller die Mängel bloss kundtut, vielmehr muss er ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck bringen, dass er damit das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 2133 ff.). Soweit nicht anders vereinbart, kann die Mängelrüge formfrei angebracht werden. Sie muss sich jedoch an den Unternehmer selbst oder einen zur Entgegennahme bevollmächtigten Vertreter desselben richten (PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 2141 ff.).

E. 3.4.3

Abmahnungen vom 6. Oktober 2006/Besprechung vom 11. Oktober 2006

E. 3.4.3.1

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2006 mahnte die mit den Baumeisterarbeiten beauftragte F. _____ AG ungenügende Armierungen und die Verletzung von Betonnormen im Sinne von Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 ab (act. 4/12). Konkret sei der auskragende Deckenteil im Eingangsbereich des Schulhauses zu wenig

- 18 - stark armiert gewesen. Dadurch sei die tolerierbare Durchbiegung um 12 mm überschritten worden (act. 1 Rz. 10; act. 4/12). Gleichentags hat auch die Bauleitung (H. _____) den Zuständigen P. _____ der Bauherrschaft abgemahnt (act. 1 Rz. 10; act. 4/14). Nach Auffassung der Klägerin sei der Beklagte umgehend darüber orientiert und zu einer Sitzung am 11. Oktober 2006 eingeladen worden (act. 1 Rz. 11). Der Beklagte behauptet demgegenüber, dass er ohne Vorankündigung zur Besprechung am 11. Oktober 2006 aufgeboden worden sei, mit dem Vermerk, es gehe um eine Abmahnung der Baumeisterin. Über den Inhalt der Abmahnung sei er jedoch nicht informiert worden (act. 9 Rz. 16). Replicando wendet die Klägerin dagegen ein, dass der Beklagte auch schriftlich zur Besprechung eingeladen worden sei (act. 4/15). Der Beklagte wäre sodann naiv gewesen, wenn er nicht angenommen hätte, dass ein ernsthaftes Problem mit der überprüften Statik vorlag (act. 18 Rz. 34).

E. 3.4.3.2

Ob der Beklagte bereits am 6. Oktober oder erst am 11. Oktober 2006 über die geltend gemachten Mängel informiert wurde, ist nicht ausschlaggebend. Die Erklärungsfrist von fünf Tagen muss der Klägerin zugestanden werden, musste sie sich doch zuerst über die Bedeutung der Abmahnungen klar werden, das weitere Vorgehen intern besprechen und die daraufhin umgehend einberufene Sitzung organisieren. Ferner ist zu berücksichtigen, dass nur drei dieser fünf Tage Arbeitstage waren (7./8. Oktober 2006 fielen auf ein Wochenende). Der Beklagte wurde mithin genügend schnell in Kenntnis gesetzt. Dass er nicht im Vorfeld über den Inhalt der Abmahnungen informiert worden sein soll, ist für die Frage der rechtzeitigen Mängelrüge unbedeutend. Unstrittig ist sodann, dass dem Beklagten der Inhalt der Abmahnungen an der Sitzung vom 11. Oktober 2006 eröffnet wurde. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Beklagte nach eigenen Angaben mit Schreiben vom 25. Oktober 2006 ausführlich zu den Vorwürfen Stellung nahm (act. 1 Rz. 14; act. 9 Rz. 19; act. 9 Rz. 22). Gegenstand der Gespräche war im Wesentlichen eine ungenügende Armierung im auskragenden Deckenteil im Eingangsbereich des Schulhauses und eine fehlende

Stütze in der Decke im Obergeschoss. Wenn der Beklagte geltend macht, dass an der Sitzung festgestellt wurde, dass die Tragsicherheit des gesamten Bauwerks gegeben sei, und daraus ableitet, dass an der Sitzung überhaupt keine Mängelrüge erfolgt sei, verkennt er,

- 19 - dass die Klägerin zwar nicht die Tragsicherheit, jedoch die Gebrauchstauglichkeit bemängelte (act. 9 Rz. 17). Namentlich wurde die Armierung im Hinblick auf die vermehrte Rissbildung bemängelt, sodass im Rahmen der Besprechung beschlossen wurde, die Armierung zu verstärken. Ferner wurde ausgeführt, dass aufgrund der beklagten Planung mit einer Deformation der Fenster zu rechnen sei. Schliesslich wurde bemängelt, dass eine offenbar massgebliche Norm nicht eingehalten und eine tolerierbare Durchbiegung in der Decke des OG um 12 mm überschritten worden sei (act. 1 Rz. 10). Daran ändert auch nichts, wenn der Beklagte ausführt, dass er den gesagten Bauteil noch nicht abschliessend bearbeitet habe (act. 9 Rz. 52). Tatsache bleibt, dass die Klägerin den Stand der Bearbeitung bemängelte und dies dem Beklagten kundtat. Auch wenn diese Mängel die Tragsicherheit des Bauwerks nicht betrafen, umfassten sie gleichwohl dessen Gebrauchstauglichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt durfte die Klägerin vom Beklagten zumindest erwarten, dass er die von ihm verlangten Pläne technisch einwandfrei und damit unter Einhaltung der geltenden Normen erstellte, zumal sich dieser zur Erbringung seiner Leistungen unter Beachtung der anerkannten Regeln seines Fachgebietes verpflichtet hatte (Art. 1.3.1. der SIA-Norm 103; act. 4/6, Offerte vom 3. November 2005). Dies hatte der Beklagte offensichtlich versäumt. Im Ergebnis passte der Beklagte die Pläne entsprechend an. Ob dies als Nachbesserung zu qualifizieren ist, kann offenbleiben. Tatsache ist, dass die Parteien übereinstimmend ausführen, dass die geltend gemachten Mängel behoben wurden, durch eine geänderte Armierung und Einplanung der zuvor weggelassenen Stütze (act. 9 Rz. 17 c-d; act. 18 Rz. 38). Die Klägerin machte besagte Mängel denn auch in ihrer Klage nicht mehr geltend, weshalb die Frage der rechtzeitig erhobenen Mängelrüge diesbezüglich keine Bedeutung hat.

E. 3.4.4

Email vom 31. Oktober 2006 Mit Email vom 31. Oktober 2006 (act. 4/22) wurde seitens der Bauherrschaft ein umfassender Baustopp angeordnet. Die Email wurde auch dem Beklagten zugestellt. Gemäss unbestritten gebliebenen Ausführungen des Beklagten stützte die

- 20 - Klägerin ihren Entscheid auf die Ergebnisse der baustatischen Überprüfung gewisser Bereiche durch einen externen Ingenieur (act. 9 Rz. 25). Offensichtlich konnte der Beklagte aus dieser Email nicht entnehmen, welche Mängel ihm nunmehr seitens der Klägerin vorgeworfen wurden. Mithin eignete sich die Email vom 31. Oktober 2006 auch nicht als Mängelrüge im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR.

E. 3.4.5

Schreiben vom 2. November 2006

E. 3.4.5.1

Mit Schreiben vom 2. November 2006 (act. 4/25) forderte die Klägerin den Beklagten auf, zum Prüfungsbericht des von ihr beauftragten Prüfingenieurs I. _____ (act. 4/23) Stellung zu nehmen (act. 1 Rz. 18; act. 9 Rz. 26). Dieser hatte in seinem Bericht vier Bereiche als "problematisch" bezeichnet: - Lasteinleitung der OG-Fassadenwand via Brüstung auf EG-Stützen Axe 4/E; - Lastableitung der OG-Innenwand auf EG-Wand im Axbereich 4/D; - Lasteinleitung der Unterzüge in die Stützen im Turnhallenbereich; - Die Treppenanlage im

Bereich Axe C/9-12. Ferner hatte Prüfingenieur I._____ der Klägerin empfohlen, den Beklagten zur Erbringung der erforderlichen Nachweise aufzufordern, ansonsten eine komplette, neue, fundierte Statik mit allen Nachweisen zu erstellen sei (act. 1 Rz. 16).

E. 3.4.5.2

Die Mitteilung, dass man gewisse Punkte eines Werks als problematisch erachte und (Berechnungs-)Nachweise verlange, vermag für sich noch keine Mängelrüge darzustellen, wird daraus für den Unternehmer doch nicht klar ersichtlich, ob der Besteller diese Punkte als mangelhaft bezeichnen und den Unternehmer dafür haftbar machen will. Hingegen dient eine derartige Mitteilung dazu, dem Unternehmer zu offenbaren, dass Zweifel an der einwandfreien Erstellung des Werks bestehen. Vor allem zeigt ein solches Schreiben aber auch auf, dass der Besteller keine Gewissheit über allfällige Mängel hat, sondern lediglich eine Vermutung hegt, der er – im Rahmen seiner Mängelrügepflicht – auf den Grund gehen will. In diesem Fall ist der Besteller aber auch noch nicht zur Rüge

- 21 - eines geheimen Mangels verpflichtet, zumal er offensichtlich noch keine Kenntnis über dessen mögliche Bedeutung und Tragweite hat. Das Schreiben vom 2. November 2006 stellt mithin keine Mängelrüge im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR dar.

E. 3.4.6

Kündigungsschreiben vom 14. Dezember 2006 (act. 4/31)

E. 3.4.6.1

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2006 kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten (act. 1 Rz. 21; act. 9 Rz. 34). Die Klägerin führt aus, der "Auftragwiderruf vom 14. Dezember 2006 bzw. die – entgegen der akutenwidrigen Behauptung des Beklagten noch im Januar 2997 [recte: 2007] erfolgte – Zustellung des Berichtes von J._____ vom 12. Januar 2007 wären aufgrund des jeweiligen Wissenstandes der Klägerin jeweils als rechtzeitige Mängelrügen zu qualifizieren" (act. 18 Rz. 139) Die Klägerin stellt sich mithin auf den Standpunkt, dass das Kündigungsschreiben alleine schon eine Mängelrüge im rechtlich erforderlichen Sinn darstellt. Dies wird vom Beklagten ausdrücklich bestritten (act. 9 Rz. 88; act. 22 Rz. 138-139). Im Schreiben vom 14. Dezember 2006 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass eine zusätzliche Überprüfung durch ein externes Ingenieurbüro erhebliche Mängel/Fehler bei den durch den Beklagten durchgeführten baustatischen Berechnungen für den Neubau Schulhaus D._____ ergeben habe. Diese Berechnungsfehler würden sowohl die Gebrauchstauglichkeit als auch die Tragfähigkeit diverser Objektteile betreffen. Die Ergebnisse der Expertise würde man dem Beklagten noch zukommen lassen. Die festgestellten Nachlässigkeiten müssten jedenfalls als erheblich qualifiziert werden. Der damit verbundene Bruch des Vertrauensverhältnisses veranlasse die Klägerin dazu, den Vertrag für Ingenieurarbeiten vom 16./20. Januar 2006 per sofort aufzulösen. Ferner bringt die Klägerin ihre Absicht zur Kenntnis, den Beklagten für die nunmehr entstandenen Mehrkosten haftbar zu machen (act. 4/31).

E. 3.4.6.2

Aus dem Schreiben folgt, dass die Klägerin aufgrund einer Expertise neue Kenntnisse über Mängel an den beklagten Planungsarbeiten erlangt

- 22 - hatte. Um welche Mängel es sich dabei handelte, wird daraus aber nicht ersichtlich. Die Klägerin beschränkte sich darauf, von mehreren erheblichen Mängeln in Bezug auf die Gebrauchstauglichkeit und die Tragfähigkeit zu sprechen. Daraus wurde für den Beklagten

aber noch nicht ersichtlich, welche Punkte ihm in seinen Planungsarbeiten als mangelhaft angelastet wurden. Obschon die Klägerin als Laiin selbst keine Sachkenntnisse hatte, war sie mit einer Expertise dokumentiert und es wäre ihr mithin ohne Weiteres möglich gewesen, die Mängel genauer zu umschreiben. Unter diesen Umständen genügt das Kündigungsschreiben den Anforderungen an eine Mängelrüge im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR nicht.

E. 3.4.7

Bericht vom 12. Januar 2007

E. 3.4.7.1

Die Klägerin führt aus, dass das Ingenieurbüro J._____ die bereits im Dezember 2006 erlangten Erkenntnisse in einem definitiven Bericht vom 11. Januar 2007 formulierte. Gestützt auf diesen Bericht habe sie einen eigenen stadtinternen Bericht vom 12. Januar 2007 verfasst, den sie auch dem Beklagten im Januar zugestellt habe. (act. 1 Rz. 22). Der Beklagte stellt letzteres nicht in Abrede. Er bezieht sich aber auf den Zwischenbericht J._____ vom 4. Dezember 2006 (act. 4/28) und den Bericht J._____ vom 12. Dezember 2006 (act. 4/29), die dem Bericht der J._____ von 11. Januar 2007 und dem stadtinternen Bericht der Klägerin vom 12. Januar 2007 vorgegangen waren, und macht geltend, dass die Klägerin bereits ab Erhalt derselben Kenntnis über die alsdann geltend gemachten Mängel erlangt hatte. Die Berichte vom 4. Dezember bzw. 12. Dezember 2006 habe die Klägerin ihm aber nicht eröffnet. Damit sei die Klägerin ihrer Mängelrügeobliegenheit nicht rechtzeitig nachgekommen. Überdies genügten bloss Verweise auf technische Prüfberichte nicht den Anforderungen an eine substantiierte Mängelrüge, wenn nicht sichergestellt werde, dass der Rügeadressat erkennen könne, welche im technischen Gutachten aufgelisteten Mängel gerügt würden (act. 9 Rz. 88).

E. 3.4.7.2

Die Klägerin führt selbst aus, dass ihr die J._____ am 4. Dezember 2006 einen Zwischenbericht und am 12. Dezember 2006 einen Kurzbericht zukommen liess, in dem in insgesamt neun Punkten Probleme der Tragfähigkeit und in drei

- 23 - Punkten Mängel der Gebrauchstauglichkeit aufgeführt wurden. Daraufhin habe sie dem Beklagten gleichentags den Auftrag entzogen (act. 1 Rz. 20). Ferner erklärt sie ausdrücklich, dass die bereits im Dezember 2006 erlangten Erkenntnisse im definitiven Bericht vom 11. Januar 2007 (act. 4/33) formuliert wurden (act. 1 Rz. 22). Auch aus ihrem stadtinternen Bericht vom 12. Januar 2007 geht hervor, dass die Überprüfung durch die J._____ bereits am 12. Dezember 2006 abgeschlossen worden war (act. 4/34 S. 7). Dass sie die Berichte vom 4./12. Dezember 2006 dem Beklagten nicht zukommen liess, bestreitet die Klägerin nicht. Stattdessen führt sie, auf entsprechenden Vorhalt des Beklagten hin, aus, dass er – der Beklagte – keinen Anspruch darauf gehabt habe, an einer ebenfalls am 12. Dezember 2006 stattfindenden Besprechung zwischen Klägerschaft und den Vertretern der J._____, an der die geltend gemachten Mängel in den Berechnungen des Beklagten erläutert worden seien, teilzunehmen (act. 18 Rz. 59; act. 9 Rz. 33). Damit ist erstellt, dass die Klägerin am 12. Dezember 2006 bereits über die dem Beklagten vorgehaltenen Mängel ausführlich informiert war. Gleichwohl eröffnete sie diese Mängel dem Beklagten erst durch Zusendung des stadtinternen Berichts vom 12. Januar 2007. Damit stellt sich die Frage, ob die Klägerin ihrer Mängelrügeobliegenheit innert Frist nachgekommen ist.

E. 3.4.7.3

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. Ist dies nicht der Fall, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1; Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4). Nachdem der Klägerin spätestens am 12. Dezember 2006 die Tragweite und die Bedeutung der nunmehr geltend gemachten Mängel bekannt waren, wartete sie gleichwohl einen ganzen Monat ab, bevor sie dem Beklagten die geltend gemachten Mängel eröffnete. Dass ihr der ernsthafte Charakter der Mängel klar war, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie das Vertragsverhältnis mit dem

- 24 - Beklagten auflöste. Überdies teilte sie es dem Beklagten im entsprechenden Schreiben vom 14. Dezember 2006 ausdrücklich mit (siehe Ausführungen in Erwägungen Ziffer 3.3.6.1). Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sie damit die ihr zugestandene Dauer für die Vornahme einer Mängelrüge klar überschritten. Die Klägerin kann ihr Zuwarten nicht begründen. Aufgrund der Parteivorbringen ist erstellt, dass sie sich mit Hilfe der Prüfingenieurin der J. _____ an der Besprechung vom 12. Dezember 2006 ein eindeutiges Bild über die Mängel verschafft hatte. Deren Berichterstattung war mit diesem Kurzbericht grundsätzlich abgeschlossen (act. 4/34 S. 7). Auch unter Berücksichtigung ihrer Eigenschaft als Laiin war sie damit in der Lage, eine Mängelrüge derart zu formulieren, dass dem Beklagten die gerügten Punkte an seinem Werk erkenntlich geworden wären. Dafür hätte sie nichts anderes tun müssen, als die von der J. _____ im Bericht vom 12. Dezember 2006 aufgelisteten Mängel zu übernehmen. An der Besprechung vom 12. Dezember 2006 hatte sie auch bereits das weitere Vorgehen beschlossen, nämlich die Kündigung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten. Ebenso wurde die Beauftragung der J. _____ mit den Nachbesserungsarbeiten offenbar zumindest ins Auge gefasst. Zwei Tage nach der Besprechung nahm sie schriftlich Kontakt mit dem Beklagten auf, und teilte diesem mit, dass sie das Vertragsverhältnis auflöse. Dabei hätte sie die insgesamt zwölf Mängel (neun Mängel betreffend Tragsicherheit, drei Mängel betreffend Gebrauchstauglichkeit) aufzählen können. Stattdessen begnügte sie sich mit dem allgemeinen – ungenügenden – Hinweis, dass die Überprüfung erhebliche Mängel/Fehler ergeben habe. Der Umstand, dass die Klägerin dem Beklagten im Schreiben vom 14. Dezember 2006 eröffnete, dass das Ausmass des Schadens und die Prüfung der Verantwortlichkeiten Gegenstand interner Abklärungen sei (act. 4/31), ändert an diesen Ausführungen nichts. Die Rügefrist begann mit der Entdeckung der Mängel zu laufen. Als entdeckt gelten Werkmängel, wenn der Besteller vom Mangel eine solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (Entscheid [des Bundesgerichts] 4A.252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2). Dies war am 12. Dezember 2006 nach dem Gesagten zweifellos der Fall. Die Klägerin hat auch nichts Gegenteiliges behauptet. Mit "Ausmass des Schadens" bezieht sich die Klägerin sodann offenbar auch

- 25 - nicht auf das Ausmass der Mängel, sondern auf das Ausmass der Mehrkosten. Dies ergibt sich bereits aus der Systematik des Schreibens vom 14. Dezember 2006. In diesem führt die Klägerin im ersten Abschnitt aus, dass sich erhebliche Mängel offenbart hätten. Zweifel über deren Ausmass gehen aus dem Text nicht hervor. Im zweiten Abschnitt zieht sie die Konklusion, indem sie das Vertragsverhältnis auflöst. Im dritten Abschnitt nimmt

sie Bezug auf die mit den Mängeln verbundenen Mehrkosten. Dabei führt sie aus, dass sie mit erheblichen Mehrkosten konfrontiert sei, und nun Ausmass und Verantwortlichkeiten abkläre. Ferner würde sie sich mit dem Beklagten zur Abwicklung der finanziellen Folgen in Verbindung setzen. Schliesslich erachte sie es für angezeigt, dass sich der Beklagte bereits mit seiner Berufshaftpflichtversicherung in Verbindung setze (act. 4/31). Das "Ausmass des Schadens" wurde von der Klägerin mithin klar im Kontext mit den finanziellen Folgen verwendet. Die Kenntnis über das Ausmass der mit den Mängeln verbundenen Mehrkosten ist aber für den Beginn der Rügefrist nicht ausschlaggebend. Auch über die Verantwortlichkeiten schien sich die Klägerin bereits ein Bild gemacht zu haben. Aus dem Schreiben geht klar hervor, dass sie den Beklagten zur Verantwortung ziehen will. Andernfalls hätte sie ihm wohl kaum geraten, mit seiner Haftpflichtversicherung in Kontakt zu treten. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zustellung des stadtinternen Berichts vom 12. Januar 2007 durch die Klägerin an den Beklagten zwar eine Mängelrüge im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR darstellt. Diese Rüge erfolgte aber verspätet, hatte die Klägerin doch offensichtlich bereits einen Monat davor, am 12. Dezember 2006 umfassende Kenntnisse über die nunmehr geltend gemachten Mängel. Damit gilt das Werk als stillschweigend genehmigt und es ist der Beklagte von seiner Haftpflicht befreit (Art. 370 Abs. 2 OR). Soweit die Klägerin ihre Klage deshalb damit begründet, dass der Beklagte die Statik des Schulhauses D._____ nicht normenkonform und den anerkannten Regeln seines Fachgebietes entsprechend errechnet habe (act. 1 Rz. 56), ist sie infolge Genehmigung der Mängel nicht zu hören. Stattdessen ist davon auszugehen, dass sie das Werk des Beklagten genehmigt hat.

- 26 -

E. 4

Weitere Vertragsverletzungen

E. 4.1

Nebst der Bemängelung des Werkes macht die Klägerin weitere Vertragsverletzungen geltend. Namentlich wirft sie dem Beklagten vor, er habe für die Berechnung der statischen Anforderungen eine 3D-Software "Tower" beigezogen, deren Funktionen und deren Auswirkungen er ebenso wenig beherrschte, wie den Umgang mit den von der Software gelieferten Daten. Ferner sei der Beklagte seiner Rechenschaftspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen und habe die von ihm verlangten Nachweise nicht zu erbringen vermocht. Schliesslich habe der Beklagte seine Aufklärungspflichten und seine Abmahnungspflicht verletzt (act. 1 Rz. 58 ff.). Zu den Vorbringen der Klägerin ist nachfolgend im Einzelnen Stellung zu nehmen.

E. 4.2

Fehlende Fachkenntnisse und Fähigkeiten

E. 4.2.1

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe seine Vertragspflichten verletzt, indem er die 3D-Software "Tower" zur Berechnung der Statik beigezogen habe, ohne deren Funktionen und deren Auswirkungen sowie den Umgang mit den von der Software gelieferten Daten zu beherrschen (act. 1 Rz. 58). Damit behauptet die Klägerin nicht, dass es dem Beklagten grundsätzlich an Fachkenntnissen oder Fähigkeiten zur Berechnung der Statik des Schulhauses D._____ mangelte. Vielmehr beruft sie sich darauf, dass der

Beklagte sich der falschen Mittel zur Berechnung bedient habe. Namentlich habe er mit einer Software gearbeitet, die auf Basis eines 3D-Modells rechnet, ohne diese zu beherrschen, ohne dessen rechnerische Ergebnisse fachgerecht umsetzen zu können, ohne diese erläutern zu können und brauchbare Statik-Nachweise zu erbringen und die damit gewonnenen Erkenntnisse auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen (act. 1 Rz. 52). Diese Vertragsverletzung sei ihm auch vorzuwerfen, wenn er für die Arbeit mit der Software einen Freelancer in Q._____ beauftragt habe, wie er dies anlässlich diverser Besprechungen mitgeteilt habe. Der Beklagte sei für die von ihm beigezogene Hilfsperson gemäss Art. 101 OR verantwortlich (act. 1 Rz. 58).

- 27 -

E. 4.2.2

Aus Art. 364 Abs. 1 OR ergibt sich unter anderem die allgemeine, gesetzlich nicht geregelte Pflicht des Unternehmers, die eigenen Kräfte selbstkritisch einzuschätzen. Er muss dafür einstehen, dass er (unter Einschluss seiner Hilfspersonen) über jene Fachkenntnisse und andern Fähigkeiten verfügt, die von ihm (objektiv) erwartet werden können. Übernimmt er eine Arbeit, ohne die hierfür erforderlichen Kenntnisse oder Fähigkeiten zu besitzen, so verstösst er gegen die Sorgfaltspflicht und handelt schuldhaft (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 835).

E. 4.2.3

Sachlogisch kann dem Unternehmer der Vorwurf der mangelnden Fachkenntnisse und Fähigkeiten nur gemacht werden, wenn ein Werk im Ergebnis mangelhaft ist. Daraus erhellt, dass die Pflicht zur selbstkritischen Einschätzung keinen selbständigen Charakter aufweist, sondern stets nur im Zusammenhang mit der Mängelhaftung gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht werden kann und damit ebenfalls eine rechtzeitige Mängelrüge voraussetzt. Die gegenteilige Auffassung würde zum stossenden Ergebnis führen, dass es einem Besteller möglich wäre, nach verpasster Mängelrüge durch die Hintertür der fehlerhaften selbstkritischen Einschätzung, seinen Schaden dennoch geltend zu machen. Damit würde der Sinn und Zweck von Art. 370 Abs. 2 OR vereitelt. Nachdem feststeht, dass die Klägerin die Mängelrügefrist verstreichen liess und ihre Mängelrüge vom 12. Januar 2007 verspätet war, ist auch ihr Vorwurf der fehlenden Fachkenntnisse und Fähigkeiten unbeachtlich.

E. 4.2.4

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass dem Unternehmer die Wahl der Vorgehensweise zur Erstellung des Werks grundsätzlich frei steht, soweit der Besteller diesbezüglich keine konkreten Anordnungen getroffen hat. Seine Pflicht beschränkt sich darauf, ein bestelltes Werk von bestimmter Beschaffenheit in bestimmter Zeit zu erstellen. (siehe PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 1932). Die Klägerin macht selbst nicht geltend, dem Beklagten Weisungen betreffend Vorgehensweise bei der Berechnung der Statik des Schulhauses D._____ erteilt zu haben. Damit stand es dem Beklagten frei, eine von ihm gewählte Software zur Berechnung zu verwenden. Die Klägerin macht überdies auch nicht geltend, der

- 28 - Beklagte hätte seine Arbeit im Sinne von Art. 364 Abs. 2 OR selbständig ausführen müssen. Gegenteil führt sie selbst zumindest implizit aus, dass der Beizug von Hilfspersonen zulässig gewesen sei, wenn sie ausführt, dass der Beklagte für diese gestützt

auf Art. 101 OR hafte (act. 1 Rz. 58). Diese Berechtigung geht auch aus Art. 1.9.14 der SIA-Ordnung 103 hervor. Die Klägerin hat schliesslich auch nicht behauptet, dass die vom Beklagten angeblich beigezogene Hilfsperson (ebenfalls) nicht über die notwendigen Fachkenntnisse verfügte.

E. 4.3

Ungenügende Nachweise

E. 4.3.1

Die Klägerin macht geltend, dass sie den Beklagten mit Schreiben vom 2. November 2006 zur Erbringung verschiedener Nachweise aufgefordert habe. Der Beklagte habe daraufhin am 14. November 2006 im Wesentlichen unkommentierte Unterlagen zu den verlangten Nachweisen eingereicht. Diese Nachweise seien nicht SIA-Norm-konform, sie seien Fachleuten nicht verständlich und schlicht nicht nachvollziehbar. Dies würden sogar die gutachterlich beigezogenen Ingenieure der Haftpflichtversicherung des Beklagten ausdrücklich bestätigen (act. 1 Rz. 18). Damit sei der Beklagte der klaren Aufforderung zum Nachweis der Vertragskonformität seiner Arbeit nicht nachgekommen (act. 18 Rz. 52). Es könne nicht Aufgabe der Auftraggeberin sein, selbst herauszufinden, was denn der Beklagte eingereicht habe (act. 18 Rz. 97). Der Beklagte macht demgegenüber geltend, die Klägerin habe seine Eingabe vom 14. November 2006 nicht beanstandet, weshalb er habe annehmen dürfen, dass er damit die klägerischen Forderungen erfüllt habe (act. 9 Rz. 29).

E. 4.3.2

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass dem Beklagten die Pflicht oblag, jederzeit den Nachweis für die Richtigkeit der von ihm vorgenommenen statischen Berechnung erbringen zu können. Letzteres ergibt sich auch aus Art. 1.3.6 der SIA-Ordnung 103. Uneins sind sich die Parteien jedoch, ob der Beklagte seiner Nachweispflicht mit Schreiben vom 14. November 2006 genügend nachgekommen ist (act. 1 Rz. 18; act. 1 Rz. 59; act. 90 Rz. 7 5. Spiegelstrich; act. 9 Rz. 27; act. 9 Rz. 56; act. 9 Rz. 87; act. 9 Rz. 93; act. 18 Rz. 10; act. 18 Rz. 52; act. 22 Rz. 97).

- 29 -

E. 4.3.3

Die Nachweispflicht ist kein charakteristisches Element des vorliegenden Ingenieurvertrags und stellt damit eine Neben(leistungs)pflcht des Beklagten dar. Die Pflicht ist werkvertraglicher Natur, weil ein mess- und objektivierbarer Erfolg, der Nachweis, geschuldet ist. In Bezug auf die Pflicht zur Erbringung des Nachweises sind deshalb werkvertragsrechtliche Normen anzuwenden, was wiederum bedeutet, dass die Klägerin zur Erhebung der Mängelrüge verpflichtet war, wollte sie geltend machen, die verlangten Nachweise seien nicht den Anforderungen entsprechend erbracht worden.

E. 4.3.4

Die Behauptung des Beklagten, wonach die Klägerin auf seine Eingabe vom 14. November 2006 hin nicht reagiert habe (act. 9 Rz. 29), wird von dieser nicht bestritten. Die Klägerin liess sich erst wieder mit Schreiben vom 14. Dezember 2006 vernehmen, als sie das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten auflöste (act. 1 Rz 21; act. 9 Rz. 30). In diesem Schreiben wird kein Bezug auf die Nachweise des Beklagten vom 14. November 2006 genommen (act. 4/31). Weitere Kontakte, an denen das Schreiben vom 14. November

2006 diskutiert worden sein soll, werden nicht behauptet. Auch aus dem Bericht der Klägerin vom 12. Januar 2007 lässt sich keine Rüge hinsichtlich der erbrachten Nachweise entnehmen. Die Klägerin hält darin einzig fest, dass Nachweise vom Beklagten verlangt worden waren. Über deren Qualität äussert sie sich hingegen nicht (act. 4/34 S. 7). Damit steht fest, dass die Klägerin die angeblich mangelhafte Qualität der Nachweise über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten nicht monierte. Soweit deshalb überhaupt jemals eine Mängelrüge erfolgte, war diese offensichtlich zu spät, denn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rügefrist kurz zu bemessen und beginnt spätestens mit der Entdeckung des Mangels zu laufen (siehe Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1; Entscheid [des Bundesgerichts] 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4). Dass sie die Nachweise als mangelhaft erachte, war der Klägerin wohl umgehend nach deren Erhalt klar. Spätestens aber mit Erhalt des Zwischenberichts der J. _____ vom 4. Dezember 2006, worin festgehalten wurde, dass der Beklagte ein 3D-Modell verwendet habe, ohne das Tragverhalten nachzuvollziehen (act. 4/28), mussten ihr die angeblichen Mängel (bspw. fehlende Nachvollziehbarkeit) zweifellos gegenwärtig sein. Indem sie diese Mangelhaftigkeit gegenüber dem

- 30 - Beklagten nicht geltend machte, hat sie die Nachweise des Beklagten vom 14. November 2006 stillschweigend genehmigt (Art. 370 Abs. 3 OR). Sie kann sich deshalb vorliegend nicht mehr auf deren Mangelhaftigkeit berufen, weshalb der Vorwurf der ungenügenden Nachweise kein Gehör findet.

E. 4.4

Verletzung der Aufklärungspflichten

E. 4.4.1

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe sie weder auf den Einsatz eines 3D-Modells aufmerksam gemacht, noch darauf, dass er selber dieses Tool überhaupt nicht beherrsche, noch dass er einen Subunternehmer beiziehe. Der Beklagte habe die Klägerin im Zeitpunkt, als von ihm entsprechende Nachweise verlangt wurden, nie darüber aufgeklärt, dass er das Tool nicht benutzen könne. Aufgrund seiner Sorgfalts- und Treuepflicht wäre er aber verpflichtet gewesen, die Bauherrin über Zusammenhänge und Konsequenzen zu belehren und sie auf die wesentlichen Inhalte der Informationen und deren Tragweite, aber auch auf allfällige Risiken hinzuweisen (act. 1 Rz. 60 mit Verweis auf RAINER SCHUMACHER, a.a.O. S. 141 Rz. 442). Der Beklagte entgegnet, dass er die Klägerin von Beginn weg über den Umstand informiert habe, dass er mit einem 3D-Statikprogramm arbeite – dies im Beisein von Frau R. _____ von der Klägerin und Herrn S. _____ (Architekt). Zudem habe er Frau R. _____ im November 2004 Unterlagen übergeben, auf denen das zu erstellende Schulgebäude bereits mittels 3D-Darstellung abgebildet war (act. 9 Rz. 94).

E. 4.4.2

Die Klägerin stützt sich zur Begründung des von ihr behaupteten Aufklärungsanspruchs auf den Kommentar von Rainer Schumacher, der wiederum auf BGE 119 II 458 abstellt. In diesem hat das Bundesgericht die Frage entschieden, ob ein Arzt seine Patientin, nebst der Aufklärung über die Art und die Risiken der in Aussicht genommenen Behandlungsformen, auch auf die fehlende Deckung der Kosten einer Behandlung durch die Krankenkasse aufmerksam machen muss. Das Gericht gelangte zum Schluss, dass eine minimale wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes bestehe. Es obliege ihm, den Patienten

darauf aufmerksam zu machen, wenn er wisse, dass eine Behandlung, ein Eingriff oder sei-

- 31 - ne Honorare von der Krankenkasse nicht gedeckt sind oder wenn er darüber im Zweifel ist oder sein muss (BGE 119 II 458 E. 2d). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich im Übrigen auf Auftragsrecht und nicht auf Werkvertragsrecht stützt, lässt sich mithin entnehmen, dass den Beauftragten eine Aufklärungspflicht trifft, wenn er davon ausgeht oder ausgehen muss, dass eine von ihm vorgenommene Handlung nachteilige Nebenfolgen für den Auftraggeber im Zusammenhang mit Dritten mit sich bringt. Letzteres kann im vorliegend zu beurteilenden Fall aber gerade nicht angenommen werden. Der Beklagte musste nicht annehmen, dass die Verwendung eines 3D-Statikprogramms oder die Beauftragung eines sachverständigen Dritten für die Klägerin nachteilige Nebenfolgen dieser Art mit sich bringen könnte. Im Übrigen handelt es sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Folgen auch gar nicht um eigentliche Nebenfolgen, sondern um eine Schlechterfüllung der Hauptleistung, für die der Beklagte ohnehin einzustehen hat, so sie sich denn bewahrheitet. Auch für die Leistungen Dritter, die er als Hilfspersonen engagierte, muss er gemäss Art. 101 OR selbst einstehen. Die Klägerin kann deshalb aus der von ihr zitierten Rechtsprechung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 4.4.3

Im Übrigen hat die Klägerin nicht behauptet, dem Beklagten Weisungen betreffend Verwendung oder Einbezug von Hilfspersonen erteilt zu haben. Damit stand es dem Beklagten als Unternehmer frei, zu wählen, wie er das von ihm verlangte Werk (statische Berechnung der Baute und Verarbeitung in Plänen) erstellen wollte. Eine Verletzung der Aufklärungspflichten durch den Beklagten ist mithin nicht ersichtlich.

E. 4.5

Verletzung der Abmahnungspflicht

E. 4.5.1

Die Klägerin bringt vor, der Beklagte habe sie nie abgemahnt oder darauf hingewiesen, dass seine Statik die Tragfähigkeit im Sinne der SIA-Normen und gemäss den anerkannten Regeln seines Fachgebietes beeinträchtigen würde (act. 1 Rz. 62). Soweit sich der Beklagte deshalb darauf berufe, ihm seien Weisungen erteilt worden, die zur Fehlerhaftigkeit seiner Arbeit geführt hätten (betreffend fehlende Berücksichtigung der Aufstockung, geringere Anforderungen an die

- 32 - Armierung, Gebrauchstauglichkeit etc.), namentlich unbedingt kostengünstig zu bauen, sei ihm die Abmahnungspflicht entgegenzuhalten (act. 18 Rz. 140 f.). Der Beklagte führt demgegenüber aus, das Planungsteam sei von der Klägerin immer wieder angehalten worden, kostenbewusste Lösungen zu suchen. Oberste Priorität habe dabei gemäss der damaligen Projektleiterin der Klägerin, Frau R._____, die Einhaltung des bewilligten Budgets gehabt, was namentlich in Bezug auf eine allfällige Aufstockung und die Wasserdichtigkeit des zu erstellenden Bauwerkes von Bedeutung gewesen sei (act. 9 Rz. 10). Frau R._____ habe anlässlich einer Bauherrensitzung erklärt, dass gemäss Planungen der Klägerin nicht davon auszugehen sei, dass das zu erstellende Bauwerk jemals aufgestockt werde. Die Klägerin habe somit vorgegeben, dass Verstärkungsmassnahmen im Bereich des Obergeschosses erst bei einer tatsächlich auszuführenden Aufstockung ins

Auge gefasst und ausgeführt würden. Bei der aktuellen Planung sollte daher nur mit einer Trocken- und Leichtbauweise gerechnet werden. Es sei zum damaligen Zeitpunkt also nicht davon auszugehen gewesen, dass überhaupt jemals aufgestockt werde – so seien auch die Form und die Fläche einer allfälligen Aufstockung völlig unbestimmt gewesen. (act. 9 Rz. 10). Im Übrigen habe er seine vertraglichen Pflichten vertragsgemäss erfüllt. Deshalb sei auch nicht ersichtlich, weshalb er überhaupt hätte abmahnen sollen (act. 9 Rz. 95).

E. 4.5.2

Art. 369 OR wie auch Art. 1.3.5 der SIA-Ordnung 103 sehen vor, dass der Unternehmer bzw. Ingenieur den Auftraggeber auf die Folgen seiner Weisungen, insbesondere hinsichtlich Terminen, Qualität und Kosten aufmerksam machen und unzweckmässige Anordnungen und Begehren abmahnen muss. Erfüllt er diese Abmahnungspflicht, entfällt seine Haftung bei Mangelhaftigkeit des Werkes. Die Abmahnungspflicht ist damit letztlich nichts anderes, als eine Möglichkeit des Unternehmers, sich seiner Haftung für allfällige Mängel zu entledigen. Es erhellt, dass die Abmahnungspflicht die Mangelhaftigkeit des Werks bedingt und nicht unabhängig davon selbständig einen Schadenersatzanspruch auslöst. Dem Vorwurf ist deshalb keine eigenständige Bedeutung zuzumessen.

E. 4.6

Fazit

- 33 - Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin das vom Beklagten abgelieferte Werk infolge verspäteter Mängelrüge stillschweigend genehmigt hat. Die übrigen von der Klägerin geltend gemachten Vertragsverletzungen erweisen sich als unbegründet. Damit fehlt es an der für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin notwendigen Vertragsverletzung. Mithin ist das klägerische Begehren um Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 729'839.30 zzgl. Zins abzuweisen.

E. 5

Widerklage

E. 5.1

Trotz umgekehrter Parteirolle werden die Parteibezeichnungen in den nachfolgenden Ausführungen zur besseren Verständlichkeit beibehalten. Der Beklagte und Widerkläger wird mithin weiterhin als Beklagter und die Klägerin und Widerbeklagte als Klägerin bezeichnet.

E. 5.2

Der Beklagte macht widerklageweise eine Forderung von CHF 240'624.10 geltend. Diese setzt sich zusammen aus CHF 107'600.– für das ausstehende Honorar gemäss Ingenieurvertrag vom 16./20. Januar 2006, CHF 8'468.10 Kosten für vorprozessuale Rechtsberatung und CHF 124'556.– Expertisekosten (act. 9 Rz. 101). Zur Begründung stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, er habe bis zur vorzeitigen Auflösung des Ingenieurvertrags durch die Klägerin am 14. Dezember 2006 sämtliche von ihm geschuldeten Leistungen vertragsgemäss erbracht. Insbesondere die Prüfberichte der Ingenieure der K._____ AG und der N._____ AG würden dies eindrücklich nachweisen (act. 9 Rz. 105). Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung habe er nahezu alle vertraglichen Pflichten erfüllt. So habe er alle notwendigen Berechnungen und Planungen ausgeführt bzw. erstellt. Damit habe er die ingenieurtechnische Bearbeitung der Tragkonstruktion und

die Ausführungs- planung abgeschlossen (act. 9 Rz. 107). Durch die frühzeitige Kündigung des Vertrags sei er daran gehindert worden, auch die Überwachung der Realisierung des Bauvorhabens vollständig zu erbringen. Die für die Tragfähigkeit des Bauvor- habens entscheidenden Gebäudeteile seien in diesem Zeitpunkt aber bereits rea- lisiert worden, weshalb auf die verbleibende Überwachung maximal 5% des Pau- schalhonorsars entfallen würden (act. 9 Rz. 108). Die nachträgliche Unmöglichkeit

- 34 - sei denn auch von der Klägerin zu vertreten. In Analogie zur arbeitsrechtlichen Norm von Art. 324 OR sei davon auszugehen, dass er bei einer durch die Kläge- rin verschuldeten Unmöglichkeit so zu stellen sei, wie wenn er ordnungsgemäss erfüllt hätte (act. 30 Rz. 7). Die Klägerin schulde ihm deshalb das vereinbarte Pauschalhonorar von CHF 100'000.– zzgl. 7.6% Mehrwertsteuer. Der Gesamtbe- trag von CHF 107'600.– sei mit 5 % seit dem 15. Dezember 2006 zu verzinsen. Mit der Auflösung des Vertrags seien die Abwicklungspflichten, mithin auch die Entlohnung des Auftragsnehmers bzw. Unternehmers fällig geworden. Da die Klägerin im Schreiben vom 14. Dezember 2006 unmissverständlich jegliche Zah- lung verweigert habe, habe sich eine Mahnung und Nachfristansetzung erübrigt (act. 9 Rz. 106 und 109). Aufgrund der massiven und falschen Vorwürfe der Klägerin und der durch diese veranlassten medialen Vorverurteilung, habe er sich gezwungen gesehen, einen Rechtsanwalt beizuziehen. Der geltend gemachte Aufwand von RA Z. _____ sei in der Zeitperiode vom November 2006 bis August 2008 angefallen und umfasse das Inkasso wegen der Weigerung der Klägerin, das vereinbarte Honorar zu be- zahlen, sowie die Entkräftung der massiven und ungerechtfertigten Vorwürfe der Vertragsverletzung. Der Betrag sei mit 5 % seit 18. Dezember 2008 zu verzinsen (act. 9 Rz. 110 f.; act. 30 Rz. 9). Replicando erklärt der Beklagte, der Betrag sei bereits seit dem 6. November 2008 zu verzinsen (act. 30 Rz. 12). Schliesslich mache er die Kosten für notwendige vorprozessuale Expertisen im Umfang von CHF 124'556.– geltend. Der Aufwand für die Expertisen sei deshalb gerechtfertigt, weil er – der Beklagte – sich zahlreichen schwerwiegenden Vorwür- fen der Klägerin ausgesetzt gesehen habe. Die Expertisen dienten den vorpro- zessualen Gesprächen mit der Klägerin und im Hinblick auf die ordnungsgemässe Vorbereitung eines allfälligen Prozesses. Die Klägerin habe zu diesen Kosten durch ihr Verhalten massgeblich beigetragen: so sei es die Klägerin gewesen, die eine fach- und sachgerechte Überprüfung der 3D-Berechnungen des Beklagten durch ein unabhängiges Ingenieurbüro abgelehnt habe und somit explizit auf eine mögliche aussergerichtliche Beilegung des Streites verzichtete. Ihm – dem Be- klagten – sei damit nichts anderes übrig geblieben, als die pauschalen Vorwürfe

- 35 - der Klägerin umfassend abklären zu lassen (act. 9 Rz. 113 f.). Die Klägerin ver- kenne sodann, dass es nicht darauf ankomme, dass die Expertisen von der Haft- pflichtversicherung des Beklagten in Auftrag gegeben und von dieser auch vorfi- nanziert worden sei. Entstanden sei der Schaden gleichwohl bei ihm, dem Be- klagten, der ja über den Selbstbehalt und die Prämienerrhöhung letztlich zur Kas- se gebeten werde. Gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG sei ein Rückgriff des Haftpflicht- versicherers auf die Schadensverursacherin ausgeschlossen, wenn diese wie vor- liegend lediglich aus Vertrag (und nicht deliktisch) hafte. In diesem Sinne seien die Leistungen des Haftpflichtversicherers lediglich als Vorschuss zu betrachten (act. 30 Rz. 14). Der Umstand, dass ein Teil der Forderungen von der M1. _____ AG in Rechnung gestellt worden sei, habe lediglich mit einer internen Aufteilung der Rechnungslegung zwischen den Herren M. _____ und L. _____ zu tun (act. 30 Rz. 15).

E. 5.3

Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass dem Beklagten aufgrund der Schwere der Vertragsverletzung kein Honorar zustehe (act. 13 Rz. 7 ff.). In diesem Sinne werde bestritten, dass der vorzeitige Mandatsentzug ungerechtfertigt gewesen sei (act. 32 Rz. 4). Angesichts der Tatsache, dass sie – die Klägerin – die gesamte Statik des Schulhauses noch einmal habe rechnen müssen und die Sanierungsarbeiten und die Bauleitung ohnehin beim neu beauftragten Ingenieurbüro gelegen seien, kämen die beklagte Leistungen für die Klägerin geradezu einer Nichterfüllung gleich, was zu einem gänzlichen Verlust des Honoraranspruchs führe. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass dem Beklagten für den korrekt erbrachten Teil seiner Arbeit ein Honorar zu entrichten wäre, habe er es unterlassen, die dafür erforderliche Substantiierung vorzunehmen. Er habe insbesondere nicht ausgeführt, welche seiner Arbeiten nicht hätten korrigiert werden müssen. Bestritten werde auch die Inverzugsetzung (act. 13 Rz. 7 ff.). Die Klägerin bestreitet sodann die Notwendigkeit und die Höhe der geltend gemachten Rechtsberatungskosten. Der Beklagte habe sich bis zur Einleitung des vorliegenden Prozesses offenbar nicht mit seiner Haftpflichtversicherung über den Beizug von RA Z._____ als Vertreter verständigen können. Der Versicherungsan-

- 36 - gestellte T._____ habe (mit vereinzelten Ausnahmen) in sämtlichen Korrespondenzen die Vertretung des Beklagten übernommen. Herr Z._____ sei an keiner einzigen Besprechung anwesend gewesen. Die damit doppelt produzierten Aufwendungen könnten ihr nicht angelastet werden. Die eingereichte Pauschalrechnung taue schliesslich nicht als substantiierte Behauptung des effektiven Aufwandes. Aus der Luft gegriffen sei schliesslich der Zeitpunkt für die Verzugszinsberechnung. Der Beklagte habe die Klägerin weder mit einer entsprechenden Forderung je konfrontiert, noch in Verzug gesetzt (act. 13 Rz. 12 ff.). Es treffe ferner nicht zu, dass sich RA Z._____ mit dem Inkasso beschäftigt habe (act. 32 Rz. 10). Schliesslich bestreitet die Klägerin, dass der Beklagte die Expertisekosten bezahlt hat und überhaupt einen Schaden geltend machen kann. Die Rechnungen seien offensichtlich nur Kopien ohne Unterschriften (mit einer Ausnahme) und würden keinerlei Zahlungsvermerk tragen. Auftraggeberin der Expertisen sei sodann nicht der Beklagte, sondern dessen Haftpflichtversicherung gewesen. Der Beklagte sei mithin nicht aktivlegitimiert. Die Ausflüchte, wonach ein Selbstbehalt oder eine Prämienerrhöhung anfallen würden, würden bestritten, seien weder substantiiert noch belegt und ohnehin nicht nachhaltig. Ferner werde bestritten, dass neben der K._____ AG und der N._____ AG auch die M1._____ AG beauftragt worden sein soll. Der Beklagte komme seinen Substantiierungspflichten nicht nach. So ergebe sich aus den ins Recht gelegten Rechnungen nicht, welche Arbeiten in Bezug auf das vorliegende Prozessthema durchgeführt worden sein sollen. Die Aufteilung auf die beiden rechtshängigen Verfahren sei willkürlich. Soweit Aufwendungen für die Zeit seit Klageeinleitung geltend gemacht würden, sei der Beklagte schliesslich vollumfänglich auf einen allfälligen gerichtlich zugesprochenen Ersatz der ausserrechtlichen Kosten zu verweisen. Die Expertisekosten seien im Vergleich mit dem vertraglich vereinbarten Honorar des Beklagten auch nicht angemessen (act. 13 Rz. 17 ff.; act. 32 Rz. 13 ff.).

E. 5.4

Honoraranspruch

E. 5.4.1

Die Parteien sind sich einig, dass ein Pauschalhonorar von CHF 100'000.– zzgl. 7.6% MwSt. vereinbart worden war (act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 8). Dies ergibt

- 37 - sich auch aus Art. 3 des streitrelevanten Vertrags vom 16./20. Januar 2006 (act.4/6). Der Beklagte schuldete als Gegenleistung die ingenieurtechnische Bearbeitung der Tragkonstruktion, die Ausführungsplanung und Überwachung der Realisierung des Bauvorhabens gemäss beiliegendem Leistungsbeschrieb beim Projekt Neubau Schulhaus D._____ (act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 7 1. Spiegelstrich; act. 4/6 Art. 1). Schliesslich steht fest, dass der Beklagte nicht sämtliche Aufgaben erfüllte, sondern die Überwachung der Realisierung nicht mehr vornehmen konnte (act. 9 Rz. 107 f.; act. 13 Rz. 6; act. 30 Rz. 4; act. 32 Rz. 4). Es stellt sich unter diesen Umständen die Frage, ob a) das ganze Pauschalhonorar, b) ein Teil des Pauschalhonorars oder c) überhaupt kein Honorar geschuldet ist.

E. 5.4.2

Im massgebenden Ingenieurvertrag wurde betreffend Kündigung des Vertrags festgehalten, dass das Vertragsverhältnis von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann. Erfolgt die Kündigung jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Vertragspartner verpflichtet, dem andern den dadurch entstehenden nachgewiesenen Schaden zu ersetzen (act. 4/6 Art. 9). Wie bereits vorne festgehalten, ist die Frage der Auflösung des Vertrages nach auftragsrechtlichen Normen zu beurteilen (siehe dazu Ziffer 2.3. der Erwägungen). Der Beklagte macht in seiner Replik geltend, der Vertrag sei zur Unzeit aufgelöst worden. Zur Begründung führt er aus, dass er mit seinem Verhalten keineswegs zu einem Baustopp Anlass gegeben habe. Er sei nie zu einem Fachgespräch angehört worden. Er sei auch nie mit konkreten Vorhaltungen konfrontiert worden. Er habe sich zu keinem Zeitpunkt rechtfertigen können. Abgesehen davon habe auch der Prüfenieur der Klägerin (I._____) nach der Kontrolle der ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellten Unterlagen keine Mängel oder Fehler in seinen Berechnungen und Planungen feststellen können. I._____'s Vorschlag, ergänzende Dokumente und Nachweise bei ihm einzufordern, habe die Klägerin vereitelt, indem sie – ohne ihn anzuhören bzw. den Bericht ihres Prüfenieurs ihm zuzustellen – mit Verfügung vom 31. Oktober 2006 willkürlich einen absoluten, umfassenden Baustopp anordnete und in der Folge den Vertrag mit ihm – dem Beklagten – kündigte. Dies sei geschehen, ohne dass in Bezug auf die Tragsicherheit und die Gesamtstatik einer der Prüfenieure begründete Fehler oder Mängel in seinen Berechnungen und Planungen hätte feststellen können (act. 22 Rz. 8). Die Klage-

- 38 - rin macht demgegenüber geltend, die Vertragsauflösung sei aus sachlich vertretbaren Gründen gerechtfertigt gewesen (act. 18 Rz. 137). Der Beklagte sei sehr wohl mit den Vorhaltungen konfrontiert worden und habe auch Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Es treffe ferner nicht zu, dass der Prüfenieur I._____ keine Mängel festgestellt habe (act. 27 Rz. 13 mit Verweisen).

E. 5.4.3

Eine Auflösung zur Unzeit liegt vor, wenn die beendigungswillige Partei ohne Grund, d.h. in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung, der andern Partei besondere Nachteile verursacht (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2007, N. 16 der Vorbemerkungen zu Art. 404 OR). Die Beweisspflicht obliegt dabei derjenigen Partei, die daraus einen Anspruch ableitet – vorliegend mithin dem Beklagten.

Zu beweisen hat er nicht nur, dass er keinen begründeten Anlass zur Vertragsauflösung gegeben hat, sondern auch, dass die Vertragsauflösung hinsichtlich des Zeitpunkts und der von ihm getroffenen Dispositionen besonders nachteilig ist (siehe BGE 110 II 380 E. 2b).

E. 5.4.4

Der Beklagte hat sich soweit ersichtlich nicht dazu geäußert, welche besonderen Nachteile für ihn mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags verbunden waren. Dass er damit die vertraglich vereinbarten Aufgaben nicht zu Ende bringen konnte, liegt in der Natur der Sache und stellt keinen besonderen Nachteil dar. Damit misslingt ihm der Nachweis der Kündigung zur Unzeit. Hinzu kommt, dass auch die Behauptung, die Klägerin habe keine sachlichen Gründe für die Auflösung des Vertrags gehabt, nicht zu überzeugen vermag. Immerhin sah sich die Klägerin bereits im Oktober 2006 mit einer Abmahnung seitens der Baumeisterin konfrontiert. Deren Prüfingenieur G._____, wie auch der daraufhin engagierte Prüfingenieur I._____ stellten zwar keine Mängel betreffend Tragsicherheit des Gebäudes fest, doch gelangte G._____ zumindest zum Schluss, dass die Durchbiegungen am Dachrand neben der Turnhalle zu gross seien (act. 4/13). I._____ bezeichnete sodann mehrere Bereiche als problematisch und riet der Klägerin die entsprechenden Nachweise zu verlangen. Ansonsten sei eine komplette, fundierte Statik mit allen Nachweisen erforderlich (act. 4/21). Diese Vorwürfe wurden dem Beklagten an einer Sitzung vom 11. Oktober 2006 bzw. mit Schreiben vom 2. November 2006 eröffnet und er konnte hierzu Stellung nehmen, was er mit den

- 39 - Schreiben vom 25. Oktober 2006 bzw. 14. November 2006 auch tat (act. 1 Rz. 10; act. 1 Rz. 14; act. 1 Rz. 16 ff.; act. 9 Rz. 19; act. 9 Rz. 26; act. 18 Rz. 43; act. 22 Rz. 43). Mit dem Kurzbericht vom 12. Dezember 2006 der J._____ sah sich die Klägerin schliesslich mit dem Problem konfrontiert, dass dasjenige Ingenieurbüro, das sich am eingehendsten mit der Prüfung der statischen Berechnungen des Beklagten beschäftigt hatte, zum Schluss kam, es beständen auch verschiedene Mängel bei der Tragfähigkeit. Im Zeitpunkt der Auflösung des Vertragsverhältnisses hatte die Klägerin folglich abzuwägen, zwischen den Meinungen dreier Prüfingenieure, die Zweifel an den Berechnungen bzw. konkrete Mängel geltend machten, und den Beteuerungen des Beklagten, seine Berechnungen seien zumindest in Bezug auf die Tragsicherheit richtig. Zeitgleich gestand der Beklagte im Schreiben vom 25. Oktober 2006 beispielsweise aber auch ein, dass er bei der konstruktiven Mindestbewehrung (mit seinen Berechnungen) teilweise unter der Norm liege (act. 4/19). Unter diesen Umständen ist es durchaus nachvollziehbar, dass die Klägerin ihr Vertrauen in den Beklagten verlor und das Vertragsverhältnis mit diesem auflösen wollte. Es trifft mithin nicht zu, dass die Klägerin keine sachlichen Gründe für die Auflösung des Vertrages hatte, weshalb auch aus diesem Grund die Auflösung des Vertrages nicht zur Unzeit erfolgte.

E. 5.4.5

Erfolgt die Auflösung des Vertrags nicht zur Unzeit, können auch keine Schadenersatzansprüche gegenüber dem Kündigenden geltend gemacht werden, und es aktualisieren sich nur die allgemeinen Abwicklungspflichten, worunter auch die Entlohnung durch den Auftraggeber fällt (ROLF H. WEBER, a.a.O. N 15 f. zu Art. 404 OR.). Wurde für eine Leistung ein Pauschalpreis vereinbart, und die Leistung nur zum Teil erbracht, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Preis einen Teilbetrag, der sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung ergibt (PETER

GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 538; THEODOR BÜHLER, in: Zürcher Kommentar zum OR, Band V/2d, Zürich 1998, N 34 zu Art. 377 OR). Der Beklagte hat deshalb keinen Anspruch auf die Bezahlung des vollen Honorars. Dies gilt auch, wenn der werkvertragsrechtliche Teil des Vertrags, nämlich die Berechnung der Statik und Erstellung der Pläne, im Zeitpunkt der Auflösung des Vertrags bereits vollendet war. Die Parteien hatten unbestritten massen einen Pauschalpreis für sämtliche Leistungen vereinbart. Die gegen-

- 40 - teilige Auffassung hätte zur Folge, dass die Überwachung der Realisierung als wertlos bezeichnet würde bzw. man davon ausgehen müsste, der Beklagte hätte diesen Teil der vertraglichen Pflichten unentgeltlich erbringen wollen. Letzteres wurde von keiner Partei behauptet und erscheint ohnehin realitätsfremd. Hat der Beklagte nur Anspruch auf einen Teilbetrag des Pauschalhonorars, stellt sich die Frage nach dessen Höhe. Wie bereits ausgeführt, bestimmt sich die Höhe nach dem Wert der erbrachten Leistung im Verhältnis zum Wert der gesamthaft geschuldeten Leistung. Die Bestimmung des finanziellen Werts der erbrachten Leistung obliegt grundsätzlich dem Gericht. Die zur Bestimmung notwendigen Tatsachen sind indes von der beweispflichtigen Partei beizubringen. Dies ist vorliegend der Beklagte (Art. 8 ZGB). Dabei genügt es nicht, wenn er ohne konzise Begründung behauptet, die verbleibende Überwachung hätte maximal noch 5 % des Pauschalhonorars ausgemacht (act. 9 Rz. 108), und sich mittels eines Analogieschlusses auf Art. 324 OR dennoch auf den Standpunkt stellt, er hätte Anspruch auf das gesamte vereinbarte Honorar. Damit nimmt der Beklagte bereits selbständig eine Wertzumessung vor. Diese ist aber – wie gesagt – nicht von ihm, sondern vom Gericht gestützt auf die geltend gemachten Tatsachen vorzunehmen. Seine Aufgabe wäre es vielmehr gewesen, zu behaupten, was genau er noch zu tun gehabt hätte (auszuführende Arbeiten, Arbeitsstunden, Materialaufwand), was er bereits gemacht hatte und warum letzteres einem Anteil von 95 % der Gesamtleistung entspricht. Der anwaltlich vertretene Beklagte wurde bereits in der Widerklageantwort von der Gegenpartei ausdrücklich auf diese fehlende Substantiierung hingewiesen (act. 13 Rz. 9). Ein Substantiierungshinweis seitens des Gerichts in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht erübrigte sich damit (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 55 N 4; gl. M. für das neue Recht: SUTTER-SOMM/VON ARX, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 56 N 30 f.). Dennoch hat er die zur Wertzumessung notwendigen Behauptungen nicht vorgebracht. Deshalb lässt sich der Wert der vom Beklagten erbrachten Leistungen auch nicht bestimmen und es ist das Widerklagebegehren Ziffer 1 in Bezug auf die Honorarforderung mangels Substantiierung abzuweisen. Damit kann die Fra-

- 41 - ge, ob der Honoraranspruch des Beklagten trotz erfolgter Genehmigung auch infolge mangelhafter Vertragsausführung entfallen wäre, offenbleiben.

E. 5.5

Vorprozessuale Anwaltskosten

E. 5.5.1

Vorprozessuale Anwaltskosten können selbständig als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie eine materiellrechtliche Grundlage haben, notwendig und angemessen waren und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Prozessentschädigung gedeckt sind (siehe HANS SCHMID, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Basel

2010, N 3 zu Art. 95 ZPO mit Hinweisen).

E. 5.5.2

Nach zürcherischer Praxis sind vorprozessuale Anwaltskosten, die unmittelbar mit der Prozessvorbereitung zusammenhängen, nicht als Schadensposten geltend zu machen, sondern bei der Bemessung der Prozessentschädigung nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens und Obsiegens zu berücksichtigen. Dabei sind auch vorprozessuale Leistungen, welche auf diese Bemühungen zurückgehen, in Rechnung zu stellen (siehe § 68 Abs. 1 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 69 N 2a). Soweit es sich dabei um Aufwendungen für ausserordentliche Bemühungen handelt, welche nicht schon durch die normale Prozessentschädigung abgegolten sind, fliessen diese gemäss § 11 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (fortan: aAnwGebV) – in die Prozessentschädigung ein und sind mit CHF 150.– bis CHF 350.– pro Stunde abzurechnen. Sie sind daher im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis von der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht erfasst.

E. 5.5.3

Den Ausführungen des Beklagten folgend, umfassten die Bemühungen von RA Z. _____ das Inkasso wegen der Weigerung der Klägerin, das vereinbarte Honorar auszubezahlen, sowie die Entkräftung der massiven und ungerechtfertigten Vorwürfe der Vertragsverletzung (act. 30 Rz. 9). Geht man davon aus, dass diese Kosten nicht der unmittelbaren Prozessvorbereitung dienten, was zumindest in Bezug auf die Aufwendungen zur Entkräftung der Vorwürfe der Vertragsverletzung offensichtlich erscheint, und deshalb grundsätzlich als "Schadens-Kosten" geltend gemacht werden können, stellt sich umgehend die Frage der genügenden

- 42 - Substantiierung. Die Klägerin hat den anwaltlich vertretenen Beklagten bereits in der Widerklageantwort ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die von ihm eingereichte Pauschalrechnung nicht als substantiierte Behauptung des effektiven Aufwandes tauglich (act. 13 Rz. 14). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, entnimmt sich doch der eingereichten Rechnung weder die Anzahl aufgewendeter Arbeitsstunden noch der Stundenansatz von RA Z. _____ (act. 10/8). Der Hinweis in der Widerklagereplik, dass bei RA Z. _____ bei weiterer Bestreitung jederzeit eine detailliertere Leistungsaufstellung eingeholt werden könne, ist unbehelflich, denn es oblag dem Beklagten, sämtliche Behauptungen im Hauptverfahren, d.h. grundsätzlich mit dem zweiten Parteivortrag, bestimmt und vollständig aufzustellen (§§ 113 i.V.m. 128 i.V.m. 121 Abs. 2 ZPO/ZH). Der Beklagte hat weder konkret behauptet, welche Leistungen RA Z. _____ erbracht habe noch eine entsprechende Kostennote eingereicht, aus der sich die Leistungen entnehmen liessen. Stattdessen hat er sich mit einer pauschalen Umschreibung der Leistungen begnügt, die im Übrigen nicht mit den Vermerken auf der Kostennote übereinstimmt (Aufwendungen im Hinblick auf das Inkasso sind nicht ersichtlich; siehe act. 30 Rz. 9 und act. 10/8), Vergleiche mit den von der Klägerin geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten gezogen (act. 9 Rz. 111) und behauptet, dass diese sich im marktüblichen Bereich befänden (act. 30 Rz. 11). Dass der Beklagte damit seiner Substantiierungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen ist, liegt auf der Hand. Nachdem er von der Klägerin in der Widerklageantwort darauf hingewiesen worden war und überdies anwaltlich vertreten ist, wurde ein diesbezüglicher Substantiierungshinweis seitens des Gerichts entbehrlich (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 55 N 4; gl. M. für das neue Recht:

SUTTER-SOMM/VON ARX, a.a.O., Art. 56 N 30 f.). Mithin ist das Widerklagebegehren Ziffer 1 in Bezug auf die Forderung der Klägerin im Betrag von CHF 8'468.10 zzgl. Zins mangels genügender Sub- stantierung abzuweisen.

E. 5.6

Expertisekosten

E. 5.6.1

Die Klägerin bestreitet die Aktivlegitimation des Beklagten hinsichtlich der geltend gemachten Expertisekosten. Der Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Expertise von seiner Haftpflichtversicherung in Auftrag gegeben und von dieser –

- 43 - zumindest vorläufig – auch bezahlt wurde (act. 13 Rz. 17; act. 30 Rz. 14; act. 32 Rz. 13). Er stellt sich auf den Standpunkt, der Schaden sei gleichwohl bei ihm entstanden, weil er ja über den Selbstbehalt und die Prämienhöhung letztlich zur Kasse gebeten werde. Zudem sei gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG ein Rückgriff des Haftpflichtversicherers auf die Schadensverursacherin ausgeschlossen, wenn diese wie vorliegend lediglich aus Vertrag (und nicht deliktisch) hafte. In diesem Sinne seien die Leistungen des Haftpflichtversicherers lediglich als Vorschuss zu betrachten. Dass der Versicherungsnehmer nicht übervorteilt werde, werde dabei durch bereicherungsrechtliche Grundsätze sichergestellt (act. 30 Rz. 14).

E. 5.6.2

Nachdem die Expertisen (M1. _____ AG; K. _____ AG; N. _____ AG, vgl. Sammelbeilage act. 10/9) von der Haftpflichtversicherin des Beklagten in Auftrag gegeben wurden, ist die Versicherungsgesellschaft damit Schuldnerin des oder der Gutachter. Bei diesen (bestrittenen) Auslagen, so sie erfolgt sind, kann es sich wohl nur um Kosten für die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche handeln, die die Versicherin gestützt auf ihre versicherungsvertragliche Verpflichtung hat aufbringen müssen. Diese Kosten kann die Versicherin nicht direkt gegenüber der Klägerin geltend machen, weil sie zu dieser in keinem Vertragsverhältnis steht. Sie kann demzufolge auch nicht einen entsprechenden Anspruch an den versicherten Beklagten abtreten. Der Beklagte selbst kann diese Kosten ebenfalls nicht geltend machen, weil sie ihm bis heute nicht angefallen sind. Dass er sie der Versicherin aus seinem Selbstbehalt und durch eine Prämienhöhung wird ersetzen müssen, ist bis jetzt nur als künftige Entwicklung behauptet, jedoch nach dem Stand der Akten bis dato nicht eingetroffen, weshalb die Klägerin auch nicht verpflichtet werden kann, diese Position vorab zu ersetzen. Selbst wenn man der in der Lehre vertretenen Auffassung folgte, dass zukünftiger Schaden ausnahmsweise dann berücksichtigt werden kann, wenn er im Zeitpunkt des Urteils genügend liquid ist (siehe ANTON K. SCHNYDER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 42 OR), wäre dem Beklagten entgegenzuhalten, dass die notwendige Liquidität im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben ist. Der Beklagte behauptet weder wie hoch sein Selbstbehalt

- 44 - ist noch welche Prämienhöhung zu erwarten ist. Zudem leidet seine Begründung an der unbestrittenen Tatsache, dass er sich zwischenzeitlich aus dem Erwerbsleben zurückgezogen hat (act. 32 Rz. 5), woraus sich ergibt, dass er ohnehin nicht mehr zur Weiterführung der Versicherung verpflichtet ist und damit auch keine höheren Prämien zu gewärtigen hat. Schliesslich kommt hinzu, was allerdings nicht entscheidend in Betracht fällt, dass weder die Police noch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorliegen.

Die Diskussion um einen allfälligen Regress der Versicherungsgesellschaft auf die Klägerin und die Tragweite von Art. 72 Abs. 1 VVG erübrigt sich.

E. 5.7

Fazit Das Widerklagebegehren ist in Bezug auf die Honorarforderung mangels rechtsgenügend substantiierter Behauptung abzuweisen. Abzuweisen sind auch die als Schadensposten geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten. Nicht anders verhält es sich in Bezug auf die geltend gemachten Expertisekosten. Die Aktivlegitimation des Beklagten ist nicht ausgewiesen, weshalb ein Entschädigungsanspruch entfällt. Das Widerklagebegehren ist mithin in vollem Umfang abzuweisen.

E. 6

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 6.1

Da die Klägerin zu rund $\frac{3}{4}$ und der Beklagte zu rund $\frac{1}{4}$ unterliegt, sind ihnen die Kosten des Verfahrens in diesem Verhältnis aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Klägerin ist ferner zu verpflichten, dem Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist deren anwaltlichen Vertretung unter Berücksichtigung von § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 und gestützt auf § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 2 Abs. 3 aAnwGebV angemessen Rechnung zu tragen. Nachdem die Parteien keinen entsprechenden Antrag gestellt haben, enthält die Prozessentschädigung keine Mehrwertsteuer.

E. 6.2

Zur Berechnung des Streitwerts ist der Wert des Klage- wie auch des Widerklagebegehrens zusammenzurechnen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Wert des

- 45 - Klagebegehrens beläuft sich auf CHF 729'839.30 (act. 1 S. 2), derjenige des Widerklagebegehrens auf CHF 240'624.10 (CHF 107'600.- + CHF 8'468.10 + CHF 124'556.-). Daraus resultiert ein Verfahrensstreitwert von CHF 970'463.40. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr wie auch der Prozessentschädigung ist die Aufwendigkeit des Prozesses zu berücksichtigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.