



---

Geschäfts-Nr. HG060131/U4/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Thomas Seeger, Vorsitzender, die Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Michael Küttel, Felix Haessig und Hans Dietschweiler sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

## Teilurteil vom 2. Juli 2012

in Sachen

1. **A.\_\_\_\_\_ AG,**

2. **B.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. ....

2. **C.\_\_\_\_\_ AG,**

3. ....

Beklagte

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren gemäss Klage (act. 1 S. 2):**

- "1. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Klägern einen nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag (mindestens jedoch CHF 875'149.35) zu bezahlen; unter Nachklagevorbehalt.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren gemäss Replik (act. 33 S. 2):**

- "1. Die Beklagte 2 sei zu verpflichten, den Klägerinnen CHF 235'000.00 nebst 5% Zins seit dem 29.12.2004 sowie die Beklagten 1, 2 und 3 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Klägerinnen einen nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag (mindestens jedoch CHF 640'149.35) zu bezahlen; unter Nachklagevorbehalt.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren gemäss Eingabe vom 4. Juli 2008 (act. 54 S. 2):**

- "1. Die Beklagte 2 sei zu verpflichten, den Klägerinnen CHF 235'000.00 nebst 5% Zins seit dem 29. Dezember 2004 zu bezahlen.
2. Die Beklagten 1, 2 und 3 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Klägerinnen CHF 1'500'000.00 zuzüglich Zins von 5% seit dem 21. August 2007 zu bezahlen; unter Nachklagevorbehalt.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

I.

**Einleitung und Sachverhalt**

Die Klägerin 1 (A.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, welche die Erstellung von Hoch- und Tiefbauten aller Art, den Kauf und Verkauf so-

wie die Vermittlung und Verwaltung von Liegenschaften, die Ausführung von Aufträgen und Arbeiten als Generalunternehmer und Ingenieur sowie die Erstellung von Expertisen und Schätzungen bezweckt.

Die Klägerin 2 (B.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, die den Betrieb eines Holzbaugeschäftes mit Sägerei, Zimmerei und Schreinerei sowie den Handel mit Holz bezweckt.

Die Klägerinnen sind Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, die sich Baukonsortium F.\_\_\_\_\_ nennt und die Überbauung F.\_\_\_\_\_ auf dem Grundstück ... in G.\_\_\_\_\_ erstellt hat.

Die Beklagte 1 (H.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I.\_\_\_\_\_, welche die Vornahme geotechnischer Beratung, die Ausarbeitung von hydrogeologischen und geotechnischen Gutachten und die Durchführung von entsprechenden Untersuchungen wie Sondierungen, Messungen etc. bezweckt.

Die Beklagte 2 (C.\_\_\_\_\_ AG ) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in J.\_\_\_\_\_, die unter anderem die Ausführung aller Bohr-, Spreng- und Messarbeiten und der damit zusammenhängenden Ingenieurtätigkeiten im In- und Ausland, Beratungen und Expertisen auf dem Gebiet der Spreng- und Messtechnik und die Ausführung von Ankerbohrungen und Verankerungen aller Art bezweckt.

Die Beklagte 3 (K.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, welche die Bearbeitung von Fragen aus der Geologie, Hydrogeologie, aus dem Umweltbereich sowie verwandter Fachgebiete mit Schwerpunkt im nördlichen Teil des Kantons L.\_\_\_\_\_ und dessen angrenzenden Gebieten bezweckt.

Im Oktober 2004 haben die Klägerinnen mit der Ausführung der Überbauung F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ begonnen. Kurz nach Beginn der Bauarbeiten liessen sich an dem Hang gewisse Bewegungen feststellen. Die Klägerinnen haben daraufhin im November 2004 den Hang mit der Beklagten 3 besichtigt und wenig später mit den Beklagten 1 und 2 Kontakt aufgenommen zwecks Erstellung einer Hangsicherung. Die ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern führte indes nicht zum gewünschten Ergebnis. Nach dem Versetzen der Anker wur-

den weitere Bewegungen festgestellt, was die Klägerinnen im Januar 2005 veranlasste, die Baugrube wieder auffüllen zu lassen und die Ausführung einer anderen Hangsicherung zu projektieren. Die Klägerinnen verlangen heute von allen drei Beklagten unter solidarischer Haftung Schadenersatz mit der Begründung, sie hätten ihre vertraglichen Pflichten im Zusammenhang mit der Hangsicherung verletzt. Von der Beklagten 2 fordern die Klägerinnen zudem den bereits bezahlten Werklohn zurück. Die drei Beklagten verwehren sich allesamt gegen ihre Haftung.

## II.

### **Prozessverlauf**

Am 5. April 2006 gingen Weisung (act. 3) und Klageschrift (act. 1) hierorts ein. Die Klageantwort der Beklagten 1 datiert vom 19. Juni 2006 (act. 13), jene der Beklagten 2 und 3 je vom 21. August 2006 (act. 16 und act. 18). Die Klägerinnen hatten in ihrer Klageschrift den Antrag gestellt, das vorliegende Verfahren sei mit dem Verfahren Nr. HG050227 zu vereinigen. Mit Beschluss vom 1. September 2006 (act. 21) wurde dieser Antrag abgewiesen. Im Verfahren Nr. HG050227 wurde am 18. Oktober 2006 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durchgeführt. Anlässlich derselben wurde ein Prozessvergleich des Inhalts geschlossen, dass sowohl das Verfahren Nr. HG050227 als auch das vorliegende Verfahren zwecks Führung von Vergleichsgesprächen zu sistieren sei. Mit Zustimmung der im Verfahren Nr. HG050227 nicht als Hauptparteien beteiligten Personen (nämlich der Beklagten 1 und 3; act. 25 und 26) wurde das vorliegende Verfahren mit Verfügung vom 6. November 2006 bis am 31. März 2007 sistiert (Prot. S. 7). Mit Eingabe vom 30. März 2007 (act. 28) teilten die Klägerinnen mit, es sei keine Einigung zustande gekommen.

Das Hauptverfahren wurde fortgesetzt mit der Replikschrift vom 21. August 2007 (act. 33), der Duplikatschrift der Beklagten 1 vom 8. Oktober 2007 (act. 39), der Duplikatschrift der Beklagten 2 vom 16. November 2007 (act. 42) und der Duplikatschrift der Beklagten 3 vom 19. November 2007 (act. 44). Mit Verfügung vom 20.

Mai 2008 wurde das Hauptverfahren vom damaligen Instruktionsrichter unter dem Vorbehalt einer Stellungnahme zu allfälligen neuen Behauptungen und Beilagen der Dupliken als geschlossen erklärt (Prot. S. 12).

Mit Präsidialverfügung vom 22. Mai 2008 wurde das Verfahren an Ersatzoberrichterin Dr. Franziska Grob als neue Instruktionsrichterin umgeteilt (Prot. S. 13). Mit Verfügung vom 22. Mai 2008 wurden sodann die Klägerinnen sowie die Beklagten 1 und 3 von der neuen Instruktionsrichterin aufgefordert, zum prozessualen Antrag der Beklagten 2 in ihrer Duplik auf Abtrennung des Verfahrens der Klägerinnen gegen die Beklagte 2 vom vorliegenden Verfahren und auf Vereinigung desselben mit dem Verfahren Nr. HG050227 Stellung zu nehmen (Prot. S. 14). Die Stellungnahme der Klägerinnen datiert vom 11. Juni 2008 (act. 50), jene der Beklagten 1 und der Beklagten 3 datieren je vom 7. Juli 2008 (act. 55 und act. 56), eine weitere Eingabe der Beklagten 2 vom 16. Juli 2008 (act. 57). Mit Verfügung vom 3. Juni 2008 wurden die Klägerinnen aufgefordert, ihr Rechtsbegehren zu beziffern (Prot. S. 15 f.). Die betreffende Eingabe der Klägerinnen datiert vom 4. Juli 2008 (act. 54). Mit Beschluss vom 21. August 2008 (act. 58) wurden die Anträge der Beklagten 2 auf Abtrennung und Vereinigung abgewiesen und deren Eingabe vom 16. Juli 2008 aus dem Recht gewiesen. Am 13. Oktober 2008 wurde das Verfahren Nr. HG050227 bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses Nr. HG060131 sistiert (Prot. S. 18 in Proz. Nr. HG050227).

Mit Teilurteil vom 13. Oktober 2008 (act. 61) wurde die Klage gegen die Beklagte 3 abgewiesen. Nachdem der bisherige Referent, Handelsrichter N.\_\_\_\_\_, mit Schreiben vom 24. Oktober 2008 (act. 63) mitgeteilt hatte, dass er sich wegen neuer geschäftlicher Beziehungen mit der Klägerin 1 nicht mehr unbefangen fühle, teilte der Vizepräsident das Verfahren mit Verfügung vom 29. Oktober 2008 dem bisherigen Handelsrichter Michael Küttel als Referent zu und ersetzte Handelsrichter N.\_\_\_\_\_ durch einen neuen Handelsrichter als Beisitzer (Prot. S. 21). Als neuer Handelsrichter wirkte in der Folge Felix Haessig mit.

Mit Teilurteil vom 17. Dezember 2008 (act. 65) wurde die Klage gegen die Beklagte 1 abgewiesen. Die Klägerinnen erhoben kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Mit Zirkulationsbeschluss vom

26. März 2010 (act. 103) wies das Kassationsgericht diese Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. In der Folge gelangten die Klägerinnen mit Beschwerde an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 25. November 2010 (act. 119) wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Beschluss vom 17. Dezember 2008 erliess das Handelsgericht den Beweisauftragsbeschluss hinsichtlich der Beklagten 2 (act. 66). Die Beweisantretungsschrift der Klägerinnen datiert vom 28. Januar 2009 (act. 71), diejenige der Beklagten 2 vom 17. Februar 2009 (act. 79). In einem ersten Beweisabnahmebeschluss vom 21. April 2009 wurde auf die von den Parteien in ihren Beweisantretungsschriften erhobenen Einwendungen gegen die Beweisaufgabe eingegangen und hinsichtlich der Beweissätze Ziff. 2 und 3 der Hauptbeweis neu der Beklagten 2 auferlegt. Zu den Beweissätzen Ziff. 1, 1.1, 1.2, 1.3, 4, 5 und 6 wurden die abzunehmenden Beweismittel bezeichnet (act. 81). Die Beweisantretungsschriften zu den Beweissätzen Ziff. 2 und 3 datieren je vom 18. Mai 2009 (act. 85, 87). Der Beweisabnahmebeschluss zu diesen Beweissätzen erging am 4. Juni 2009 (act. 89). Am 7. Dezember 2009 wurden die von den Parteien angerufenen Zeugen einvernommen (Prot. S. 41-113). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2009 teilte der Rechtsvertreter der Beklagten 2 dem Gericht mit, dass er das Mandat ab 1. Januar 2010 neu von einer anderen Kanzlei in D.\_\_\_\_\_ aus weiterführen werde (act. 98). Die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis datieren vom 22. Januar 2010 und 15. Februar 2010 (act. 99, 101). Mit Eingabe vom 16. April 2010 beantragte die Beklagte 2 eine Ergänzung des Sachverhaltes gestützt auf § 115 ZPO/ZH (act. 105). Diese wurde von den Klägerinnen am 21. Mai 2010 beantwortet (act. 112).

Mit Teilurteil vom 26. August 2010 (act. 113) wies das Handelsgericht die Klage gegen die Beklagte 2 ab. Die Klägerinnen erhoben kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Mit Zirkulationsbeschluss vom 27. Dezember 2011 (act. 122) hob das Kassationsgericht das Teilurteil auf, soweit damit die Klage auf Verpflichtung der Beklagten 2 zur Zahlung von CHF 235'000.00 nebst Zins abgewiesen worden war, und wies die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück. Dies mit der Begründung, dass

das Handelsgericht die Abweisung des klägerischen Anspruchs auf Rückzahlung des Werklohnes mit Blick auf die behaupteten Mängel in der Ausführung der Anker nicht begründet und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe (act. 122 Erw. 8).

Der Prozess ist spruchreif (§ 188 ZPO/ZH).

### III.

#### **Prozessvoraussetzungen**

Das vorliegende Verfahren wurde vor dem 1. Januar 2011 und damit vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO rechtshängig gemacht. Die Aufhebung und Rückweisung erfolgte dagegen erst nach dem 1. Januar 2011. Die Aufhebung eines angefochtenen Entscheids erfolgt mit rückwirkender Kraft (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. 1997, N 3a zu § 291 ZPO/ZH). Die Rückweisung versetzt das Verfahren in den Stand vor der Urteilsfällung. Folglich ist auf das vorliegende Verfahren das bisherige Recht anwendbar, also die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH), das zürcherische Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (GVG) und die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV, vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010).

Vorliegend ist die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nach altem Recht zu bejahen: Die Beklagten 2 und 3 haben ihren Sitz im Kanton Zürich, die Beklagte 1 den ihrigen im Kanton Luzern. Zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 1 besteht eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Geschäftssitze der Klägerinnen im Kanton Zürich (act. 4/7 Ziff. 9). Richtet sich die Klage gegen mehrere Streitgenossen, so ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig (Art. 7 Abs. 1 GestG). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für sämtliche Beklagten ergibt sich daher aus Art. 2 Abs. 1 GestG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GestG sowie aus Art. 9 Abs. 1 GestG. Diese örtliche Zustän-

digkeit bleibt nach dem auf die örtliche Zuständigkeit anwendbaren neuen Recht erhalten (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts beruht auf § 62 GVG. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (§ 108 ZPO/ZH).

#### IV.

#### **Änderung des Rechtsbegehrens**

1. Mit ihrer Klage verlangten die Klägerinnen von den Beklagten unter solidarischer Haftung die Bezahlung eines nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrages, mindestens jedoch CHF 875'149.35 (act. 1 S. 2).

2. Mit ihrer Replik verlangten die Klägerinnen von der Beklagten 2 die Bezahlung von CHF 235'000.-- nebst Zins und von allen drei Beklagten unter solidarischer Haftung die Bezahlung eines nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrages, mindestens jedoch CHF 640'149.35 (act. 33 S. 2). Aus der Begründung ergab sich indessen, dass die Klägerinnen gemäss ihrer detaillierten Aufstellung einen bezahlten Schaden von total CHF 2'039'386.25 sowie einen noch zu erwartenden Schaden von ca. CHF 20'000.-- geltend machten und keine Weiterungen in Aussicht stellten (act. 33 S. 118), so dass sich die Höhe des behaupteten Schadens aus der Begründung der Replikschrift ohne Weiteres ergibt.

Dementsprechend wurden die Klägerinnen mit Verfügung vom 3. Juni 2008 aufgefordert, ihr Rechtsbegehren gehörig zu beziffern und die Zulässigkeit einer allfälligen Klageänderung im Einzelnen zu begründen (Prot. S. 15 f.). Mit Eingabe vom 4. Juli 2008 (act. 54) bezifferten die Klägerinnen ihre Klage gegenüber den Beklagten 1 und 3 auf CHF 1'500'000.-- und gegenüber der Beklagten 2 auf CHF 1'735'000.--, alles unter Nachklagevorbehalt.

Die Klägerinnen erläutern die Beträge des neu formulierten Rechtsbegehrens wie folgt: Sie tragen vor, dass sie auf die in Aussicht gestellte Forderung der Firma O.\_\_\_\_\_ AG, welche in der Replikschrift mit ca. CHF 20'000.-- angegeben worden

sei, verzichten und die Forderung angebrachtermassen zurückziehen würden, da diese Firma mittlerweile in Konkurs gefallen sei. Es bleibe damit beim bisher geltend gemachten Schadensumfang von CHF 2'039'386.25 (act. 54 S. 3 Ziff. 1). Die Klägerinnen würden ihr gehörig und abschliessend beziffertes Rechtsbegehren aufgrund der von ihnen abgewogenen allseitigen Prozessrisiken stellen. Der Schadenszins werde zur Vereinfachung ab Datum der Replikschrift geltend gemacht (act. 54 S. 9 Ziff. 7).

Die Klägerinnen begründen ausführlich, dass die nachträgliche Bezifferung des Rechtsbegehrens wegen des erst im Verlaufe des Prozesses feststehenden Schadensbetrages zuzulassen sei. Hinsichtlich der Klageänderung verweisen die Klägerinnen auf ihre Ausführungen gemäss Replikschrift und halten daran fest, dass der weitere Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in engem Zusammenhang stehe (act. 54 S. 8 Ziff. 6). In der Replikschrift hatten die Klägerinnen unter Berufung auf § 61 ZPO/ZH vorgetragen, sie würden das Rechtsbegehren aufgrund des bisherigen Sachverhalts konkretisieren, indem der Rückforderungsanspruch [gegenüber der Beklagten 2] nicht mehr als Schadensbetrag geltend gemacht werde. Die Beklagte 2 habe keinen Werklohn verdient und müsse das bereits Erhaltene zurückgeben, weil sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, das von ihr gelieferte Werk untauglich zum Gebrauch und sowohl die Wandelung gerechtfertigt sei wie auch ein Minderwert, der dem vollen Werklohn entspreche. Die Änderung bzw. Bestimmung des Rechtsbegehrens sei gerechtfertigt (act. 33 S. 3 Ziff. 2).

3. Zu prüfen sind einerseits die Zulässigkeit der nachträglichen Bezifferung des Rechtsbegehrens und andererseits die Klageänderung.

3.1. Die gehörige Bezifferung der Klage, mit welcher ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, ist im Grundsatz eine Prozessvoraussetzung im Sinne von § 108 ZPO/ZH (vgl. § 100 Ziff. 5 ZPO/ZH). Von diesem Grundsatz muss das kantonale Prozessrecht Ausnahmen zulassen, wenn die Verwirklichung eines materiellen bundesrechtlichen Anspruchs wegen dieses Erfordernisses beeinträchtigt würde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 61 N 25 f. und § 100 N 17). Dementsprechend hat der

Kläger, welcher nicht in der Lage ist, seinen Anspruch bei Erhebung der Klage zu beziffern, dies spätestens nach der Durchführung des Beweisverfahrens nachzuholen (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH).

Das Bundesrecht erfordert die Möglichkeit der nachträglichen Bezifferung hauptsächlich für Ansprüche auf Ersatz ziffernmässig nicht nachweisbaren Schadens (Art. 42 Abs. 2 OR), ferner, wenn erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung abgibt oder wenn der Kläger auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung durch den Beklagten angewiesen ist (vgl. BGE 116 II 215, 219). Nach Lehre und Rechtsprechung ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Ziel dieser Bestimmung ist, dem Geschädigten den Beweis zu erleichtern, nicht aber, ihm die Substantiierungs- und Beweislast abzunehmen. Der Geschädigte hat gleichwohl alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 122 III 219, 221 m.w.H.; Brehm, in: Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, Bern 2006, Art. 42 N 50 f.). Ebenso wenig enthebt § 61 Abs. 2 ZPO/ZH den Kläger von seiner Behauptungslast (Frank/Sträuli/Messmer, § 61 N 26).

Vorliegend haben die Klägerinnen die behaupteten Schadensposten in der Replikschrift abschliessend aufgezählt, wie sich aus der Eingabe vom 8. Juli 2008 (act. 54) ergibt. Es fehlte lediglich an der entsprechenden Bezifferung des Rechtsbegehrens. Die Klägerinnen haben ihr Rechtsbegehren nunmehr auf entsprechende Aufforderung hin noch vor dem Beweisverfahren beziffert und damit die in der Replikschrift bereits im Einzelnen aufgeführten Schadensposten – zumindest im Betrag von CHF 1'500'000.-- – auch im Rechtsbegehren eingefordert. Dies erscheint im Lichte von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH ohne Weiteres als zulässig. Da die Bezifferung des Rechtsbegehrens sich ausschliesslich an den Schadensposten gemäss Replikschrift orientiert, die Beklagten zu diesen in ihrer Dupliktschrift ausführlich Stellung nehmen konnten und sodann die Eingabe vom 4. Juli 2008

(act. 54) kommentarlos zur Kenntnisnahme genommen haben (Prot. S. 18), kann auf Weiterungen verzichtet werden.

In Ermangelung eines bezifferten Rechtsbegehrens ist hinsichtlich der mit der Replikschrift in Aussicht gestellten, nun aber nicht geltend gemachten Forderung der O.\_\_\_\_\_ über CHF 20'000.-- kein Rückzug der Klage anzunehmen, sondern die Position lediglich ungeprüft zu lassen.

3.2. Der Kläger kann in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird (§ 61 Abs. 1 ZPO/ZH).

Die Klägerinnen haben ihre Klageänderung bereits in der Replikschrift begründet und verweisen in ihrer Eingabe vom 8. Juli 2008 (act. 54) auf diese Begründung. Die Beklagten hatten mit der Dupliktschrift Gelegenheit, zu diesen Vorbringen Stellung zu nehmen. Diese haben sie wahrgenommen: Die Beklagte 1 und die Beklagte 2 weisen, je ohne einen Antrag zu stellen, darauf hin, dass die Zulässigkeit der Klageänderung von Amtes wegen zu prüfen sei (act. 39 S. 9 Ziff. 2, act. 42 S. 2 Ziff. 2). Die Beklagte 3 sieht in der Änderung des Rechtsbegehrens einen Rückzug der Klage im Betrag von CHF 235'000.-- ihr gegenüber. Im Übrigen äussert sie sich nicht (act. 44 S. 2 Ziff. 3).

Die Rückforderung des bezahlten Werklohns einerseits und die Erhöhung der Schadenersatzforderungen gemäss Replikschrift andererseits stehen ohne Weiteres in engem Zusammenhang mit den bisher geltend gemachten Forderungen. Sie beruhen allesamt auf dem gleichen Sachverhalt, nämlich den behaupteten Leistungen der drei Beklagten im Zusammenhang mit der Hangsicherung für die Überbauung F.\_\_\_\_\_ im November/Dezember 2004. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens wird von den Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die Klageänderung ist daher zuzulassen.

V.

## **Materiellrechtliche Erwägungen**

### 1. Einleitung

Die Klägerinnen tragen vor, die drei Beklagten hätten im Jahre 2004 aufgrund verschiedener Verträge und in unterschiedlichen Funktionen allesamt an der Hangsicherung für die Überbauung F.\_\_\_\_\_ mitgewirkt. Diese Hangsicherung sei untauglich gewesen und habe diverse Schäden verursacht. Die Klägerinnen haben alle drei Beklagten gemeinsam ins Recht gefasst, indessen ist die Haftung jedes Beteiligten aufgrund des jeweiligen Vertrages und der individuellen Sachdarstellungen separat zu prüfen.

### 2. Haftung der Beklagten 2

#### 2.1. Standpunkt der Klägerinnen

Die Klägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte 2 ihre Verpflichtungen aus dem Werkvertrag vom 20./23. November 2004 betreffend Hangsicherung für die Überbauung F.\_\_\_\_\_ derart schlecht erfüllt hat, dass die Klägerinnen berechtigt waren, Wandelung zu erklären. Sie fordern nun einerseits den bereits bezahlten Werklohn zurück und verlangen andererseits Schadenersatz von der Beklagten 2.

#### 2.2. Werkvertrag vom 20./23. November 2004

2.2.1. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR).

Es ist unstrittig, dass die Klägerinnen und die Beklagte 2 basierend auf der Offerte der Beklagten 2 vom 20. November 2004 (act. 4/22) einen Werkvertrag über die Böschungssicherung mit einer Spritzbeton-Ankerwand abgeschlossen haben (act. 1 S. 10 Ziff. 10, act. 12 S. 11 ff. Ziff. 10.1-3). Das auf dem Gelände der geplanten Überbauung F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ zu erstellende Werk bestand nach übereinstimmender Ansicht und den Vertragsunterlagen in der Hang- bzw. Baugrubensicherung (act. 1 S. 8 Ziff. 7, S. 9 Ziff. 8, act. 16 S. 4, S. 7 zu Ziff. 5, S. 8 zu Ziff. 7 und 8, act. 4/22 S. 2).

Umstritten ist demgegenüber, ob die Beklagte 2 mit dem Vorschlag, für die Hangsicherung Selbstbohr-Vollverbundanker zu verwenden, eine Unternehmervariante offeriert hat und ob es preisliche Abänderungen an der Offerte gegeben hat (act. 1 S. 10 Ziff. 10, act. 12 S. 11 ff. Ziff. 10.1-3). Umstritten ist auch, ob eine provisorische oder definitive Baugrubensicherung verlangt war (act. 16 S. 4, act. 33 S. 10 Ziff. 1).

Umstritten ist sodann, ob die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart haben. Die Klägerinnen scheinen (zumeist) von der Anwendbarkeit dieses Regelwerkes auszugehen (act. 1 S. 10 Ziff. 10, act. 33 S. 12, S. 37, S. 51, S. 60, S. 70 f., S. 82). Sie tragen vor, die Beklagte 2 habe in ihrer Offerte vom 20. November 2004 entgegen dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis sog. Selbstbohr-Vollverbundanker unterbreitet. Grundsätzlich, aber mit preislicher Abänderung sei der Auftrag für die Böschungs- und Hangsicherung an die Beklagte 2 gemäss ihrer Offerte erteilt worden, nachdem die Beklagte 1 diese Variante der Hangsicherung ebenfalls begrüsst habe. Die Offerte und Auftragsbestätigung seien nicht gegengezeichnet worden, da noch Abänderungen, die besprochen worden seien, in der schriftlichen Offerte bzw. in der Auftragsbestätigung keinen Eingang gefunden hätten (act. 1 S. 10 Ziff. 10). Die Klägerinnen führen sodann aus, die Auftragsbestätigung habe nach der Begehung auf der Baustelle stattgefunden (act. 33 S. 82). Im Übrigen beschränken sie sich auf den Hinweis, dass die Beklagte 2 Vorbehalte und Abmahnungen "gemäss den vereinbarten SIA-Normen" schriftlich hätte festhalten müssen" (act. 33 S. 37 Ziff. 9) und dass die Beklagte 3 [recte Beklagte 2] "gemäss Art. 167 SIA-Norm 118" für Mängel, die durch die von

ihr vorgeschlagene Konstruktion und Ausführungsart verursacht worden seien, somit für ihre Unternehmervariante, hafte (act. 33 S. 82).

Die Beklagte 2 behauptet, sie habe keine Unternehmervariante vorgelegt. Sie behauptet aber nicht, dass sie das Leistungsverzeichnis hinsichtlich des Hinweises auf die SIA-Norm 118 abgeändert hat. Im Übrigen behauptet sie zum Vertragschluss lediglich, die Klägerinnen würden behaupten, der Auftrag sei ihr "gemäss ihrer Offerte" erteilt worden, aber "mit preislichen Abänderungen". Die Klägerinnen würden nicht substantiieren, um welche "preislichen Abänderungen" es sich gehandelt haben solle. Solche "preislichen Abänderungen" habe es nicht gegeben (act. 16 S. 12 f. zu Ziff. 10.2). In der Duplik bestreitet sie alsdann eine Einigung auf die SIA-Norm 118. Sie trägt vor, zwar werde im Leistungsverzeichnis, welches die Klägerinnen ihr vorgegeben hätten, auf die SIA-Norm verwiesen, doch es werde nicht klar ausgedrückt, ob diese umfassend als Vertragsbestandteil zu vereinbaren sei, und es gebe auch keinen Hinweis darauf, dass die Parteien die SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil akzeptiert hätten. Daher sei die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 nicht gültig vereinbart worden (act. 42 S. 127 f. Ziff. 18).

2.2.2. Besteht Uneinigkeit über den Inhalt eines Vertrages, so ist dieser auszulegen. Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach diesem. Wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille nicht mehr feststellen lässt, so ist durch objektivierte Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. In diesem Sinn ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (statt vieler Gauch/Schluop et al., Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9.A., Zürich 2008, Nr. 207, Nr. 1200 f. und Nr. 1226; BGE 125 III 305, 308; BGE 129 III 118,

122). Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar (BGE 128 III 265, 267; BGE 129 III 118, 122; Gauch/Schluep et al., Nr. 1220 m.w.H.).

Vorliegend ist ein gemeinsamer übereinstimmender Wille hinsichtlich der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 nicht behauptet. Dementsprechend ist der Vertrag diesbezüglich auszulegen.

Die Beklagte 2 hat von den Klägerinnen ein durch Dritte erstelltes Leistungsverzeichnis erhalten, das als Basis ihrer Offertstellung dienen sollte. Dieses Leistungsverzeichnis enthielt am Schluss folgende Verweisung: "Die SIA Norm 118 <Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten> ist Bestandteil dieser Offerte". Die Beklagte 2 hat das fremde Leistungsverzeichnis, welches sie von den Klägerinnen zur Offertstellung erhalten hat, unstreitig mit Preisen für die einzelnen Leistungen versehen und dahingehend abgeändert, dass sie die Verwendung von Selbstbohrankern vorgeschlagen hat. Die Klägerinnen durften angesichts der erwähnten Anpassungen des fremden Leistungsverzeichnisses nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte 2 das fremde Leistungsverzeichnis durchgesehen und für ihre Offertstellung ihren Wünschen und Vorstellungen entsprechend abgeändert hat. Dementsprechend durften die Klägerinnen aus der Tatsache, dass die Beklagte 2 die Verweisung auf die SIA-Norm 118 als Bestandteil der Offerte im fremden Leistungsverzeichnis unverändert übernommen hat, auf die Übernahme dieser Verweisung in die eigene Offerte schliessen. Da die Beklagte 2 sodann behauptet, ihre Offerte sei ohne preisliche Abänderungen, mithin unverändert, angenommen worden, musste sie diese vorbehaltlose Annahme ihrer schriftlichen Offerte nach Treu und Glauben so verstehen, dass die Klägerinnen auch hinsichtlich der Verweisung auf die SIA-Norm 118 mit der Offerte einverstanden gewesen sind. Die Einwendung der Beklagten 2, es gebe keinen Hinweis darauf, dass die Parteien die SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil akzeptiert hätten, geht daher fehl: Es sind hinsichtlich der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 sowohl Offerte als auch Akzept vorhanden; nach objektivierter Auslegung haben die Parteien ihren diesbezüglichen Willen übereinstimmend erklärt.

Die Verweisung ist daher Vertragsbestandteil geworden. Der Wortlaut der Verweisung schliesslich ist entgegen der nicht näher begründeten Ansicht der Beklagten 2 ebenfalls klar: Die SIA-Norm 118 wurde ohne jegliche Einschränkung für anwendbar erklärt, womit eine umfassende Verweisung vorliegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die objektivierte Auslegung der Offerte der Beklagten 2 vom 20. November 2004 (act. 4/22) ergibt, dass diese eine umfassende Verweisung auf die SIA-Norm 118 enthält. Da die Offerte abgesehen von - streitigen - preislichen Abänderungen unverändert angenommen worden ist, ist die SIA-Norm 118 Bestandteil des Werkvertrages zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2 geworden. Da die Beklagte 2 schliesslich nicht geltend macht, sie hätte die Verweisung im fremden Leistungsverzeichnis übersehen und sei diesbezüglich einem wesentlichen Erklärungsirrtum (Art. 24 ff. OR) erlegen, ist die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 rechtsgültig vereinbart worden.

### 2.3. Ausführung der Böschungssicherung Spritzbeton-Ankerwand mit Selbstbohrankern ... im Besonderen

2.3.1. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte 2 mit dem Vorschlag der Verwendung von Selbstbohrankern ... eine Unternehmervariante unterbreitet hat, ob die Beklagte 2 Vorbehalte zur Ausführbarkeit des Werkes mit diesen Selbstbohrankern angebracht hat und ob die Beklagte 2, allein oder im Zusammenwirken mit der Beklagten 1, die Tauglichkeit der Selbstbohranker für die konkrete Hangsicherung bestätigt hat. Ebenso ist streitig, ob die Beklagte 2 vor dem Abschluss des Vertrages darüber informiert worden ist, dass der Hang sich bereits bewegt. Von der Beantwortung dieser Fragen hängt ab, ob die Beklagte 2 für die geltend gemachte Untauglichkeit dieses Ankersystems für die konkreten Hangverhältnisse haftbar gemacht werden kann.

#### 2.3.2. Parteibehauptungen

a) Die Klägerinnen behaupten, der vom Bauherrn nach dem Auftreten von Geländeverschiebungen beigezogene Ingenieur P.\_\_\_\_\_ habe anstelle einer ver-

ankerten Rühlwand eine verankerte Nagelwand empfohlen und Angaben zum Ausmass und zur Bemessung geliefert. Am 20. November 2004 habe die Beklagte 2 ein Angebot für Böschungs- und Hangsicherung mit Spritzbeton-Ankerwand auf Grundlage Ausmass und Projektvorschlag P.\_\_\_\_\_ geliefert. Die Beklagte 2 habe sich für die Grundbauberatung den Beizug der Beklagten 1 gewünscht. Die Beklagte 1 sei deshalb zunächst von der Beklagten 2 ebenfalls zu einer Besprechung und ersten Baustellenbegehung auf den 22. November 2004 eingeladen worden. An diesem Tag seien der Beklagten 1 von P.\_\_\_\_\_ die relevanten Dokumente inkl. Projektvorschlag übergeben worden. Q.\_\_\_\_\_ [recte: R.\_\_\_\_\_] seitens der Beklagten 1 habe den Vorschlag bzw. die Offerte der Beklagten 2 für eine Ankersicherung befürwortet und gutgeheissen (act. 1 S. 9 Ziff. 9, ferner act. 1 S. 17 Ziff. 19).

Die Klägerinnen stellen sich sodann auf den Standpunkt, die Beklagte 2 habe mit dem Vorschlag der Verwendung von Selbstbohrankern ... - entgegen dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis - eine Unternehmervariante unterbreitet. Grundsätzlich, aber mit preislicher Abänderung sei der Auftrag für die Böschungs- und Hangsicherung an die Beklagte 2 gemäss Offerte erteilt worden, nachdem die Beklagte 1 diese Variante der Hangsicherung ebenfalls begrüsst gehabt habe (act. 1 S. 10 Ziff. 10). Die Beklagte 2 habe es zu verantworten, dass sie eine Unternehmervariante mit Selbstbohrankern vorgeschlagen habe (act. 1 S. 21 Ziff. 21).

b) Die Beklagte 2 behauptet, sie habe am 20. November 2004 ein vorformuliertes Leistungsverzeichnis erhalten und daraufhin den Klägerinnen erklärt, dass sie nicht in der Lage sei, "vorgespannte Anker" (wie im Leistungsverzeichnis vorgesehen) anzubieten. Trotzdem hätten die Vertreter der Klägerinnen am Morgen des 20. November 2004 sehr starken Druck gemacht, dass die Beklagte 2 möglichst sofort ihre Preise bekannt gebe. Die Beklagte 2 habe daher handschriftlich Folgendes in die Offerte eingefügt: "Selbstbohranker ... ca. 400kN". Es sei für die Klägerinnen offensichtlich gewesen, dass es sich dabei nicht um mehr als um eine blosser Bekanntgabe von Preisen handeln können; insbesondere hätten die Klägerinnen nicht erwarten können, dass die Beklagte 2 in der ihr für die Ab-

gabe der Preise zur Verfügung gestellten Zeit von ca. zwei Stunden die Hangproblematik studiert habe und ihr eine technisch ausgereifte Unternehmervariante vorschlage: Das sei nicht nur aufgrund der zeitlichen Abfolge völlig unmöglich, sondern auch weil die Klägerinnen der Beklagten 2 die dafür nötigen Informationen betreffend die Hangrutschungen gar nicht zur Verfügung gestellt hätten. Die Klägerinnen hätten die Preisangabe vom 20. November 2004 daher auf keinen Fall als technisch geprüfte Alternative verstehen können. Herr S.\_\_\_\_\_ habe überdies die Bauherrschaft telefonisch darauf aufmerksam gemacht, dass man auf der Basis der bauseitigen Angaben nicht beurteilen könne, ob das Projekt mit Selbstbohrankern ausführbar sei. Zur Lösung des Problems habe Herr S.\_\_\_\_\_ dem Geschäftsführer der Klägerin 1 vorgeschlagen, diese solle die Beklagte 1 mit der Abklärung beauftragen, ob und wie das Projekt mit Selbstbohrankern durchführbar sei, da die Beklagte 1 mit Selbstbohrankern über Erfahrung verfüge, wie Herr S.\_\_\_\_\_ aus früherer Zusammenarbeit mit Herrn R.\_\_\_\_\_ gewusst habe. Herr T.\_\_\_\_\_ sei dieser Empfehlung gefolgt und habe mit Herrn R.\_\_\_\_\_ Kontakt aufgenommen und sich nach der Ausführbarkeit mit Selbstbohrankern erkundigt. Herr R.\_\_\_\_\_ habe ihm noch am gleichen Tag erste Informationen zukommen lassen. Herr T.\_\_\_\_\_ habe aber zugleich darauf bestanden, umgehend die Preise von der Beklagten 2 zu erhalten (act. 16 S. 9 zu Ziff. 8).

Auf der Basis dieser Vorbehalte habe die Beklagte 2 - wie von Herrn T.\_\_\_\_\_ verlangt - kurze Zeit nach der Besprechung von 8.30 Uhr ihre Preise an die Bauherrschaft versandt. Die Beklagte 2 habe den Beizug der Beklagten 1 nicht nur gewünscht, sondern verlangt, dass die Beklagte 1 die Machbarkeit einer Ausführung mit Selbstbohrankern prüfen müsse. Die Beklagte 2 habe klar kommuniziert, dass die Zusendung ihrer Preise vorbehältlich der Ausführbarkeitsbeurteilung durch Herrn R.\_\_\_\_\_ erfolgt sei und sie selbst die Machbarkeit nicht garantieren könne. Am Sonntag, den 21. November 2004, habe V.\_\_\_\_\_ einen Anruf von Herrn R.\_\_\_\_\_ erhalten, welcher - offenbar nach diversen Gesprächen mit Herrn T.\_\_\_\_\_ - gesagt habe, das Projekt sei mit Selbstbohrankern ausführbar (act. 16 S. 10 zu Ziff. 9).

Die Beklagte 2 habe also kein Angebot "im Sinne einer Unternehmervariante" unterbreitet. Diesen Sinn habe die Preisangabe vom 20. November 2004 gerade nicht gehabt und die Klägerinnen hätten angesichts der geschilderten Umstände – sehr enge Zeitverhältnisse, fehlende Informationen über Bewegungen im Hang und über allgemeine Geotechnik des Hangs, Hinweis auf anderweitig notwendige Abklärung der Machbarkeit mit Selbstbohrankern – auch keinen Grund gehabt, dies nach dem vertragsrechtlichen Vertrauensprinzip so zu verstehen (act. 16 S. 11 f. zu Ziff. 10). Die Kontaktnahme der Beklagten 1 lasse sich jedenfalls nur dadurch erklären, dass die Beklagte 2 sich ausdrücklich ausserstande erklärt habe, die geotechnische Machbarkeit mit Selbstbohrankern zu garantieren (act. 16 S. 12 zu Ziff. 10).

c) Replicando führen die Klägerinnen aus, die Beklagte 2 habe in keiner Weise Vorbehalte angebracht oder eine Bestätigung der Beklagten 1 als Bedingung der Offerte oder weitere bauseitige Angaben verlangt. In der Offerte vom 20. November 2004 (act. 4/22) finde sich kein derartiger Vorbehalt; ein Begleitschreiben zu dieser Offerte, das auf einen damals angebrachten Vorbehalt hindeute, existiere auch nicht. Im Gegenteil, Herr S.\_\_\_\_\_ habe bestätigt, dass seine Unternehmervariante mit dem Selbstbohr-Anker eine bessere Hangsicherung garantiere als der Vorschlag gemäss der U.\_\_\_\_\_ AG. Dass das Dokument act. 4/22 eine Offerte und nicht bloss eine Preisliste darstelle, sei ersichtlich. Die Beklagte 2 habe die Beklagte 1 sodann nur für die Begleitung während der Ausführung der Arbeit angefordert, nicht jedoch zur Klärung der Machbarkeit ihrer Offerte. Tatsache sei allerdings, dass die Beklagte 1 bzw. Herr R.\_\_\_\_\_ die Machbarkeit mit Selbstbohr-Ankern bestätigt habe. Deshalb würden auch beide haften. Zudem wären solche Vorbehalte und Abmahnungen gemäss den vereinbarten SIA-Normen schriftlich festzuhalten gewesen (act. 33 S. 37 Ziff. 9 und 10, S. 39 f. Ziff. 11).

Andernorts führen die Klägerinnen aus, Herr S.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 2 habe von sich aus behauptet, dass die von ihm vorgeschlagene Unternehmervariante für eine Hangsicherung tauglich, ja besser als der Vorschlag von P.\_\_\_\_\_ bzw. der U.\_\_\_\_\_ AG sei. Es sei denn auch so, dass Herr S.\_\_\_\_\_ mit Herrn R.\_\_\_\_\_

seitens der Beklagten 1 Kontakt aufgenommen und abgeklärt habe, ob seine Unternehmervariante tatsächlich für die Hangsicherung geeignet sei. Herr R.\_\_\_\_\_ sei dann auch am Montag darauf zur Begehung erschienen und die Beklagten 1 und 2 hätten die offerierte Hangsicherung als geeignet erachtet und als geeignet bestätigt. Nachweislich habe bereits am Samstag nach der Besprechung vor der Offertstellung Herr R.\_\_\_\_\_ im Auftrag der Beklagten 2 der Klägerin 1 Unterlagen zum Selbstbohr-Anker, wie ihn die Beklagte 2 vorgeschlagen habe, mitgeteilt [recte wohl: zugestellt] und mündlich bestätigt, dass diese Art von Ankern ebenso tauglich seien, wie die von der U.\_\_\_\_\_ AG vorgeschlagenen. Zu diesem Zeitpunkt habe noch kein Vertragsverhältnis zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 1 bestanden. Auch bei der ersten Begehung am Montag habe Herr R.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten 1 die Beklagte 2 begleitet und auf der Baustelle bestätigt, dass gemäss Offerte der Beklagten 2 die Hangsicherung erstellt werden könne. Somit sei die Beklagte 1 bei der Bestätigung der Unternehmervariante durchaus schon für die Beklagte 2 tätig gewesen und habe bei der Erarbeitung der Offerte der Beklagten 2 offenbar mitgewirkt (act. 33 S. 34 f. Ziff. 9). Die Beklagte 1 habe im Auftrag der Beklagten 2 bestätigt, dass das von der Beklagten 2 offerierte Ankersystem tauglich für die vorgesehene Hangsicherung sei (act. 33 S. 43 Ziff. 11), mithin als Hilfsperson der Beklagten 2 (act. 33 S. 46 Ziff. 13).

Die Klägerinnen bestreiten, dass S.\_\_\_\_\_ nicht über die Hangbewegungen und die Dringlichkeit der Hangsicherung informiert worden sei. Herr W.\_\_\_\_\_ und Herr T.\_\_\_\_\_ hätten an der Besprechung nicht nur auf die Rutschungen der Gleithorizonte hingewiesen, sondern S.\_\_\_\_\_ aufgefordert, die Baustelle mit den rot bezeichneten Gleithorizonten vor Offertstellung zu besichtigen, und S.\_\_\_\_\_ habe dies zugesagt. Weitere Unterlagen für die Offertstellung habe S.\_\_\_\_\_ nicht benötigt und auch nicht angefordert. Am Montag, 22. November 2004, habe eine Begehung der Baustelle stattgefunden, an welcher der Beklagten 1 und der Beklagten 2 sämtliche Dokumente durch P.\_\_\_\_\_ übergeben worden seien (act. 33 S. 40 Ziff. 11). Es sei sodann nicht Herr T.\_\_\_\_\_ gewesen, der auf die Beklagte 1 zugegangen sei, sondern die Beklagte 1 im Auftrag der Beklagten 2. Herr R.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 habe die Unterlagen zum Selbstbohr-Anker Herrn T.\_\_\_\_\_ unaufgefordert zugestellt und die Machbarkeit ebenfalls bestätigt (act. 33

S. 40 f. Ziff. 11). Im Weiteren habe die Beklagte 1 zudem noch am Samstag, 20. November 2004, Inklinometermessungen vorgeschlagen. Diese brauche man, um Geländeverschiebungen zu messen. Es sei somit R.\_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten 1 und damit auch der Beklagten 2, die ihrerseits R.\_\_\_\_\_ angefragt gehabt hätte, klar gewesen, dass Verschiebungen stattfinden würden. Ansonsten hätte R.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 derartige Vorschläge nicht unterbreitet (act. 33 S. 14 Ziff. 1).

d) Die Beklagte 2 behauptet duplicando, dass die Klägerinnen und die Beklagte 1 auf ihre Empfehlung hin seit dem 20. November 2004 in direktem Kontakt gestanden hätten. Die Klägerinnen hätten im Prozess Nr. HG050227 ein Schreiben der Beklagten 1 an die Klägerinnen vom Nachmittag des 20. November 2004 ins Recht gelegt (HG050227, act. 4/6), aus welchem hervorgehe, dass sich Herr T.\_\_\_\_\_ bei Herrn R.\_\_\_\_\_ nach der Ausführbarkeit mit Selbstbohrankern erkundigt habe. Diese Erkundigung lasse sich offensichtlich nicht anders erklären als dadurch, dass Herr S.\_\_\_\_\_ auf die Notwendigkeit einer solchen Erkundigung hingewiesen gehabt habe. Die Beklagte 1 habe in der Folge im Auftrag der Klägerinnen sowohl die Projektierung als auch die Fachbauleitung übernommen (act. 42 S. 15 und S. 27 Ziff. 32 m.w.H. auf HG050227). Das Angebot der Beklagten 1 vom 3. Dezember 2004 habe dabei ausdrücklich auch die "Phase Projektierung", und zwar namentlich auch die "boden- und felsmechanische Stabilitätsberechnung" und die "Bemessung der Baugruben- und Hangsicherung" (vgl. Ziff. 4 des Vertrages vom 16. Dezember 2004 [act. 4/7] mit Verweis auf das Angebot vom 3. Dezember 2004) umfasst. Daraus ergebe sich, dass die Projektierung durch die Abgabe der Unternehmerofferte vom 20. November 2004 weder nach der Vorstellung der Klägerinnen noch nach der Vorstellung der Beklagten 1 abgeschlossen gewesen sei, sondern dass diese nach dem übereinstimmenden Verständnis aller Beteiligten in den Verantwortungsbereich der Beklagten 1 gefallen sei (act. 42 S. 28 Ziff. 33).

Die Beklagte 2 bestreitet sodann, dass sie und die Beklagte 1 irgendwie zusammen tätig und den Klägerinnen gegenüber zusammen verantwortlich gewesen seien, ebenso, dass sie der Beklagten 1 einen Auftrag erteilt habe. Es sei bizarr anzunehmen, dass die Beklagte 2 wenige Minuten oder Stunden nach Abgabe ih-

rer Offerte am 20. November 2004 einen Unterauftrag für Projektierungen an die Beklagte 1 vergeben habe. Es habe keinen Grund gegeben, dies zu tun. Die Kontaktnahme zwischen der Beklagten 1 und den Klägerinnen sei von Anfang an im Hinblick auf den Abschluss eines entsprechenden Vertrages erfolgt. Die Klägerinnen würden ja selber zugestehen, dass die Beklagte 1 seit dem 22. November die nachträglich im Vertrag (act. 4/7) festgehaltenen Leistungen zu erbringen gehabt habe (act. 33 S. 51 [recte: S. 50]). Das Verhältnis zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 1 einerseits und den Klägerinnen und der Beklagten 2 andererseits sei von Anfang an – d.h. seit dem 20. November 2004 – unabhängig voneinander gewesen und habe der klassischen Rollenverteilung zwischen Ingenieuren und Unternehmern entsprochen, wobei die Beklagte 1 gegenüber der Beklagten 2 als Hilfsperson der Klägerinnen aufgetreten sei (act. 42 S. 20 ff. Ziff. 27, ferner S. 42 f. zu Ziff. 1).

Die Beklagte 1 habe die Selbstbohranker zwar für tauglich erklärt, aber dies sei nicht seitens der Beklagten 2 erfolgt (act. 42 S. 50 zu Ziff. 2). Herr T.\_\_\_\_\_ habe am 20. November 2004 auf entsprechende Aufforderung von Herrn S.\_\_\_\_\_ mit Herrn R.\_\_\_\_\_ Kontakt aufgenommen. Dieser wiederum habe am 21. November 2004 V.\_\_\_\_\_ angerufen und ihm mitgeteilt, er habe die Machbarkeit der Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern geprüft und gegenüber Herrn T.\_\_\_\_\_ bestätigt. Eine Weiterleitung dieser Aussage an Herrn T.\_\_\_\_\_ durch V.\_\_\_\_\_ habe nicht stattgefunden, da Herr R.\_\_\_\_\_ diesbezüglich direkt mit Herrn T.\_\_\_\_\_ kommuniziert habe (act. 42 S. 59).

Die Beklagte 2 wiederholt, dass ihre Erwähnung der Selbstbohranker im Leistungsverzeichnis aufgrund der konkreten Umstände von den Klägerinnen nicht als Unternehmervariante habe verstanden werden können (act. 42 S. 25 f. Ziff. 31 und S. 55); kein professioneller Bauherr würde jemals im Ernst davon ausgehen, dass eine handschriftliche Notiz in einem Leistungsverzeichnis als Vorschlag eines planerischen Gegenvorschlages zu verstehen sei (act. 42 S. 26 Ziff. 31). Hinzu komme, dass V.\_\_\_\_\_ Herrn T.\_\_\_\_\_ unmittelbar nach dem Versand der "Offerte" angerufen und mitgeteilt habe, dass er die Ausführbarkeit mit Selbstbohrankern nicht garantieren könne und man diesbezüglich einen erfahrenen Geotechni-

ker beziehen solle, namentlich Herrn R.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten 1 (act. 42 S. 55). Die Beklagte 2 wiederholt sodann, dass ihr nicht mitgeteilt worden sei, dass der Hang sich bereits in Bewegung befinde (act. 42 S. 29 Ziff. 34). Es sei S.\_\_\_\_\_ wegen des Zeitdrucks, unter den er am Morgen des 20. November 2004 gesetzt worden sei, zudem gar nicht möglich gewesen, den Hang zu besichtigen. Es habe im Gelände auch gar keine mit roter Farbe markierten Gleitschichten gegeben, jedenfalls seien keine solchen zu erkennen gewesen (act. 42 S. 42 zu Ziff. 1). Die Beklagte 2 bestreitet sodann, dass sich aus dem Vorschlag der Beklagten 1 zur Vornahme von Inklinometermessungen ihr Wissen über die Hangbewegungen ableiten lasse. Die Beklagte 2 habe keinerlei Kenntnis über den Inhalt der Gespräche zwischen den Herren T.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ gehabt. Zudem impliziere das Vorschlagen von Inklinometermessungen keineswegs, dass ein Hang sich bereits in Bewegung befinde, sondern lediglich, dass man feststellen wolle, ob er sich in Bewegung befinde bzw. ob er sich in Zukunft in Bewegung befinden werde. Inklinometer seinen Kontrollinstrumente, welche R.\_\_\_\_\_ - wie die Beklagte 2 aus ihren Erfahrungen mit der Beklagten 1 wisse - immer vorschlage, auch wenn der Hang sich bei Beginn der Arbeiten noch nicht in Bewegung befinde (act. 42 S. 48 zu Ziff. 1).

Selbst wenn man die Offerte der Beklagten 2 als Unternehmervariante bezeichnen würde, was bestritten bleibe, so die Beklagte 2 weiter, sei festzuhalten, dass das Angebot - zufolge fehlender Information der Klägerinnen - auf der Annahme eines sich nicht bereits in Bewegung befindlichen Hangs erfolgt sei. Die Tatsache, dass der Hang sich bereits in Bewegung befunden habe, sei ein Mangel des Baugrundes, welchen die Klägerinnen zu verantworten hätten (act. 42 S. 30 Ziff. 35). Zudem habe die Beklagte 2 Anker mit einer Länge von 25m angeboten, auf Weisung der Beklagten 1 die Anker aber lediglich 5m im Molassefels verankert (act. 42 S. 30 Ziff. 35). Und schliesslich sei die Tatsache, dass durch die Änderung von Vorspannankern zu Selbstbohrankern die Stützkraft weiter verringert worden sei, für die Hangrutschungen gar nicht ursächlich gewesen. Denn ein privates Gutachten von AB.\_\_\_\_\_ seitens der BC.\_\_\_\_\_ AG vom 31. März 2007 (Anhang zur Rechtsschrift) sei zum Schluss gekommen, dass auch die Stützkraft der geplan-

ten Vorspannanker gemäss Leistungsverzeichnis der Klägerinnen zur Sicherung des Rutschhanges nicht ausgereicht hätte (act. 42 S. 24 Ziff. 31).

### 2.3.3. Unternehmervariante

a) Eine sog. Unternehmervariante liegt vor, wenn der Unternehmer die Ausführung eines von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden, abgeänderten oder andersartigen Projekts oder die Herstellung des Werkes auf eine Art, die von den Ausschreibungsunterlagen abweicht – z.B. hinsichtlich Arbeitsmethode, Reihenfolge der Arbeiten oder Disposition der Baustelleneinrichtungen –, anbietet. Ein solches Angebot ist – unter dem Vorbehalt der Submissionswidrigkeit – wirksam und kann bei Zustimmung des Bestellers zum Vertragsinhalt gemacht werden (Gauch, Der Werkvertrag, 4.A., Zürich 1996 [nachfolgend zit. Gauch, Werkvertrag], Nr. 461, Nr. 462-465).

Soweit die spätere Mangelhaftigkeit auf der Untauglichkeit der Konstruktion oder Ausführungsart oder auf der Fehlerhaftigkeit von Berechnungen beruht, die allesamt auch einer Variante des Unternehmers zugrunde liegen können, haftet der Unternehmer nach den allgemeinen Grundsätzen (Gauch, Werkvertrag, Nr. 1466 m.w.H.). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die auf Bestellerseite erfolgte Genehmigung einer Projekt- oder Herstellungsvariante des Unternehmers, deren Ausführung einen Werkmangel zur Folge hat, kein Selbstverschulden des Bestellers begründet. Ein beschränktes Selbstverschulden des Bestellers wäre einzig dann anzunehmen, wenn der Besteller die Variante im Wissen um die immanente Gefahr eines Werkmangels akzeptiert (welche der Unternehmer selber nicht kannte). Eine Pflicht, die eingereichte Variante des Unternehmers auf ihre Eignung für eine mängelfreie Ausführung des Werkes zu prüfen, trifft den Besteller aber nicht, es sei denn, er habe sie nach dem Inhalt des konkreten Vertrages übernommen (Gauch, Werkvertrag, Nr. 2060).

Gleiches gilt gemäss Art. 167 SIA-Norm 118, der explizit die Haftung des Unternehmers vorsieht für Mängel seines Werkes, die durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung verursacht worden sind. Dagegen haftet der Unter-

nehmer gemäss Art. 167 SIA-Norm 118 nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekannt gegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen. Zu den Anforderungen und Gegebenheiten in diesem Sinne zählen etwa die Anforderungen an die Tragfähigkeit und die Baugrundart (Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991 [nachfolgend zit. Gauch, SIA-Norm 118], Art. 167 Nr. 2 f.).

b) Vorliegend hat die Beklagte 2 den Klägerinnen unstreitig am 20. November 2004 eine schriftliche Offerte für die Böschungssicherung Spritzbeton-Ankerwand eingereicht. Das Dokument (act. 4/22) ist als Offerte bezeichnet und enthält im Bezug auf die zu verwendenden Anker die handschriftliche Ergänzung des vorformulierten Leistungsverzeichnisses: "System Selbstbohranker ... ca. 400KN" (act. 4/22 Leistungsverzeichnis S. 2) bzw. "Selbstbohranker ... ca. 400KN" (act. 4/22 Leistungsverzeichnis S. 3). Angesichts des Begleitschreibens der Beklagten 2 (act. 4/22 S. 1) ist offensichtlich, dass es sich um eine vorbehaltlose schriftliche Offerte handelt, und nicht etwa um die unverbindliche, bedingte oder sonst wie eingeschränkt gültige Bekanntgabe von Preisen. Die Klägerinnen durften diese Erklärung nach dem Vertrauensprinzip ohne Weiteres als vorbehaltlose schriftliche Offerte verstehen.

Die Klägerinnen durften die vorbehaltlose schriftliche Offerte sodann nach dem Vertrauensprinzip auch als Unternehmervariante verstehen. Ob der Unternehmer die Ausführbarkeit seiner Projekt- oder Ausführungsvariante unter Bezug der nötigen Informationen gehörig geprüft hat, braucht den Besteller nicht zu kümmern. Allein aus der gedrängten zeitlichen Abfolge der einzelnen unstreitigen Aktivitäten, nämlich der Offerte der Beklagten 2 vom 20. November 2004 (act. 4/22), der gemeinsamen Begehung der Baustelle vom 22. November 2004 (act. 1 S. 9; act. 16 S. 10) und der Auftragsbestätigung vom 23. November 2004 (act. 4/23) lässt sich für die Beklagte 2 nicht ableiten, dass die Klägerinnen nicht von einer Unternehmervariante ausgehen durften, da je nach – von beiden Parteien nicht thematisierter – Erfahrung der Beklagten 2 mit Selbstbohrankern an Rutschhängen und in diesem Baugebiet im Besonderen allenfalls keine weitreichenden Abklärungen nötig gewesen wären. Was die mündlichen Vorbehalte und die umstrittenen

Kenntnisse der Beklagten 2 über die Bewegungen des Hangs anbelangt, so sind diese Umstände der Offertstellung separat zu prüfen. Die schriftliche Offerte für sich allein ist ohne Weiteres als Unternehmervariante zu betrachten, für deren Erfolg die Beklagte 2 einzustehen hat.

#### 2.3.4 Zusicherung der Beklagten 1 / Verhältnis Beklagte 2 - Beklagte 1

Zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2 ist unstreitig, dass die Beklagte 1 eine Zusicherung der Ausführbarkeit der Böschungs- und Hangsicherung mit Selbstbohrankern abgegeben hat, und zwar erstmals noch vor dem 22. November 2004, dem Beginn der Vertragsbeziehung zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 1, später im Rahmen des schriftlichen Vertrages vom 16. Dezember 2004 ("Mitverantwortlich für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktionen", act. 4/7). Für das Verhältnis zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2 ist damit von einer Zusicherung der Ausführbarkeit der Beklagten 1 auszugehen.

Streitig ist, ob die Beklagte 1 diese erstmalige Zusicherung im Auftrag der Beklagten 2 abgegeben hat. Soweit die Klägerinnen vorbringen, dass die Beklagte 1 vor dem 22. November 2004 im Auftrag der Beklagten 2 gehandelt habe, unterlassen sie eine hinreichende Substantiierung jenes Vertragsverhältnisses. Sie erläutern in keiner Weise, wer mit wem wann ein Vertragsverhältnis welchen Inhalts abgeschlossen haben soll. Allein die unstreitige Tatsache, dass die Beklagte 2 den Bezug der Beklagten 1 gewünscht hat, sagt nichts über das Verhältnis zwischen der Beklagten 2 und der Beklagten 1 aus und entlastet die Klägerinnen nicht davon, dieses Vertragsverhältnis konkret und im Einzelnen darzustellen. Von einem solchen Vertragsverhältnis ist daher nicht auszugehen. Die Klägerinnen behaupten sodann, mit der Beklagten 1 ab dem 22. November 2004 in einem – vorerst mündlichen – Vertragsverhältnis gestanden zu haben (act. 33 S. 50). Es ist nicht ersichtlich, welche vertraglichen Verpflichtungen die Beklagte 1 in diesen zwei Tagen - oder zu einem späteren Zeitpunkt - für die Beklagte 2 hinsichtlich der Überbauung F.\_\_\_\_\_ hätte erfüllen sollen. Die Klägerinnen hüllen sich dazu denn auch in Schweigen.

Da es an hinreichenden Behauptungen der Klägerinnen zu einem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten 2 und der Beklagten 1 fehlt, sind auch die Handlungen und Unterlassungen der Klägerinnen gegenüber der Beklagten 1 nicht relevant für das Verhältnis zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2. Dies gilt insbesondere für die von den Klägerinnen behauptete Übergabe von Dokumenten an die Beklagte 1.

### 2.3.5 Zusicherung der Beklagten 2 in Unkenntnis der Verhältnisse

a) Zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2 ist sodann streitig, ob die Beklagte 2 über die heute unstreitige Tatsache, dass der Hang im Zeitpunkt der Einladung zur Offertstellung sich bereits in Bewegung befunden hat, informiert worden ist.

Die Beklagte 2 will aus der Behauptung, die Klägerinnen hätten ihr vor der Offertstellung nicht mitgeteilt, dass der Hang bereits in Bewegung sei, ableiten, dass ihr kein Vorwurf für ein - für diese Situation - untaugliches Ankersystem gemacht werden könne; vielmehr liege ein mangelhafter Baugrund vor.

Hinsichtlich der Abklärungen zum Baugrund enthält die vorliegend anwendbare SIA-Norm 118 eine Sonderregelung: Vor der Ausschreibung ermittelt der Bauherr die örtlichen Gegebenheiten, insbesondere die Beschaffenheit des Baugrundes, entsprechend den Anforderungen der auszuführenden Arbeit; er hält das Ergebnis vollumfänglich in den Ausschreibungsunterlagen fest (Art. 7), unter Hinweis auf erkannte Vorschriften und Gefahren. Zur Prüfungspflicht des Unternehmers siehe Art. 25 Abs. 3 (Art. 5 Abs. 2 SIA-Norm 118). Der Bauherr übergibt die Ausschreibungsunterlagen den Adressaten, insbesondere auch die durch das Bauobjekt bedingten besonderen Bestimmungen, welche sich u.a. aus der Beschaffenheit des Baugrundes ergeben, ferner die Angaben über die örtlichen Gegebenheiten (Art. 7 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). Der Unternehmer hat die ihm übergebenen Pläne und den von ihm zu bearbeitenden Baugrund nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Doch zeigt der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Aus-

führung seiner Arbeit erkennt, unverzüglich gemäss Abs. 1 und 2 an und macht die Bauleitung auf nachteilige Folgen aufmerksam (Abmahnung) (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118).

Ob Sachverstand vorhanden ist, ist differenziert zu beurteilen: Ist der Bauherr durch eine Bauleitung im Sinne von Art. 33 SIA-Norm 118 vertreten, so kommt es auf deren tatsächlichen Sachverstand nicht an. Vielmehr unterstellt und fingiert Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118, dass bei Vertretung durch eine Bauleitung der voraussetzbare Sachverstand auf Seiten des Bauherrn vorliegt und dass daher der Unternehmer von einer Prüfungspflicht befreit wird (Gauch et al., Komm. SIA-Norm 118, Art. 25 N 15 m.w.H.). Zieht der Bauherr demgegenüber einen Berater bei, z.B. einen Ingenieur oder Geologen, so gilt, dass der angesprochene Sachverstand des Beraters, welcher dem Bauherrn angerechnet wird, in Bezug auf die Angaben zur Beschaffenheit des Baugrunds vorliegen muss (Gauch et al., Komm. SIA-Norm 118, Art. 25 N 17; Gauch, Werkvertrag, Nr. 1956 und Nr. 1977). Massgebend im Verhältnis zum Unternehmer ist der wirkliche Sachverstand, mindestens aber jener, den der Unternehmer nach den Umständen erwarten darf. Tritt z.B. der Bauherr oder dessen Vertreter gegenüber dem Unternehmer als Architekt, Ingenieur oder Statiker auf, so darf der Unternehmer sämtliche Kenntnisse erwarten, die ein solcher Fachmann haben muss (Gauch, Werkvertrag, Nr. 1956). Dem Unternehmer darf bei Mitwirkung eines sachverständigen Beraters nur mit Zurückhaltung eine Prüfungspflicht auferlegt werden, insbesondere wenn es für ihn nicht leicht erkennbar war, ob der sachverständige Berater bei den Angaben zum Baugrund über die erforderlichen fachlichen Spezialkenntnisse verfügt hat (Gauch et al., Komm. SIA-Norm 118, Art. 25 N 17).

Mit dieser Sonderregelung der Pflicht des Bauherrn, die Beschaffenheit des Baugrundes zu prüfen und den Unternehmer darüber zu informieren, korreliert die Haftung des Unternehmers: Der Unternehmer haftet namentlich auch für Mängel seines Werkes (Art. 1), die verursacht sind durch die von ihm vorgeschlagenen Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen

(Art. 167 SIA-Norm 118). Zu den Gegebenheiten zählt z.B. die Baugrundart, zu den Annahmen zählen die boden- und felsmechanischen Kennwerte. Der Unternehmer haftet also nicht für einen vertragswidrigen Zustand des Werkes, der seine Ursachen in der Unrichtigkeit der bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen hat. Ein solcher Zustand ist selbstverschuldet und stellt keinen Mangel dar. Vorbehalten bleibt stets der Fall, dass der Unternehmer eine bestehende Anzeige- oder Abmahnungspflicht verletzt hat. Dieser Vorbehalt wird zwar in Art. 167 nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber schon aus Art. 166 Abs. 4. Eine Nachprüfungspflicht trifft den Unternehmer nicht, soweit der Bauherr, dessen Bauleitung oder Berater über den erforderlichen Sachverstand verfügt, um die Richtigkeit der in Frage stehenden Anforderungen, Gegebenheiten oder Annahmen zu beurteilen (Gauch, Komm. SIA-Norm 118, Art. 167 Nr. 5). Jede Verletzung einer Anzeige- oder Abmahnungspflicht setzt sodann voraus, dass eine solche Pflicht überhaupt besteht. Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 verweist diesbezüglich wiederum auf die Vorschrift des Art. 25 SIA-Norm 118. Art. 25 SIA-Norm 118 verlangt nun keine nutzlose Anzeige oder Abmahnung. Der Bauherr kann sich also insbesondere nicht auf die unterbliebene Anzeige oder Abmahnung berufen, wenn der Unternehmer nachweist, dass der Bauherr oder die Bauleitung von den betreffenden Verhältnissen auch ohne Anzeige Kenntnis gehabt hat (Gauch, Komm. SIA-Norm 118, Art. 166 N 16 lit. a und b, Gauch et al., Komm. SIA-Norm 118, Art. 25 N 8 und 9).

Vorliegend ist deshalb vorab zu prüfen, ob die Beklagte 2 eine Pflicht zur eigenhändigen Prüfung bzw. Nachprüfung des Baugrundes und/oder eine Anzeige- und Abmahnungspflicht betreffend die später festgestellten Hangrutschungen getroffen hat.

Die Klägerinnen benennen wiederholt die verschiedenen Fachleute, die in die geplante Baugrubensicherung involviert gewesen seien. So behaupten sie, die Beklagte 3 [K. \_\_\_\_\_ AG] sei für die geologischen Gutachten und die Baugrunduntersuchung zuständig gewesen. Sie habe an mehreren Begehungen des Baugrundstücks anfangs November 2004 teilgenommen und in der Folge verschiedene Anweisungen erteilt (act. 1 Rz. 4-6, Rz. 21). Am 16. November 2004 hätten die

Klägerinnen, da sie kein Fachwissen über eine geeignete Hangsicherung ausgewiesen hätten, Ingenieur P.\_\_\_\_\_ als Fachexperten beigezogen, welcher anstelle einer verankerten Rühlwand eine verankerte Nagelwand vorgeschlagen und Angaben zum Ausmass und zur Bemessung geliefert habe. Die Beklagte 2 habe ihr Angebot für Böschungs- und Hangsicherung mit Spritzbeton-Ankerwand vom 20. November 2004 auf Grundlage Ausmass und Projektvorschlag P.\_\_\_\_\_ unterbreitet (act. 1 Rz. 8). Sie behaupten auch, die Beklagte 1 [H.\_\_\_\_\_ AG] sei für die Projektierung der Baugrubensicherung verantwortlich gewesen, insbesondere für die boden- und felsmechanische Stabilitätsberechnung, die Bemessung der Baugruben- und Hangsicherung (act. 1 Rz. 21).

Auch das Privatgutachten der CD.\_\_\_\_\_ AG, auf welches die Klägerinnen sich berufen, erwähnt neben der Beklagten 1 und der Beklagten 3 weitere Fachkräfte im Umfeld der Klägerinnen: Architekt (DE.\_\_\_\_\_ ), Bauleitung (EF.\_\_\_\_\_ ), Ingenieure (FG.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_), Aushubunternehmer (GH.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ U.\_\_\_\_\_/HI.\_\_\_\_\_) (act. 1 Rz. 19 S. 19 mit Hinweis auf act. 4/53 S. 63 ff., ferner act. 4/53 S. 5 f.). Replicando halten die Klägerinnen an der behaupteten Mitwirkung der erwähnten Personen fest, wobei insbesondere der Beklagten 1, der Beklagten 3 und dem Ingenieur P.\_\_\_\_\_ die Vorbereitung der Ausführung einer geeigneten Hangsicherung oblegen habe (vgl. act. 33 Rz. 3, Rz. 7 f., Rz. 21). Aus dieser Sachdarstellung ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht unzweifelhaft, dass die Klägerinnen von sachverständigen Personen umgeben, beraten und vertreten worden sind. Wie gezeigt wird der Sachverstand der Bauleitung fingiert und durfte die Beklagte 2 von den Spezialisten, insbesondere vom Geologen und vom Ingenieur, sämtliche Kenntnisse erwarten, die solche Fachleute in Bezug auf den Baugrund haben müssen. Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagte 2 von Anfang an leicht erkennbar gewesen wäre, dass diesen Fachleuten die Sachkunde fehlte, werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Dass die Klägerinnen den Sachverstand und die Fachkunde gewisser Beteiligter heute in Abrede stellen, ändert nichts daran, dass die Beklagte 2 vom Vorhandensein dieser Fachkunde ausgehen durfte (wie es auch die Klägerinnen taten). Zum Ergebnis, dass die Klägerinnen sachverständig vertreten waren, gelangt sodann auch das Privatgutachten von IJ.\_\_\_\_\_ vom 1. Mai 2006 (act. 34/155), welches die

Klägerinnen zum integrierten Bestandteil ihrer zweiten Rechtsschrift erklären (act. 33 Ziff. 26). Dieses Privatgutachten hält, wie die Beklagte 2 zutreffend ausführt (act. 42 S. 124), Folgendes fest: "Art. 25 Abs. 3 SIA 118 legt fest, dass der Unternehmer den Baugrund nur prüfen muss, wenn der Bauherr weder sachverständig noch sachverständig vertreten wird. Im konkreten Fall wurde der Bauherr sachverständig vertreten" (act. 34/155 S. 4). Auf dieser Behauptung sind die Klägerinnen zu behaften. Insgesamt ist also davon auszugehen, dass die Klägerinnen sachverständig vertreten und beraten waren, so dass eine Prüfungspflicht der Beklagten 2 hinsichtlich des Baugrundes im Sinne von Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 zu verneinen ist. Da sodann unstreitig ist, dass die Klägerinnen wussten, dass der Hang in Bewegung war, entfällt auch von vornherein eine diesbezügliche Anzeige- oder Abmahnungspflicht der Beklagten 2.

Da die Klägerinnen die Haftung der Beklagten 2 für die Untauglichkeit der Hangsicherung aus deren Kenntnissen über den Baugrund ableiten und sie für die Weiterleitung der entsprechenden Informationen an den Unternehmer verantwortlich sind, tragen sie die Beweislast dafür, dass sie die Beklagte 2 tatsächlich über den Baugrund informiert haben.

b) Beweisaufgabe

Im Zusammenhang mit dem Thema der Information der Beklagten 2 über den Baugrund wurde den Klägerinnen mit Beschluss vom 17. Dezember 2008 (act. 66) der Hauptbeweis auferlegt,

1. dass sie der Beklagten 2 vor der Offertstellung die nötigen Informationen über die Hangrutschungen, insbesondere die bisherigen geotechnischen und geologischen Abklärungen und die Tatsache der bereits erfolgten Bewegungen des Hanges, zur Verfügung gestellt haben;

insbesondere,

- 1.1. dass Herr W.\_\_\_\_\_ und Herr T.\_\_\_\_\_ an der Besprechung S.\_\_\_\_\_ aufgefordert haben, die Baustelle mit den rot bezeichneten Gleithorizonten vor Offertstellung zu besichtigen;

1.2. dass S.\_\_\_\_\_ für diese Besichtigung zugesagt hat;

1.3. dass P1.\_\_\_\_\_ (recte: P.\_\_\_\_\_, vgl. Beschluss vom 21. April 2009, act. 81) anlässlich der Begehung vom 22. November 2004 sowohl der Beklagten 1 als auch der Beklagten 2 sämtliche Dokumente übergeben hat;

c) Beweismass

Nach Lehre und Rechtsprechung ist für das Bundesprivatrecht von dem Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auszugehen. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat (BGE 128 III 271, S. 275). Für die von den Klägerinnen zu erbringenden Hauptbeweise ist von diesem Regelbeweismass auszugehen.

d) Beweismittel und Beweiswürdigung

da) Allgemeines

Handelt es sich bei einem Zeugen um einen Angestellten oder ein Organ einer der Parteien, so kann davon ausgegangen werden, dass diese ein persönliches Interesse daran haben, dass ihrem Arbeitgeber nicht infolge ihrer eigenen Handlungen ein Schaden entsteht. Dieser Sachlage ist im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 1997, § 157 N 7; ZR 106 (2007) Nr. 1 Erw. 3b, S. 3 f.).

W.\_\_\_\_\_ ist zeichnungsberechtigt bei der JK.\_\_\_\_\_ AG, Bauunternehmung, nicht bei der A.\_\_\_\_\_ AG (vgl. [...].ch). Bei der Würdigung seiner Aussagen ist daher keine besondere Vorsicht angezeigt. T.\_\_\_\_\_ ist Verwaltungsratspräsident der A.\_\_\_\_\_ AG. Diesem Umstand ist bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.

db) Beweissatz Ziff. 1.

Als Beweismittel offerierten die Klägerinnen einerseits die Urkunden act. 4/19-20 und act. 4/22 sowie andererseits die Zeugen W.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ (act. 71 S. 2). Die Beklagte 2 offerierte als Gegenbeweismittel die Zeugen S.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ (act. 79 S. 5). Diese beantragten Beweismittel wurden gemäss Beschluss vom 21. April 2009 abgenommen (act. 81 S. 7).

Bei act. 4/19 handelt es sich um eine Aktennotiz der K.\_\_\_\_\_ AG vom 10. November 2004. Daraus ergibt sich, dass am 8., 9. und 10. November 2004 Begehungen der Örtlichkeit stattfanden. Von der Beklagten 2 war damals allerdings niemand dabei. Diese war damals noch gar nicht kontaktiert worden. In dieser Aktennotiz wurde Folgendes festgehalten:

- Am 9. November 2004 seien an der westlichen und im westlichen Bereich der hangwärtigen Böschungen mehrere Gleithorizonte festgestellt worden (z.B. nordwestlicher Bereich des Aushubs von Haus D, im Bereich Rampeneinfahrt, Voraushub bei Haus A).
- Anhand der Geometrie lasse sich feststellen, dass es sich beim Untergrund im oberen hangwärtigen Arealbereich um ein mehrere Meter mächtiges, aus aufgearbeitetem Molassefels und Lockergestein bestehendes Schichtpaket (Rutschmasse) handle, welches auf den im südlichen, d.h. talwärtigen Bereich aufgeschlossenen Gehängelehm aufliege. Die Ausbisslinie bzw. der Gleithorizont lasse sich im Bereich des Hauses D über mehrere Meter verfolgen.
- Anlässlich der Begehung vom 10. November 2004 hätten mit Ausnahme des Gleithorizonts im Bereich Haus A keine weiteren Bewegungen festgestellt werden können. Im Bereich des Hauses A seien die sichtbaren Bewegungen höchstens im mm-Bereich gelegen.
- Die Gleithorizonte im Gelände sollten bezüglich ihrer Lage, Neigung und Terrainhöhe aufgenommen und in einen Plan übertragen werden. Die Resul-

tate könnten wichtige Erkenntnisse für das Verständnis der vorliegenden Verhältnisse liefern (z.B. für Rückberechnungen).

Diesem Dokument lässt sich zwar entnehmen, dass zu jenem Zeitpunkt, also um den 9. bis 10. November 2004, gewisse Bewegungen des Terrains festgestellt wurden. In Beweissatz Ziff. 1.3. wurde zum Beweis verstellt, ob dieses und andere Dokumente der Beklagten 2 vor Vertragsschluss übergeben wurde. Wie nachfolgend auszuführen sein wird, ist dieser Beweis als gescheitert zu betrachten. Demnach lässt sich aus act. 4/19 zugunsten der Klägerinnen nichts ableiten.

Bei act. 4/20 handelt es sich um die Offerte der U.\_\_\_\_\_ vom 18. November 2004 und bei act. 4/22 um die Offerte der Beklagten 2 vom 20. November 2004. In diesen Dokumenten sind keine Anhaltspunkte betreffend Bewegungen des Hanges ersichtlich. Daraus lässt sich somit ebenfalls nichts zugunsten der Klägerinnen ableiten.

Der Zeuge W.\_\_\_\_\_ führte hinsichtlich Begehung der Baustelle vom 10. November 2004 aus, über Gleithorizonte sei damals nicht gesprochen worden. Solche habe er damals auch nicht gesehen. Gesprochen habe man damals jedoch über Böschungssicherungen bei der oben liegenden Liegenschaft. Diese Informationen habe er der Beklagten 2 aber nicht übergeben (Prot. S. 44).

Am Samstag Morgen, den 20. November 2004, hätten sich Herr T.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ und er selbst getroffen. Vorgelegen sei damals bereits die Offerte der Firma U.\_\_\_\_\_. Man habe jedoch noch eine Konkurrenzofferte erhalten wollen. Daher sei die Beklagte 2 beigezogen worden. S.\_\_\_\_\_ habe die Baustelle besichtigt und man habe ihm gesagt, dass man Gleitschichten sehe. Diese seien angesprayed worden. Die obere Schicht sei ca. 10 cm vorgestanden (Prot. S. 45). Er habe S.\_\_\_\_\_ damals aufgefordert, die Baustelle mit den rot bezeichneten Gleithorizonten zu besichtigen. Ob letzterer für die Besichtigung zugesagt habe, wisse er indes nicht mehr. Es sei für ihn aber klar gewesen, dass er dies getan habe. Fragestellend meinte er: Wie könnte er sonst eine Offerte machen für Aushubmassen, die schon in Bewegung sind? Das wäre sonst undenkbar (Prot. S. 46).

Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, ob, wenn in der Offerte U.\_\_\_\_ von Inklinometern die Rede sei, dies einen Rückschluss auf die Hangsituation zulasse, meinte der Zeuge, dies sage, dass etwas in Bewegung sei.

Die Ergänzungsfrage der Instruktionsrichterin, ob Inklinometermessungen bei jedem Aushub vorgenommen würden, verneinte der Zeuge und machte geltend, dies sei nur bei rutschgefährdeten Gebieten der Fall. Am Morgen bei der Besprechung sei erläutert worden, dass der Hang in Bewegung sei und die obere Parzelle bereits teilweise gesichert worden sei.

Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_, ob Inklinometermessungen eingesetzt würden, wenn ein Hang rutschgefährdet sei oder erst, wenn der Hang rutsche, meinte der Zeuge, dies wisse er nicht. Normalerweise würden solche eingesetzt, wenn der Hang am Rutschen sei (Prot. S. 47 f.).

T.\_\_\_\_ erklärte als Zeuge, es habe sicher 10 bis 15 Begehungen auf der Baustelle gegeben. Was anlässlich der Begehung vom 8. November 2004 besprochen worden sei, könne er nicht mehr sagen. Er wisse aber, dass einmal über Gleithorizonte gesprochen worden sei und darüber, was zu tun sei. Auch mit dem Bauunternehmer und mit dem Ingenieur KL.\_\_\_\_ sei darüber gesprochen worden. Vom Polier der U.\_\_\_\_ seien die Gleithorizonte nachher mit Spray markiert worden. P.\_\_\_\_ habe vorgeschlagen, eine rückverankerte Spritzbetonwand zu erstellen. Dies sei teurer als eine Rühlwand. Aus Sicherheitsgründen hätten sie die teurere Variante gebaut, also die Spritzbetonwand. Bei der Offerte U.\_\_\_\_ betreffend Spritzbetonwand hätten sie den Einheitspreis abgedeckt und dies dann S.\_\_\_\_ übergeben. Auf den 20. November 2004 sei dann eine Besprechung vereinbart worden, an welcher W.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_ und er selbst teilgenommen hätten. Herr W.\_\_\_\_ habe mit S.\_\_\_\_ gesprochen und ihm den Fall geschildert. Er selbst habe ihm den Fall auch erklärt und ihm die Offerte übergeben. Er und W.\_\_\_\_ hätten ihm gesagt, was für ein Bauzustand auf der Baustelle vorzufinden sei und dass es pressiere. Auf Frage, wie er den Bauzustand geschildert habe, erklärte der Zeuge, sie hätten geschildert, was sie gemacht hätten und dass sie annähmen, die ganze Baugrube sei gesichert. Sie hätten erklärt, dass sie abgemacht hätten, wie sie vorgehen wollten, und dass sie mit der K.\_\_\_\_ die Be-

obachtungsmethode vereinbart hätten. Sie hätten sich entschieden, das auszuführen, was P.\_\_\_\_\_ vorgeschlagen habe. Die Firma LM.\_\_\_\_\_ habe die U.\_\_\_\_\_ beraten. Herr P.\_\_\_\_\_ habe den Vorschlag gemacht betreffend Spritzbetonwand. Daher hätten sie es dann von der U.\_\_\_\_\_ offerieren lassen und dies S.\_\_\_\_\_ übergeben. Sie hätten ihm auch gesagt, dass er die Baustelle besichtigen solle, damit er offerieren könne. Dieser habe gewusst, dass sie den Auftrag vergeben könnten. Es habe pressiert (Prot. S. 50-54).

Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, ob sich der Zeuge daran erin-  
nere, was vor der Begehung vom 10. November betreffend Aushub besprochen  
worden sei, antwortete T.\_\_\_\_\_, sie hätten abgemacht, den Aushub auf der gan-  
zen Länge zu machen. Dann habe es aber Risse gegeben, kleine Anrisse. Dann  
sei ein etappenweises Vorgehen erfolgt. MN.\_\_\_\_\_ habe parallel dazu Messun-  
gen gemacht. Sie hätten kleine Bewegungen gesehen. Dann hätten sie aufgehört  
(Prot. S. 61).

Der Zeugenaussage von W.\_\_\_\_\_ lässt sich entnehmen, dass man S.\_\_\_\_\_ von  
der Beklagten 2 am 20. November 2004 mitteilte, dass Gleitschichten sichtbar  
seien. Zudem sei S.\_\_\_\_\_ aufgefordert worden, diese auf der Baustelle zu be-  
sichtigen. T.\_\_\_\_\_ bestätigte ebenfalls, dass – unter anderem auch mit dem Un-  
ternehmer – über Gleitschichten gesprochen worden sei. Wann genau dies war,  
konnte er indes nicht mehr sagen. Beide Zeugen erklärten sodann übereinstim-  
mend, dass die Gleithorizonte mit Spray gekennzeichnet worden seien.

Aus diesen Angaben lässt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit ableiten, dass vor  
dem Vertragsschluss zwischen der Beklagten 2 und der Bauherrschaft Gleithori-  
zonte erwähnt wurden. Daraus musste die Beklagte 2 allerdings noch nicht zwin-  
gend schliessen, dass sich der Hang bereits einmal im Gleiten befunden hatte  
oder momentan rutschte. Ein Gleithorizont ist die Schnittlinie zwischen zwei  
Schichten unterschiedlichen Materials, auf welcher die obere Schicht rutschen  
kann. Ein tatsächliches Rutschen ist für die Bezeichnung als Gleithorizont nicht  
zwingend erforderlich (vgl. etwa: <http://www.geodz.com/deu/d/Gleithorizont>; Wer-  
ner Bätzing, Kleines Alpenlexikon, Umwelt, Wirtschaft, Kultur, München 1997, S.  
112). Um klar auszudrücken, ob eine Schicht rutscht bzw. nicht rutscht, wäre der

Ausdruck Gleithorizont näher zu umschreiben, etwa als aktiver, ehemaliger oder potentieller Gleithorizont.

W.\_\_\_\_\_ sprach an der Besprechung vom Samstag Morgen, den 20. November 2004, davon, dass die obere Parzelle bereits teilweise gesichert worden sei (Prot. S. 47). T.\_\_\_\_\_ gab an, sie hätten gegenüber S.\_\_\_\_\_ geschildert, was sie gemacht hätten und dass sie annähmen, die ganze Baugrube sei gesichert. Sie hätten damals abgemacht, wie sie vorgehen wollten und mit der K.\_\_\_\_\_ eine Beobachtungsmethode vereinbart (Prot. S. 54).

Diese Aussagen der Zeugen betreffend Sicherung der Baugrube entsprechen den Angaben der Klägerinnen in ihrer Klageschrift. Dort wurde ausgeführt, am 9. November 2004 seien an der westlichen und im westlichen Bereich der hangwärtigen Böschung mehrere Gleithorizonte festgestellt worden. Dies ergebe sich aus dem Bericht der Beklagten 3 [K.\_\_\_\_\_ AG] vom 10. November 2004 (act. 4/19). Von den Klägerinnen seien hierauf auf Hinweis von NO.\_\_\_\_\_ seitens der K.\_\_\_\_\_ Sofortmassnahmen ergriffen worden (act. 1 S. 8; vgl. act. 4/19 S. 3).

Aus diesen Angaben sowie den Aussagen der Zeugen ist zu schliessen, dass die Klägerinnen, nachdem sie die im Bericht vom 10. November 2004 (act. 4/19) vorgeschlagenen Sofortmassnahmen getroffen hatten, zunächst selbst davon ausgingen, der Hang sei gesichert. Gemäss Klageschrift wurden aber in der Folge weitere Verschiebungen festgestellt, worauf beschlossen worden sei, eine Hangsicherung mit einer verankerten Rühlwand zu projektieren. Am 18. November 2004 habe die GH.\_\_\_\_\_ "F.\_\_\_\_\_" bereits ein Angebot für die Hangsicherung unterbreitet (act. 1 S. 8). In einem nächsten Schritt wurde dann auch die Beklagte 2 zur Offertstellung eingeladen.

Ob der Beklagten 2 jedoch die genaue Situation betreffend den Hang (frühere Rutschungen – Sicherungsmassnahmen durch die Klägerinnen – erneutes Rutschen) tatsächengemäss erläutert wurde, erscheint fraglich. Offenbar wurde die Beklagte 2 auf angezeichnete Gleithorizonte aufmerksam gemacht. Daraus musste sie jedoch, wie ausgeführt, nicht ableiten, dass sich der Hang schon einmal oder momentan in Bewegung befand. Im Weiteren wiesen die Zeugen auf die ge-

troffenen Sicherungsmassnahmen hin, woraus die Beklagte 2 zusätzlich schliessen durfte, dass sich der Hang momentan nicht bewegte.

Hätten die Klägerinnen vollumfänglich und umfassend aufklären wollen, so hätten sie gegenüber der Beklagten 2 angeben müssen, dass – wie in der Klageschrift dargetan (act. 1 S. 8) – nach den ausgeführten Sofortmassnahmen neue Bewegungen festgestellt wurden. Dass dies der Fall gewesen wäre, lässt sich weder den Aussagen der Zeugen W.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_, noch den zum Beweis verstellten Dokumenten entnehmen. In den Aussagen von S.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ sind sodann ebenfalls keine gegenteiligen Anhaltspunkte erkennbar (Prot. S. 62-88).

Der Vollständigkeit halber ist noch auf die von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ anlässlich der Zeugenbefragung thematisierten Inklinometer einzugehen. Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ stellte an den Zeugen W.\_\_\_\_\_ die Frage, ob es einen Rückschluss auf die Hangsituation zulasse, wenn in der Offerte U.\_\_\_\_\_ von Inklinometern die Rede sei. Der Zeuge antwortete, dies sage, dass etwas in Bewegung sei (Prot. S. 47). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass die Offerte U.\_\_\_\_\_ (act. 4/20) gemäss Angaben von T.\_\_\_\_\_ der Beklagten 2 nicht übergeben wurde (Prot. S. 52). In diesem Dokument befinden sich sodann auch keine Angaben zu Inklinometern. Möglicherweise meinte Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ mit der "Offerte U.\_\_\_\_\_" das Leistungsverzeichnis der GH.\_\_\_\_\_ (act. 4/23). Darin finden sich jedoch ebenfalls keine Angaben zu Inklinometern. Dieses Dokument wurde sodann auch nicht zum Beweis verstellt, sodass sich daraus zugunsten der Klägerinnen ohnehin nichts ableiten lässt. Demnach kann auch die fragliche Aussage von W.\_\_\_\_\_ betreffend Inklinometer nicht zu Gunsten der Klägerinnen gewertet werden.

Aus den genannten Beweismitteln lässt sich somit nicht mit der erforderlichen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ableiten, dass die Beklagte 2 von den Klägerinnen über die Hangrutschungen ausreichend informiert wurde bzw. dass ihr alle bisherigen geotechnischen und geologischen Feststellungen umfassend präsentiert wurden. Der Hauptbeweis gemäss Ziff. 1 ist damit als gescheitert zu betrachten.

dc) Beweissatz Ziff. 1.3.

Zu Beweissatz Ziff. 1.3. offerierten die Klägerinnen als Beweismittel die Urkunde act. 34/136 sowie die Zeugen P.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ (act. 71 S. 3). Die Beklagten nannten S.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ sowie ebenfalls P.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ als Zeugen (act. 79 S. 5 f.). Diese Beweismittel wurden gemäss Beschluss vom 21. April 2009 abgenommen (act. 81 S. 8 f.).

Bei act. 34/136 handelt es sich um ein Schreiben von R.\_\_\_\_\_ von der H.\_\_\_\_\_ AG an die A.\_\_\_\_\_ AG, vom 18. Januar 2005. Darin wird auf die Aktennotiz der K.\_\_\_\_\_ AG vom 10. November 2004 (act. 4/19) Bezug genommen. Sodann ist darin die Rede von Verschiebungen Ende Dezember 2004.

Inwiefern aus diesem Dokument geschlossen werden könnte, der Beklagten 2 seien anlässlich der Begehung vom 22. November 2004 irgendwelche Dokumente übergeben worden, ist nicht ersichtlich. Es ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass R.\_\_\_\_\_ als Zeuge angab, das fragliche Dokument (act. 4/19) erst Anfang Januar erhalten zu haben, nachdem der Schadenfall bereits eingetreten war (Prot. S. 98).

Der Zeuge P.\_\_\_\_\_ erklärte auf die Frage, ob er anlässlich der Begehung vom 22. November 2004 den Vertretern der Beklagten 1 und oder der Beklagten 2 Dokumente übergeben habe, das wisse er nicht mehr. Es könne sein. Wissen tue er es aber nicht. Kenntnis darüber, dass eine anderweitige Übergabe von Dokumenten stattgefunden habe, habe er nicht. Die Aktennotiz der K.\_\_\_\_\_ vom 10. November 2004 (act. 4/19) kenne er nicht (Prot. S. 93).

T.\_\_\_\_\_ erklärte als Zeuge, er könne nicht mehr 100% sicher sagen, ob die fragliche Aktennotiz (act. 4/19) der Beklagten 2 übergeben worden sei. Er sei der Meinung, dass sie alle Unterlagen übergeben hätten. Ob dieses Protokoll dabei gewesen sei, müsse er annehmen. Er denke, am Montag nach dem berüchtigten Samstag, den 20. November, also am 22. November, hätten sie alles übergeben. Er selber habe die Unterlagen aber nicht übergeben. P.\_\_\_\_\_ sei damals dabei gewesen. Er denke, die massgeblichen Sachen seien damals übergeben worden (Prot. S. 51 f.). Die Offerte der U.\_\_\_\_\_ betreffend Rühlwand (act. 4/20) hätten sie

nicht übergeben (Prot. S. 52 f.). Er habe gesehen, dass P.\_\_\_\_\_ den Vertretern der Beklagten 1 wie auch der Beklagten 2 Dokumente übergeben habe. Welche Dokumente das gewesen seien, wisse er aber nicht (Prot. S. 55).

R.\_\_\_\_\_ führte als Zeuge aus, er habe anlässlich der Begehung vom 22. November 2004 von P.\_\_\_\_\_ zwei A4 Blätter mit mechanischen Stabilitätsberechnungen erhalten. Ebenso habe er die Ergebnisse betreffend Sondierbohrungen erhalten. Ob P.\_\_\_\_\_ einem Vertreter der Beklagten 2 Dokumente übergeben habe, sei ihm nicht bekannt (Prot. S. 97). Die Aktennotiz der K.\_\_\_\_\_ vom 10. November 2004 (act. 4/19) habe er erst Anfang Januar erhalten (Prot. S. 97 f.).

Aus diesen Angaben der klägerischen Zeugen lässt sich nicht mit der geforderten, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entnehmen, P.\_\_\_\_\_ habe der Beklagten 2 am 22. Dezember 2004 relevante Dokumente im Zusammenhang mit den Hangrutschungen übergeben. Aus den Angaben der von der Beklagten 2 angerufenen Zeugen S.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ ergibt sich nichts Gegenteiliges (Prot. S. 62-88). Der Hauptbeweis gemäss Ziff. 1.3. ist damit ebenfalls gescheitert.

dd) Beweissätze Ziff. 1.1. und Ziff. 1.2.; Gesamtergebnis

Nachdem beide Beweissätze Ziff. 1. und Ziff. 1.3. gescheitert sind, würde den Klägerinnen auch ein Gelingen der Beweissätze Ziff. 1.1. und Ziff. 1.2. nicht weiterhelfen. Selbst wenn S.\_\_\_\_\_ aufgefordert worden wäre, die Gleithorizonte zu besichtigen und er zu einer solchen Besichtigung zugesagt hätte, könnte daraus nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte 2 über die Situation betreffend Hangrutschungen ausreichend informiert wurde.

Der Hauptbeweis gemäss Ziff. 1 ist demnach als gescheitert zu betrachten. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerinnen die Beklagte 2 über die Bewegungen des Hanges nicht vollumfänglich informiert haben.

e) Im Folgenden ist somit von der Tatsache auszugehen, dass der Hang sich bei Offertstellung der Beklagten 2 bereits in Bewegung befand, was damals der Besteller (die Klägerinnen), nicht aber der Unternehmer (die Beklagte 2) wusste.

Nach SIA-Norm 118 besteht der Mangel eines Werkes entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch) (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). Eine vereinbarte Eigenschaft beruht auf einer besonderen Vertragsabrede, in welcher die Parteien (ausdrücklich oder stillschweigend) übereinkommen, dass das geschuldete Werk eine bestimmte (durch Abrede festgelegte) Eigenschaft aufweisen müsse. Jede Eigenschaftsvereinbarung setzt sich aus übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien zusammen (Art. 1 Abs. 1 OR). Fehlt eine solche Vereinbarung, so schuldet der Unternehmer ein Werk, das für den üblicherweise von einem solchen Werk erwarteten Gebrauch tauglich ist und das eine Werkqualität aufweist, die einer normalen Beschaffenheit entspricht (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 166 Nr. 6 und Nr. 7).

Vorliegend behaupten die Klägerinnen nicht, dass sie sich mit der Beklagten 2 ausdrücklich darauf geeinigt hätten, dass das Ankersystem für einen sich bereits in Bewegung befindlichen Hang tauglich sein müsse. Eine solche Einigung ist denn auch der schriftlichen Offerte und der Auftragsbestätigung nicht zu entnehmen. Die unbestrittene Untauglichkeit der Selbstbohranker für die Hangsicherung der Überbauung F.\_\_\_\_\_ kann damit nicht als Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft qualifiziert werden. Zu prüfen bleibt, ob die Klägerinnen auch ohne besondere Vereinbarung und ohne entsprechende Information der Beklagten 2 über die Hangbewegungen und die vorhandenen geotechnischen und geologischen Erkenntnisse über die Bauparzelle und das angrenzende Gebiet davon ausgehen durften, dass das Ankersystem auch für einen sich bereits in Bewegung befindlichen Hang tauglich sein müsse.

Das Privatgutachten der CD.\_\_\_\_\_ AG vom 4. Oktober 2005 (act. 4/53), auf welches sich die Klägerinnen ohne Einschränkung berufen und abstützen (act. 1 S. 5 Ziff. 6, act. 33 S. 9 f. Ziff. 3, ferner act. 1 S. 16 ff. Ziff. 18 ff. insbesondere S. 17 Ziff. 19, S. 18 Ziff. 19, S. 21 f. Ziff. 21, S. 22 f. Ziff. 22, act. 33 S. 22 f. Ziff. 6, S. 24 Ziff. 7, S. 34 Ziff. 9, S. 63 ff. Ziff. 19 ff. , S. 64 Ziff. 20, S. 67 Ziff. 21), hält unmiss-

verständlich fest, dass bei der Beurteilung der Lösungsmöglichkeiten für die Hangsicherung bei der Erstellung der Überbauung F.\_\_\_\_\_ die besonderen Baugrundverhältnisse zu berücksichtigen waren, unter anderem die Tatsache, dass sich zum Zeitpunkt, als der Beschluss zur Ausführung der Hangsicherung gefasst worden war, das Gelände als Folge des bislang getätigten Voraushubs bereits leicht im Gleiten befand (act. 4/53 S. 38 Ziff. 4.3.1). Es erwähnt drei verschiedene Sicherungsvarianten mit Ankern (verankerte, gebohrte Rühlwand mit vorgespannten Litzenankern, Spritzbeton-Ankerwand mit vorgespannten Litzenankern, Spritzbeton-Ankerwand mit Selbstbohr-Vollverbundankern) und hält zur letzten Variante Folgendes fest: "Eine Spritzbeton-Ankerwand mit Selbstbohr-Vollverbundankern ist ungeeignet, um einen bereits gleitenden Hang unter Kontrolle zu bringen. Selbst bei richtiger Bemessung und konstruktiver Durchbildung dürfte diese Variante zur Stabilisierung eines gleitenden Hangs kaum geeignet sein. Bezogen auf den betrachteten Fall <Hanggleitung Überbauung F.\_\_\_\_\_> haben Selbstbohr-Vollverbundanker gegenüber vorgespannten Litzenankern gravierende Nachteile. Die Vorteile dieses Systems liegen allenfalls auf der wirtschaftlichen, die Nachteile auf der technischen Seite. Unter anderen geotechnischen Randbedingungen (Hang in Ruhe) können Vollverbundanker Vorteile haben, beim Einsatz auf der Baustelle Überbauung F.\_\_\_\_\_ überwiegen aber ganz klar die Nachteile [...]" (act. 4/53 S. 40 Ziff. 4.3.2.).

Das Privatgutachten der CD.\_\_\_\_\_ AG vom 20. Oktober 2005 (act. 4/53), auf welches sich die Klägerinnen berufen, stellt somit für die Tauglichkeit eines bestimmten Ankersystems auf die konkreten geotechnischen Verhältnisse und insbesondere darauf ab, ob der zu sichernde Hang im Zeitpunkt der Ausführung der Hangsicherung ruht oder sich bereits in Bewegung befindet.

Daraus erhellt, dass eine bestimmte Hangsicherung üblicherweise nur für ganz bestimmte Hangverhältnisse, die vorab zu klären sind und über welche der Unternehmer selbstredend zu informieren ist, tauglich ist. Dementsprechend durften die Klägerinnen die Eigenschaft der Tauglichkeit des Ankersystems für einen in Bewegung befindlichen Hang ohne besondere Vorinformationen und Vorgaben nicht erwarten. Damit stellt das untaugliche Ankersystem der Beklagten 2, welches die-

se in Unkenntnis der Umstände der Verhältnisse am Hang (Hang bereits in Bewegung und geologische und geotechnische Daten) offeriert und ausgeführt hat, keinen Mangel im Sinne von Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118 dar. Den Klägerinnen stehen diesbezüglich von vornherein keine Mängelrechte und auch kein Schadenersatz zu.

f) Was die behaupteten Mängel in der Ausführung der Anker betrifft, so kommt das Privatgutachten der CD. \_\_\_\_\_ AG, auf welches sich die Klägerinnen berufen, wie erwähnt zum Schluss, dass eine Spritzbeton-Ankerwand mit Selbstbohr-Vollverbundankern unter den gegebenen geotechnischen Umständen selbst bei richtiger Bemessung und konstruktiver Durchbildung kaum zur Stabilisierung des Hanges geeignet sein dürfte. Im Rahmen der Gesamtbeurteilung wird im Privatgutachten der CD. \_\_\_\_\_ AG sodann Folgendes ausgeführt: "In der Gesamtbeurteilung ist zu berücksichtigen, dass die Verankerung auch versagt hätte, wenn die Anker gemäss den Anforderungen des Projektverfassers ausgeführt worden wären, d.h. wenn die Anker einen genügenden Widerstand  $R_{ad} \geq 370$  kN und eine genügende Verankerungslänge im Molassefels  $l_v \geq 5$  m aufgewiesen hätten. Die Verankerung hätte sogar mit grosser Wahrscheinlichkeit versagt, wenn die theoretisch mobilisierbare Ankerkraft  $A_d$  nicht 296 kN/m' (Vorgabe Projektverfasser), sondern den doppelten Wert betragen hätte. Es wurde ein falsches Ankersystem gewählt. Die technischen Nachteile des gewählten Systems hätten auch mit mehr und/oder tragfähigeren Ankern nicht kompensiert werden können" (act. 4/53 S. 46 Ziff. 4.5, vgl. auch S. 62 Frage 1).

Die korrekte Ausführung des falsch gewählten Ankersystems wäre nach dem Privatgutachten der CD. \_\_\_\_\_ AG also nicht geeignet gewesen, den Hang zu sichern. Diese privatgutachterliche Einschätzung ist wichtig für die Beurteilung der Kausalität der behaupteten Mängel in der Ausführung der Anker für den behaupteten Schaden: Soweit Handlungen in Frage stehen, ist der natürliche Kausalzusammenhang nämlich immer dann gegeben, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen, die Handlung mithin *conditio sine qua non* des Schadens ist. Im Rahmen der natürlichen Kausalität muss der schädigende Vorgang nicht die alleinige Ursache des

Schadens sein. Es genügt, wenn das fragliche Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen - i.S. einer Teilursache - den Schaden bewirkt hat. Allerdings muss diese Teilursache genügend bedeutsam sein, um für sich allein als *conditio sine qua non* des Schadens zu gelten (Brehm, Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, Bern 2006, Art. 41 N 106 und N 109 f.; Art. 97 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 41 OR). Aus den erwähnten privatgutachterlichen Ausführungen, auf welche sich die Klägerinnen berufen (act. 33 S. 64 f. Ziff. 20, ferner S. 97 f. Ziff. 23), und welchen sich die Beklagte 2 anschliesst (act. 42 S. 129 Ziff. 23), erhellt, dass die Art der Ausführung der Anker im Rahmen des untauglichen Ankersystems eine vernachlässigbare oder sogar gar keine Rolle gespielt hätte. Daraus ergibt sich in rechtlicher Hinsicht wiederum, dass allfällige Mängel in der Ausführung der Anker - immer im Rahmen der Verwendung des falschen Ankersystems - keine genügend bedeutsame Teilursache für die ausgebliebene Effektivität der Hangsicherung darstellen würden. Damit fehlt aber schon der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Mängeln in der Ausführung der Anker und dem behaupteten Schaden. Damit kann die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten 2 hinsichtlich der behaupteten Mängel in der Ausführung der Anker unterbleiben.

#### 2.3.6 Vorbehalte der Beklagten 2 zur Ausführbarkeit; Ergebnis

Da eine Haftung der Beklagten 2 bereits aufgrund der vorstehend erläuterten Gründe nicht bejaht werden kann, braucht das Argument der Beklagten 2, sie habe Vorbehalte zur Ausführbarkeit der Anker abgegeben, nicht zusätzlich geprüft zu werden.

Die klägerische Forderung auf Zahlung von Schadenersatz aus Werkmängelhaftung ist abzuweisen.

### 2.4. Haftung für Mängel unter SIA-Norm 118: Rückforderung des Werklohnes im Besonderen

#### 2.4.1. Wandelungserklärung der Klägerinnen

Die Klägerinnen begründen ihren mit der Replikschrift geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von CHF 235'000 gegenüber der Beklagten 2 damit, dass der Rückforderungsanspruch nicht mehr als Schadensbetrag geltend gemacht werde. Die Beklagte 2 sei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen, das von ihr gelieferte Werk sei zum Gebrauch untauglich und es sei sowohl die Wandelung gerechtfertigt als auch ein Minderwert, der dem vollen Werklohn entspreche, so dass die Beklagte 2 keinen Werklohn verdient habe und das bereits Erhaltene zurückgeben müsse (act. 33 S. 3 Ziff. 2). Andernorts führen sie aus, das Werk im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR sei für sie gänzlich und definitiv unbrauchbar gewesen. Damit sei das Werk auch nie abgenommen worden und spätestens durch das Schreiben vom 7. März 2005 (act. 4/42) sei die Wandelung erklärt, das bereits Bezahlte zurückgefordert und Schadenersatz geltend gemacht worden. Die Minderung sei 100-prozentig und deshalb könne nur die Wandelung zutreffend sein (act. 33 S. 119 und S. 120 Ziff. 27).

Die Beklagte 2 bestreitet, dass die Klägerinnen bereits mit Schreiben vom 7. März 2005 die Wandelung geltend gemacht hätten (act. 42 S. 117 f. zu Ziff. 27), sie geht aber auch davon aus, dass die Klägerinnen mit ihrer Replikschrift eine Wandelungserklärung abgegeben haben (act. 42 S. 5 Ziff. 12).

Die Ausführungen der Klägerinnen sind als Ausübung des Wandelungsrechts zu verstehen, wobei offen bleiben kann, ob die Wandelungserklärung bereits mit Schreiben vom 7. März 2005 oder erst mit der Replikschrift erfolgt ist.

#### 2.4.2. Mängelrechte im Überblick

Die SIA-Norm 118 sieht ein vom Obligationenrecht abweichendes Konzept der Mängelrechte vor: Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171 SIA-Norm 118) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren oder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Minderung, Art. 368 Abs. 2 OR)

oder vom Vertrag zurückzutreten (Wandelung, Art. 368 Abs. 1 und 3 OR) (Art. 169 SIA-Norm 118).

Die Nachbesserung hat somit den Vorrang, wodurch die gesetzliche Freiheit des Bauherrn, bei gegebenen Voraussetzungen zwischen Nachbesserung, Minderung und Rücktritt (Wandelung) zu wählen (Art. 368 OR) eingeschränkt wird (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 169 Nr. 7; BGE 116 II 450, 453). Die übrigen Mängelrechte, Minderung und Wandelung, stehen dem Besteller somit zunächst nicht alternativ zur Verfügung (BGE 116 II 450, 453).

Ein Bauherr, der die Regel des Art. 169 Abs. 1 missachtet, indem er einen Mangel selber beseitigt oder durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, handelt auf eigene Kosten und Gefahr. Weder hat er einen Anspruch auf Kostenersatz, noch kann er wegen des betreffenden Mangels die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 169 Nr. 7; BGE 110 II 52, 52 f.; BGE 116 II 305, 311 f.; BGE 4C.91/2006 vom 29. Mai 2006 E. 2-4). Er hat seine übrigen Mängelrechte, Wandelung und Minderung, mithin verwirkt (BGE 116 II 450, 453 f.).

Es gibt lediglich zwei Ausnahmen zu diesem Vorrang des Nachbesserungsrechts: Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hiezu offensichtlich nicht imstande, so stehen dem Bauherrn die Mängelrechte gemäss Abs. 1 Ziff. 1-3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118; BGE 4C.91/2006 vom 29. Mai 2006 E. 2-4).

Eine ausdrückliche Weigerung ist eine deutliche und entschiedene Weigerung. Sie kann mündlich oder schriftlich und auch in der Weise erfolgen, dass der Unternehmer das Vorliegen eines (Werk-)Mangels oder seine Haftung für den Mangel endgültig bestreitet (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 169 Nr. 30). Zur Verbesserung offensichtlich nicht imstande ist der Unternehmer dann, wenn klar zu Tage liegt, dass er unfähig ist, einen bestimmten (Werk-)Mangel überhaupt, sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist zu beheben. Die Gründe für seine Unfähigkeit sind unerheblich. Diesem subjektiven Unvermögen des Unternehmers

gleichzusetzen ist der in Art. 169 Abs. 2 unregelmelte Fall, dass sich eine Verbesserung als objektiv unmöglich erweist, also auch von einem beliebigen Dritten nicht erbracht werden könnte (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 169 Nr. 32). In diesen beiden Fällen kann der Bauherr seine Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 noch vor Ablauf einer angemessenen Verbesserungsfrist ausüben. Hat der Unternehmer die Verbesserung von vornherein verweigert oder ist seine Unfähigkeit von Anfang an offensichtlich, so stehen dem Bauherrn die Mängelrechte so gleich (ohne Fristansetzung) zu (Gauch, SIA-Norm 118, Art. 169 N 34).

Auch unter dem Regime der SIA-Norm 118 hat der Bauherr die Mängel aber zu rügen (Art. 173 SIA-Norm 118), und zwar sofort nach der Entdeckung des Mangels, ansonsten er für den vermeidbaren späteren Schaden selber aufkommen muss (Art. 173 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118; Gauch, SIA-Norm 118 Art. 173 Nr. 5). Er hat dem Unternehmer alsdann - abgesehen von den erwähnten Ausnahmen - eine angemessene Frist zur Verbesserung eines gerügten Mangels anzusetzen (Art. 174 Abs. 2 SIA-Norm 118).

#### 2.4.3. Parteibehauptungen

a) Die Klägerinnen behaupten, am 29. Dezember 2004 hätten die acht Kontrollmesspunkte eine erhöhte Verschiebung mit wiederum zunehmendem Verlauf gezeigt. Dies habe dazu geführt, dass von den Klägerinnen am 3. Januar 2005 die OP.\_\_\_\_\_ AG beigezogen worden sei und der Experte die Situation zu beurteilen gehabt habe. Auf Empfehlung dieses Experten sei als Sofortmassnahme die Baugrube im hangseitigen Bereich wieder aufgefüllt worden. Gleichzeitig sei die Ausführung einer verankerten Rühl- und Pfahlwand zur Sicherung des Geländes beschlossen worden. Bereits am Tag darauf sei die Wiederauffüllung der Baugrube mit 2'200 m<sup>3</sup> Deponiematerial zur Stabilisierung des Hangrutsches ausgeführt worden. Die Auffüllarbeiten hätten am 5. Januar 2005 geendet. Die Sicherung des Wohnhauses PQ.\_\_\_\_\_ sei auf Anraten der Beklagten 1 erfolgt, indem zwei Stützriegel mit Zug- und Druckklanzeln unterhalb und oberhalb des Wohnhauses PQ.\_\_\_\_\_ ausgeführt worden seien. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2004 (act. 4/39) hätten die Klägerinnen die Beklagte 1 darauf hingewiesen, dass sie über die Hangentwicklung besorgt seien und das von der Be-

klagten 1 vorgeschlagene Sicherungssystem dem Rutschverlauf in keiner Weise entsprechen würde. Sie hätten auch angewiesen, dass die von der Beklagten 1 vorgeschlagenen Sicherungen zum Schutze des Hauses PQ.\_\_\_\_\_ unverzüglich ausgeführt werden sollten und zwar aufgrund der Anweisungen der Beklagten 1 (act. 1 S. 13 Ziff. 14). Nachdem die Baugrube wieder aufgefüllt worden sei, sei eine starke Beunruhigung (recte wohl: Beruhigung) der Hangverschiebungen eingetreten. Es seien nachträglich noch Drainagebohrungen zur Entlastung des Hanges ausgeführt worden. Am 28. Januar 2005 seien an den durch die Beklagte 2 eingebrachten Ankern durch die Firma QR.\_\_\_\_\_ AG Spannproben ausgeführt worden. Die Spannresultate vom 15. Februar 2005 würden zeigen, dass entweder die Anker die Spannproben nicht erfüllt hätten (26%), die Abhebekraft ungenügend gewesen sei oder dass die Ankermuttern blockiert und/oder nicht kraftschlüssig gewesen seien (40%). Mit Schreiben vom 7. März 2005 (act. 4/42) hätten die Klägerinnen aufgrund der Messergebnisse gegenüber der Beklagten 2 die mangelhafte Vertragsausführung bzw. Einbringung der Verankerung gerügt. Es sei festgestellt worden, dass kein einziger Anker gemäss Ausschreibung erstellt worden und damit eigentlich die Arbeit nutzlos gewesen sei. Eine noch deutlichere konkrete Mängelrüge habe wohl nicht angebracht werden können (act. 1 S. 12 f. Ziff. 13-16).

b) Die Beklagte 2 behauptet, in der Zeitperiode vom 29. November bis am 21. Dezember 2004 habe sie insgesamt 78 Anker ... gebohrt und injiziert. Nach dem 21. Dezember 2004 sei es zu horizontalen Verschiebungen bis zu 70 cm gekommen, namentlich auch mit Schadenfolge auf der höher gelegenen Parzelle .... In der Folge hätten die Klägerinnen bei der Beklagten 2 folgende Zusatzarbeiten in Auftrag gegeben: Zusätzliche Verankerungen (Nr. 79-90), Erstellung von drei Betonriegeln (einer auf Parzelle ..., zwei auf Nachbarparzelle ...), Sondierbohrungen auf Parzellen ... und ..., Anbringen von Inklinometern und Entwässerungsbohrungen. Die Aufträge zu diesen Zusatzarbeiten seien anlässlich einer "Krisensitzung" am 3. Januar 2005 durch Herrn T.\_\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_\_ AG) erfolgt. Angesichts der Dringlichkeit der Arbeiten sei beidseitig auf Schriftlichkeit verzichtet worden. Es hätten die gleichen Bedingungen wie nach der zum Vertrag gewordenen Offerte vom 20. November 2004 gelten sollen (act. 16 S. 18 Ziff. 12.10).

Die Beklagte 2 bestreitet sodann nicht, dass die Klägerinnen auf Anraten der OP.\_\_\_\_\_ AG die Baugrube am 4./5. Januar 2005 wieder aufgefüllt haben (act. 16 S. 19 zu Ziff. 13). Sie bestreitet auch nicht, dass die Klägerinnen der Beklagten 1 gegenüber mit Schreiben vom 30. Dezember 2004 ihre Besorgnis mitgeteilt haben, ergänzt aber, dass diese Besorgnis der Beklagten 2 nicht mitgeteilt worden sei, was zeige, dass es die Beklagte 1 gewesen sei, welche für das Hangsicherungskonzept verantwortlich gewesen sei (act. 16 S. 19 Ziff. 14). Schliesslich bestreitet die Beklagte 2 auch nicht die Ausführung von Spannproben an den von ihr eingebrachten Ankern am 28. Januar 2005, ebenso wenig das Vorliegen der Messergebnisse am 15. Februar 2005 und das klägerische Schreiben vom 7. März 2005 mit dem Vorwurf der nicht vertragsgemässen Ausführung der Anker (act. 16 S. 20 f. insbes. Ziff. 16.3).

c) Auf die Behauptung der Beklagten 2, am 3. Januar 2005 hätten die Klägerinnen noch Zusatzarbeiten an sie vergeben (act. 16 S. 18 Ziff. 12.10), hin replizieren die Klägerinnen einzig, zu diesem Zeitpunkt sei der grösste Teil des Schadens bereits eingetreten gewesen (act. 33 S. 50). Offenbar leiten sie aus der Ausführung dieser Zusatzarbeiten keine Mängelrechte ab. Dies steht denn auch in Einklang mit der klägerischen Behauptung, der Schaden sei Ende Dezember 2004 entstanden (act. 33 S. 100). Die Klägerinnen bestreiten sodann nicht, dass ihr Schreiben vom 30. Dezember 2004 an die Beklagte 1 nicht an die Beklagte 2 versandt worden ist (act. 33 S. 56 ff. Ziff. 15).

Andernorts führen die Klägerinnen aus, da die von den Beklagten 1 und 2 offerierte Hangsicherung nichts gefruchtet habe, habe die Beklagte 1 zur Sicherung des Hanges um das Haus PQ.\_\_\_\_\_ weitere Sicherungsmassnahmen in Form von Betonriegeln vorgeschlagen. Durch die Beklagte 2 seien diese Betonriegel eingebracht worden. Beides habe aber nichts genützt, da die Hangsicherung, welche vorgängig eingebracht worden sei, ungeeignet und mangelhaft gewesen sei, sowie die Projektierung auf falschen Grundlagen beruht habe. Die Betonriegel, welche die Beklagte 1 zusätzlich geplant und die Beklagte 2 zusätzlich eingebracht habe, seien in der Folge teilweise im Bereich der Garageneinfahrt weggerutscht (act. 33 S. 56 f. Ziff. 15).

Schliesslich tragen die Klägerinnen auf die Behauptung der Beklagten 2, sie habe eine Abmahnung vorgenommen und gefordert, dass die Aushubarbeiten gestoppt würden, vor, dies stimme nicht. Die Klägerinnen hätten nie eine derartige Abmahnung erhalten, weder von der Beklagten 1 noch von der Beklagten 2. Es sei doch festzuhalten, dass die Beklagte 2 zusammen mit der Beklagten 1 für die Hangsicherung und damit auch dafür zuständig gewesen sei, dass die Baugrube nicht ins Rutschen komme. Sie hätten unbeirrt an ihrem System und an ihrem Werkvertrag sowie an der Bauleitung festgehalten, obwohl von Anfang das Ankersystem untauglich gewesen sei und die Ausführungen derart mangelhaft gewesen seien, dass sie die Rutschungen eher gefördert als verhindert hätten. Die Beklagte 2 wie auch die Beklagte 1 wären tatsächlich gehalten gewesen, sobald sie gemerkt hätten, dass ihre Arbeiten mangelhaft gewesen seien und das von ihnen versprochene Ankersystem ungeeignet sei, das Notwendige vorzukehren und tatsächlich nicht nur abzumahnern, sondern den Auftrag, die Baugrube aufzufüllen, selbst zu erteilen. Aufgrund ihrer Fehlleistungen in allen Teilen seien sie dazu gar nicht im Stande gewesen. Offenbar würden die Beklagte 2 und die Beklagte 1 heute noch glauben, dass sie alles richtig gemacht hätten und das Hangsicherungssystem grundsätzlich geeignet gewesen wäre. Der eingetretene Schaden und das Gutachten der CD.\_\_\_\_\_ AG würden das Gegenteil bestätigen (act. 33 S. 51 f. Ziff. 14).

d) Die Beklagte 2 beharrt duplicando - unter Hinweis auf frühere detaillierte Äusserungen - auf ihrem Standpunkt, dass sie abgemahnt habe. Sie bestreitet sodann, dass sie zusammen mit der Beklagten 1 für die Hangsicherung zuständig gewesen sei; richtig sei, dass ihr die Ausführung obliegen sei und der Beklagten 1 die Erarbeitung des Ausführungsprojektes der Baugrubensicherung sowie die Fachbauleitung. Die Beklagte 2 habe keinerlei Pflichtverletzung begangen (act. 42 S. 71 f. zu Ziff. 14).

Die Beklagte 2 bringt im Weiteren vor, wenn man - wie die Klägerinnen und entgegen ihrer eigenen Ansicht - davon ausgehen würde, dass die SIA-Norm 118 auf das Vertragsverhältnis zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 2 anwendbar sei, Art. 169 SIA-Norm 118 gälte und die Mängelrechte vorerst auf die Nachbes-

serung beschränkt wären. Die Klägerinnen würden nicht einmal behaupten, dass sie die Beklagte 2 jemals zur Nachbesserung aufgefordert hätten. Stattdessen würden sie nun geltend machen, dass sie die angeblichen Folgeschäden dieser "Mängel" anderweitig behoben hätten und dafür eine Schadenersatzforderung geltend machen. Die Klägerinnen hätten auch nicht behauptet, dass eine Nachbesserung durch die Beklagte 2 unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre. Dementsprechend würden ihnen keine Mängelrechte gegenüber der Beklagten 2 mehr zustehen, weil sie den Vorrang des Nachbesserungsrechts gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 verletzt hätten (act. 42 S. 127 f. Ziff. 18-20).

#### 2.4.4. Vorrang des Nachbesserungsrechts

a) Vorab ist daran zu erinnern, dass das untaugliche Ankersystem der Beklagten 2, welches diese in Unkenntnis der Umstände der Verhältnisse am Hang offeriert und ausgeführt hat, keinen Mangel im Sinne von Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118 darstellt und den Klägerinnen diesbezüglich von vornherein keine Mängelrechte zustehen (vorne Ziff. 2.3.5 lit. e). Eine Wandelung des Werkvertrages mit Blick auf die Untauglichkeit des Ankersystems entfällt.

Ferner wurde bereits ausgeführt, dass allfällige Mängel in der Ausführung der Anker - immer im Rahmen der Verwendung des falschen Ankersystems - keine genügend bedeutsame Teilursache für die ausgebliebene Effektivität der Hangsicherung darstellen (vorne Ziff. 2.3.5 lit. f). Ob eine Wandelung des Werkvertrages mit Blick auf allfällige Mängel in der Ausführung der Anker unter diesen Umständen überhaupt noch zur Diskussion stehen kann, erscheint zweifelhaft. Wie sogleich zu zeigen sein wird, scheitert die Wandelung des Werkvertrages wegen allfälliger Mängel in der Ausführung der Anker aber jedenfalls an der klägerischen Missachtung des Vorrangs des Nachbesserungsrechts.

b) Aufgrund der Sachdarstellung der Parteien ist unstreitig, dass die Klägerinnen die Beklagte 2 niemals unter Formulierung einer gehörigen Mängelrüge zur Nachbesserung der Hangsicherung aufgefordert haben, weder im Hinblick auf die Tauglichkeit des Ankersystems noch im Hinblick auf die - hier einzig noch zur Diskussion stehende - Ausführung der Anker. Die Klägerinnen machen auch nicht geltend, die Zusatzarbeiten hätten der Nachbesserung des Werkes im Sinne der Mängelbeseitigung (und erst recht nicht der Beseitigung allfälliger Mängel in der Ausführung der Anker) gedient. Ebenso wenig behaupten die Klägerinnen hinreichend detailliert, die Beklagte 2 habe sich deutlich und entschieden geweigert, eine Nachbesserung vorzunehmen, oder sie sei dazu offensichtlich nicht imstande gewesen, indem deutlich zu Tage getreten sei, dass die Beklagte 2 unfähig gewesen sei, die Mängel der Hangsicherung und daselbst insbesondere in der Ausführung der Anker überhaupt, sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist zu beheben. Schliesslich behaupten die Klägerinnen auch nicht, dass eine Nachbes-

serung objektiv unmöglich gewesen sei, insbesondere nicht im Hinblick auf die behaupteten Mängel in der Ausführung der Anker. Der - von den Klägerinnen anscheinend gewünschte - Auftrag zur Wiederauffüllung der Baugrube als Sofortmassnahme zwecks Prüfung des weiteren Vorgehens hätte ohne Weiteres von der Beklagten 2 ausgehen können, wenn die Klägerinnen sie unter Hinweis auf das Versagen der Hangsicherung zur Vorkehrung geeigneter Massnahmen aufgefordert hätten.

Bei dieser tatsächlichen Ausgangslage steht fest, dass die Klägerinnen den Vorrang des Nachbesserungsrechts der Beklagten 2 im Sinne von Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht beachtet haben und dass auch kein Ausnahmetatbestand zum Vorrang des Nachbesserungsrechts im Sinne von Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 vorliegt.

Damit haben die Klägerinnen ihre Ansprüche auf Wandelung und Minderung unter dem Regime der SIA-Norm 118 verwirkt, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mängel in der Ausführung der Anker.

Der in der Replikschrift (nach Ansicht der Klägerinnen erneut) erklärte Rücktritt vom Werkvertrag vom 20./23. November 2004 zeitigt daher keinerlei Rechtswirkungen. Den Klägerinnen steht kein Anspruch auf Rückleistung des bereits bezahlten Werklohns von CHF 235'000 gegenüber der Beklagten 2 zu.

## 2.5. Zusammenfassung

Der klägerische Anspruch auf Zahlung von Schadenersatz aus Werkmängelhaftung ist abzuweisen, weil das untaugliche Ankersystem der Beklagten 2, welches diese in Unkenntnis der Umstände der Verhältnisse am Hang offeriert und ausgeführt hat, keinen Mangel im Sinne von Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118 darstellt und weil allfällige Mängel in der Ausführung der Anker - immer im Rahmen der Verwendung des falschen Ankersystems - keine genügend bedeutsame Teilursache für die ausgebliebene Effektivität der Hangsicherung darstellen und diesbezüglich

der natürliche Kausalzusammenhang zwischen allfälligen Mängeln und dem behaupteten Schaden fehlt.

Der klägerische Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns ist zufolge klägerischer Missachtung des Vorrangs des Nachbesserungsrechts im Hinblick auf allfällige Mängel in der Ausführung der Anker und damit Verwirkung des Rechts auf Wandelung des Werkvertrages abzuweisen.

Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf den Antrag der Beklagten 2 um Ergänzung des Sachverhaltes (act. 105) nicht weiter einzugehen.

## VI.

### **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Klägerinnen verlieren den Prozess gegen die Beklagte 2. Sie werden für dieses Teilurteil kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Der Streitwert für die Klage der Klägerinnen gegen die Beklagten beläuft sich auf CHF 1'735'000.--.

Die Gerichtsgebühr für dieses Teilurteil richtet sich nach der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007 (vgl. § 18 und § 19 GerGebVO). Bei deren Bemessung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Klägerinnen drei Beklagte aus unterschiedlichen Rechtsgründen gleichzeitig ins Recht fassen und ihre unübersichtlichen Rechtschriften die Arbeit stark erschwert haben, sodass das Verfahren sich als sehr aufwendig erwiesen hat (vgl. § 9 GerGebVO). Ferner ist zu berücksichtigen, dass zwei Beschlüsse betreffend die Vereinigung und die Abtrennung/Vereinigung (act. 21 und act. 58) zu fällen waren und ein Beweisverfahren durchgeführt worden ist. Schliesslich ist zu beachten, dass Teile der Kosten be-

reits mit Teilurteil vom 13. Oktober 2008 (act. 61) und mit Teilurteil vom 13. Dezember 2008 (act. 65) verlegt worden sind.

Die Prozessentschädigung für dieses Teilurteil richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 31. März 2006 (vgl. § 18 Abs. 2 und § 19 AnwGebVO). Bei deren Bemessung ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte 2 neben ihren beiden Rechtsschriften im Hauptverfahren je eine Eingabe zur Beweisantretung und Beweiswürdigung sowie weitere Eingaben erstattet hat und der Beweisverhandlung beigewohnt hat. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 Nr. 76).

## VII.

### **Streitwert für Rechtsmittel an das Bundesgericht**

Alle Entscheide, welche nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) ergangen sind, unterliegen dessen Rechtsmittelordnung (Art. 132 Abs. 1 ÜBBest. BGG). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist der Streitwert anzugeben (Art. 112 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 74 BGG).

Der Streitwert bestimmt sich bei Beschwerden gegen Teilentscheide nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz, welche den Teilentscheid getroffen hat, streitig waren (Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG). Mehrere in einer vermögensrechtlichen Sache von der gleichen Partei oder von Streitgenossen geltend gemachte Begehren werden zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 52 BGG). Für den Streitwert der einzelnen Begehren kann auf die vorstehenden Ausführungen (vorne Ziff. VI) verwiesen werden. Der für Rechtsmittel an das Bundesgericht massgebende Streitwert beläuft sich auf CHF 1'735'000.--.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage gegen die Beklagte 2 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 46'000.--.
3. Die Kosten für dieses Teilurteil werden den Klägerinnen je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag.
4. Die Klägerinnen werden unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag verpflichtet, der Beklagten 2 je eine Prozessentschädigung von CHF 39'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Matthias-Christoph Henn