

# Mängelrüge bei Planmängeln – eine andere Einschätzung der «Sennhof»-Urteile

Franz-Xaver Ulrich, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Zürich

## I. Einleitung

Die «Sennhof»-Urteile des Bundesgerichts<sup>1</sup> gehören zu jenen seltenen Entscheidungen, die nicht nur die Aufmerksamkeit der Fachwelt erweckten, sondern auch von den Medien aufgegriffen und schliesslich zum Politikum erhoben wurden.<sup>2</sup>

Entsprechend seiner konstanten Rechtsprechung führte das Bundesgericht aus, der zu beurteilende Ingenieurvertrag sei als gemischter Vertrag mit Verpflichtungen werkvertraglicher und solchen auftragsrechtlicher Natur zu qualifizieren.<sup>3</sup> Im konkreten Fall betrafen die im Fokus stehenden Fehler werkvertragliche Leistungen. Das Bundesgericht ordnete sie deshalb bezüglich der Haftungsfrage den werkvertraglichen Normen zu.<sup>4</sup> Zumal die gesetzliche, sofortige Rügepflicht dispositiver Natur ist, prüfte das Bundesgericht zunächst, ob eine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.

Der vorliegende Ingenieurvertrag enthielt in seinem Art. 6 Abs. 3 folgende Bestimmung:

«Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert 5 Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel kann der Auftraggeber während der ersten 2 Jahre nach der Abnahme jederzeit rügen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen.»

Zudem hatten die Parteien die Ordnung SIA 103<sup>5</sup> (Ausgabe 2003) vereinbart, deren Art. 1.11.21 folgende Regelung enthält:

«Ansprüche aus Mängeln des Bauwerkes verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes beziehungsweise des Werkteils zu laufen. Solche Mängel können während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort

nach der Entdeckung zu rügen. Den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden trägt der Auftraggeber selber.»

Im Ergebnis bestätigte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass mit Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags keine abweichende Regelung für die Rüge von Planmängeln getroffen worden sei. Entsprechend der Auffassung der Vorinstanz werde aus dem Kontext unmissverständlich klar, dass sich die Formulierung «solche Mängel» nur auf Mängel des unbeweglichen Bauwerks beziehen würde. Nicht geregelt sei damit aber die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterscheidenden Planmängel. Deshalb gelte für diese mangels anderer Parteiabrede weiterhin die im Obligationenrecht verankerte Pflicht der «sofortigen» Rüge.

Es stellt sich die Frage, ob diese Erkenntnis generell auch auf den nahezu wortgleichen Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 übertragen werden kann. Die Auswirkungen wären kaum zu überschätzen. Bisher bestand die verbreitete Auffassung, dass Planmängel unter Anwendung der Ordnungen SIA 102 und 103 keiner sofortigen, separaten Rüge an den Planer bedürften, sofern sie zu Bauwerksmängeln führen. Entsprechend wurde kaum je eine solche Mängelrüge an den Planer gerichtet. Würde nun gleichwohl eine sofortige Rügepflicht angenommen, hätten die Bauherren in all diesen Fällen sämtliche Mängelrechte verloren. Wenn die Begründungen der «Sennhof»-Urteile nun auf die Ordnungen SIA 102 und 103 übertragen würden, käme dies faktisch einer Generalamnestie für Planungsfehler gleich.

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf Planmängel, die zu Bauwerksmängeln führen. Ausgeklammert wird der Fall von Planmängeln, die nicht zu einem Bauwerksmangel führen.

## II. Die «Sennhof»-Urteile<sup>6</sup>

### 1. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigt nicht, dass in Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags tatsächlich die Rüge für Planmängel nicht geregelt sei.<sup>7</sup> Vielmehr beschränkt sich das Bundesgericht auf die Wiedergabe der Erwägungen der Vorinstanz und die Feststellung, dass kein Bundesrecht

<sup>1</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012); BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012).

<sup>2</sup> STÖCKLI, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, in: BR 2012, S. 213 f.; mit Hinweisen auf Beiträge in den Medien: SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193 ff.; Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 12.502 – Parlamentarische Initiative «Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht».

<sup>3</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 3; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 4.

<sup>4</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 3; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 4.

<sup>5</sup> Ordnung SIA 103 für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 1.

<sup>7</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 5.4; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 6.4.

verletzt wurde. Das bedeutet indessen keineswegs, dass das Bundesgericht dem Auslegungsergebnis zustimmt, sondern lediglich, dass die Auslegung der Vorinstanz rechtlich haltbar ist, soweit sie überhaupt gerügt wurde. Es rechtfertigt sich daher, einen Blick auf die Begründung der Vorinstanz zu werfen.

## 2. Erwägungen der Vorinstanz

Den «Sennhof»-Urteilen des Bundesgerichts liegen die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich<sup>8</sup> vom 17. November 2011 zugrunde. Die Vorinstanz erwog, dass die Verjährungsfrist nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags nur für diejenigen Ansprüche geregelt sei, welche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerks entstehen. Führe ein Planmangel zu einem Bauwerksmangel, stelle der aus dem Bauwerksmangel erwachsene Schaden auch einen Mangel- folgeschaden des Planmangels dar. Deshalb umfasse die Bestimmung hinsichtlich der Verjährungsfrist auch den Anspruch auf Ersatz des Mangel- folgeschadens.<sup>9</sup>

Davon abzugrenzen sei die Regelung der Mängelrüge- frist. Nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags können «solche Mängel» – aus dem Kontext werde unmiss- verständlich klar, dass damit (nur) Mängel des unbeweg- lichen Bauwerks gemeint seien – während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nicht geregelt sei damit die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterschei- denden Planmängel. Mithin gelte für diese – mangels einer anderen Parteiabrede – weiterhin die im Obligation- enrecht verankerte Pflicht zur sofortigen Rüge. Die Parteien hätten sich nicht zu dieser Frage geäußert. Ein Auslegungsstreit sei damit nicht begründet worden.<sup>10</sup>

## 3. Analyse der Entscheide

**3.1** Bei der gerichtlichen Vertragsauslegung ist zuerst der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustel- len. Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach diesem wirkli- chen Willen, ungeachtet des Wortlauts des Vertrags. Erst wenn ein wirklicher Wille nicht mehr festgestellt werden kann, ist eine normative Auslegung vorzunehmen.<sup>11</sup> In beiden Fällen dient die gerichtliche Auslegung der Be- stimmung des vereinbarten Inhalts, soweit er strittig ist. Die Vertragsauslegung setzt daher stets einen Auslegungs- streit voraus.<sup>12</sup> Ein Auslegungsstreit liegt vor, wenn sich jede Partei auf eine Vertragswirkung von bestimmtem In- halt beruft und den von der Gegenpartei geltend ge- machten Inhalt bestreitet.<sup>13</sup>

**3.2** Vorliegend führte die Vorinstanz aus, dass Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags für die Mängelrüge von Planmängeln keine Regelung enthält. Sie hat damit eine normative Auslegung der Bestimmung nach dem Wort- laut vorgenommen. Zugleich hat sie darauf hingewiesen, dass sich die Parteien nicht einlässlich zu dieser Frage ge- äussert hätten und damit kein Auslegungsstreit begründet worden sei.<sup>14</sup>

Der Entscheid der Vorinstanz widerspricht damit in mehrfacher Hinsicht den Grundsätzen der Vertragsausle- gung. Soweit kein Auslegungsstreit bestand, weil sich die Parteien über den Inhalt des Vertrags einig waren, hätte sich die Vorinstanz an das von den Parteien übereinstim- mend geäußerte Verständnis des Vertrags halten müssen. Für eine Vertragsauslegung bestand von vornherein kein Raum und schon gar nicht für eine normative Auslegung. Soweit kein Auslegungsstreit bestand, weil sich keine der Parteien auf einen bestimmten Inhalt berufen hat, be- stand aufgrund der Verhandlungsmaxime keine Veranlas- sung, die nicht geltend gemachte vertragliche Bestim- mung überhaupt zu berücksichtigen. Nachdem für eine (normative) Vertragsauslegung von vornherein kein Raum und auch keine Veranlassung bestand, ist umso be- daunderlicher, dass sich die Vorinstanz bei der normativen Vertragsauslegung mit einer Buchstabenauslegung be- gnügt hat. Auch bei der normativen Auslegung ist nach dem Sinn einer Bestimmung zu forschen. Hierbei über- wiegt der Wortlaut zwar in der Regel die anderen Aus- legungsmittel. Dennoch verbietet Art. 18 Abs. 1 OR auch bei der normativen Auslegung eine reine Buchstabenaus- legung. Auch wenn der Wortlaut klar ist, kann sich aus anderen Vertragsbestimmungen, dem Ziel der Parteien oder aus anderen Umständen ergeben, dass dieser klare Wortlaut nicht in diesem Sinne objektiv zu verstehen war.<sup>15</sup> Die Frage nach dem objektiven Sinn ist eine Rechts- frage. Auch ohne entsprechende Parteivorbringen hätte sich die Vorinstanz nicht auf eine reine Buchstaben- auslegung beschränken dürfen.<sup>16</sup> Offenbar leitete die Vor- instanz jedoch aus dem Fehlen eines Auslegungsstreites ab, dass sie sich an den Wortlaut halten dürfe.

Nachdem nach Auffassung der Vorinstanz Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags für die Mängelrüge von Planmängeln keine Regelung enthält, wendet sie dispo- sitives Recht an. Auf eine erneute Erörterung der dogma- tischen Frage, wie Vertragslücken zu schliessen sind, wird an dieser Stelle verzichtet. Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung generell in erster Linie auf dispositives Gesetzesrecht zurückgreift.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>15</sup> BGE 131 III 606 E. 4.2.

<sup>16</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht All- gemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1201.

<sup>17</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 70; Am Rande sei erwähnt, dass die Vorinstanz die Lücke nicht durch dispositives Recht füllte, sondern durch analoge Anwendung dispositiven Rechts. Schliesslich handelte es sich beim vorliegenden Vertrag um einen Innominatvertrag, für den das Gesetz per Definition kein unmittelbar anwendbares Recht enthält. Bereits bei der Beurteilung von Innominatverträgen kann kein Gesetzesrecht unbezogen übernommen werden. Vielmehr ist zu

<sup>8</sup> HG080290-O (17.11.2011) und HG080294-O (17.11.2011).

<sup>9</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>10</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>11</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1200.

<sup>12</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1196.

<sup>13</sup> ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 172.

**3.3** Vor Bundesgericht machte die Klägerin geltend, die Vorinstanz hätte übersehen, dass der übereinstimmende Parteiwille dahin gegangen sei, die Ordnung SIA 103 ohne Abänderung zu übernehmen. Sie machte damit einen übereinstimmenden wirklichen Willen geltend.

Das Bundesgericht gab zunächst die vorinstanzlichen Erwägungen wieder, insbesondere auch das Auslegungsergebnis. Alsdann stellte es fest, dass die Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bezüglich unveränderter Übernahme der Ordnung SIA 103 neu sind und daher unberücksichtigt bleiben.

Nachdem die Klägerin keine weiteren Einwände bezüglich des Auslegungsergebnisses erhob, gelangte das Bundesgericht zur Erkenntnis, dass die Klägerin die Erwägungen der Vorinstanz nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen vermöge.

**3.4** Weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht äussern sich indessen zur Frage, wie die Bestimmung bei einem Auslegungsstreit zu interpretieren wäre. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch der Vorinstanz bietet keine Aufschlüsse, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 subjektiv auszulegen wäre.

Mangels entsprechender Rüge blieb vor Bundesgericht ungeprüft, ob die Vorinstanz zu Recht eine normative Auslegung vorgenommen hat, obwohl kein Auslegungsstreit bestand. Offen bleibt auch, ob das Ergebnis der normativen Auslegung einer bundesgerichtlichen Überprüfung standgehalten hätte. Es besteht damit weiterhin auch kein bundesgerichtliches Präjudiz zur Frage, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 normativ auszulegen sei.

### III. Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103

Im Nachfolgenden werden beispielhaft Gründe aufgeführt, welche eine vom Wortlaut abweichende Auslegung – sowohl subjektiv als auch objektiv – nahe legen. Wie die Rechtsprechung bei einem Auslegungsstreit letztlich entscheiden wird, bleibt damit natürlich weiterhin ungewiss und hängt hinsichtlich des subjektiven Auslegungsergebnisses stets auch von den Umständen des Einzelfalls ab.

#### 1. Gesetzeskonforme Auslegung

Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung verlangt, dass vom dispositiven Recht abweichende Bestimmungen restriktiv auszulegen sind. Will eine Partei von

prüfen, in welcher Weise der Innominatvertrag eben vom gesetzlich geregelten Grundtypus abweicht und welche unterschiedliche Behandlung dies erforderlich macht. Diese Zurückhaltung wäre umso mehr angebracht, als eine Lücke in der vertraglichen Regelung eines Innominatvertrags ergänzt werden muss.

dispositivem Recht abweichen, so hat sie dies deutlich zum Ausdruck zu bringen.<sup>18</sup>

**1.1** Vorweg darf nicht übersehen werden, dass auch die gesetzeskonforme Auslegung nur ein Mittel der Vertragsauslegung ist. Bei der Vertragsergänzung ist ein Vorrang des dispositiven Rechts in Art. 1 Abs. 1 ZGB gesetzlich verankert. Ein solcher gesetzlicher Vorrang besteht bei der Vertragsauslegung hingegen nicht. Es besteht damit kein Vorrang der gesetzeskonformen Auslegung gegenüber anderen Auslegungsmitteln.

**1.2** Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung beruht auf der Annahme, dass einer sachgerechten Auslegung der Vorzug zu geben sei, weil nicht anzunehmen sei, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt hätten. Dabei habe sich der Richter am dispositiven Recht zu orientieren, weil dieses die Interessen der Parteien in der Regel angemessen wahre.<sup>19</sup>

Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 kann auf reine Werkverträge und auf reine einfache Aufträge zur Anwendung kommen. Je nach Qualifikation müsste sich die Auslegung alsdann am dispositiven Recht des Werkvertrags oder des einfachen Auftrags orientieren. Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 kann aber auch auf gemischte Planerverträge zur Anwendung kommen. Bei gemischten Verträgen kommen von vornherein keine dispositiven Bestimmungen des Besonderen Teils des OR unmittelbar zur Anwendung. Auf Innominatverträge kann das Gesetzesrecht des Besonderen Teils des OR nur in Analogie herangezogen werden.<sup>20</sup> Es handelt sich sodann nicht mehr um dispositives Gesetzesrecht, sondern um eine modo legislatoris gebildete Regel.<sup>21</sup> Bei der Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 in einem gemischten Planervertrag fällt damit eine gesetzeskonforme Auslegung ausser Betracht.

Eine gesetzeskonforme Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 würde folglich massgeblich von der Qualifikation des konkret zur Beurteilung stehenden Planervertrags abhängen. Dies widerspricht dem Grundgedanken der Ordnungen SIA 102 und 103, für alle Planerverträge eine einheitliche Ordnung zu schaffen.

**1.3** Tatsächlich führt die gesetzeskonforme Auslegung vorliegend nicht zu einem sachgerechten Auslegungsergebnis. Dass das dispositive Werkvertragsrecht in Bezug auf die Mängelrüge eine sachgerechte Lösung enthält, wird von der herrschenden Lehre in Abrede gestellt.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BSK OR I-WIEGAND, ART. 18 N 39.

<sup>19</sup> BGer 5C.36/2001 (29.10.2002) E. 2.4.

<sup>20</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1251.

<sup>21</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1261.

<sup>22</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 197; STÖCKLI, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, in: BR 2012, S. 213 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2175 ff.; ZEHN-

Dass das geltende Recht als stossend empfunden wird, war auch Anlass für eine aktuell hängige parlamentarische Initiative.<sup>23</sup> Enthält das Gesetzesrecht ausnahmsweise keine sachgerechte Lösung, verliert die gesetzeskonforme Auslegung ihre Berechtigung.

Dem Bauherrn fehlt in aller Regel das Wissen und die Erfahrung, um selber die Ursachen oder sogar eine allfällige Mitverantwortung des Planers erkennen zu können.<sup>24</sup> Er wird in aller Regel gar nicht feststellen können, ob dem Planer ein Fehler unterlaufen ist. Alsdann ist die Aufteilung des Planervertrags in werkvertragliche und auftragsrechtliche Leistungen und die Trennung der Rechtsfolgen für einen juristischen Laien nicht nachvollziehbar. Namentlich ist er nicht in der Lage zu erkennen, welche Fehler nun einer sofortigen Mängelrüge bedürfen und welche nicht. Die gesetzliche Regelung ist in aller Regel für die Parteien nicht nachvollziehbar und praktisch nicht zu handhaben. Ihr fehlt damit die Sachgerechtigkeit. Es ist deshalb sogar entgegen dem Prinzip der gesetzeskonformen Auslegung angezeigt, bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Prüfungs- und Anzeigepflicht im Zweifelsfall eher zugunsten des Bestellers zu entscheiden.<sup>25</sup> Soweit angenommen wird, dass der Parteiwille zu einer angemessenen und sachgerechten Lösung bestand, sind vertragliche Bestimmungen über die Prüfungs- und Anzeigepflicht eher zum Vorteil des Bestellers auszulegen.

## 2. Verbreitetes Verständnis

**2.1** Vor den «Sennhof-Urteilen wies ANTON EGLI in seiner kritischen Würdigung der neuen Ordnungen SIA 102 und 103 darauf hin, dass der Wortlaut des Art. 1.11.21 die Planmängel nicht erfasse.<sup>26</sup> Dieser Hinweis wurde jedoch nicht gehört. Vielmehr entstand die breite Auffassung, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasse. Diese breite Auffassung ist als Indiz für einen wirklichen Parteiwillen zu verstehen. Aber auch bei der normativen Auslegung ist zu berücksichtigen, wie die Bestimmung tatsächlich verstanden wurde.

**2.2** Artikel 1.8.2 der alten Ordnung SIA 102 (Ausgabe 1984) lautete:

DER, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, in: SJZ 96 (2000) Nr. 23, S. 548 f.

<sup>23</sup> Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 12.502 – Parlamentarische Initiative «Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht».

<sup>24</sup> SCHUMACHER, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 169, 205; Ob aus diesem Wissensgefälle sogar eine Pflicht zur Selbstanzeige abgeleitet werden kann, ist umstritten (DENZLER/HOCHSTRASSER, § 8 Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 8.125 m.w.H.).

<sup>25</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2177.

<sup>26</sup> EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen: System und Merkmale, in: Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 66 f.

«Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel sind unverzüglich zu rügen.»

Bereits zu dieser Bestimmung schrieb RAINER SCHUMACHER, dass nach Art. 1.8.2 SIA 102 der Bauherr dem Architekten alle Baumängel sofort zu melden habe. Der Bauherr wisse bei seinen Mängelanzeigen an den Architekten häufig gar nicht, ob dieser selbst für den angezeigten Mangel verantwortlich sei.<sup>27</sup> Offenbar geht SCHUMACHER davon aus, dass auch gegenüber dem Architekten lediglich die Bauwerksmängel, nicht aber die Planmängel zu rügen sind, um ihn ins Recht zu fassen.

**2.3** Das Verständnis, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasse, herrschte nicht nur in der juristischen Lehre. Es wurde vielmehr in dieser Form auch den Anwendern vermittelt. In einem kurzen Beitrag führte etwa MARIE-THERES HUSER bezüglich des Gesamtplanervertrags aus, dass die Ordnungen SIA 102 (2003) und 103 (2003) während zweier Jahre ein jederzeitiges Rügerecht gegenüber dem Planer vorsehen.<sup>28</sup>

**2.4** Offenbar ging denn auch das Bundesgericht von diesem Verständnis aus. Im Entscheid<sup>29</sup> vom 19. Januar 2007 hatte es zu beurteilen, ob im zu beurteilenden Fall die Mängelrüge für geltend gemachte Planmängel rechtzeitig erfolgt war.

Wäre das Bundesgericht der Ansicht gewesen, die Ordnung SIA 102 regle die Mängelrügefrist für Planmängel nicht, hätte es offen lassen können, ob die Ordnung SIA 102 vereinbart war. Es hätte sich mit der Feststellung begnügen können, die Ordnung SIA 102 enthalte ohnehin keine vom gesetzlichen Werkvertragsrecht abweichende Regelung. Stattdessen prüfte das Bundesgericht eingehend, ob die Ordnung SIA 102 vereinbart worden sei oder nicht. Offensichtlich ging das Bundesgericht davon aus, dass die Ordnung SIA 102 eben auch bezüglich der Mängelrügefrist für Planmängel eine vom Gesetz abweichende Regelung enthält.

**2.5** Schliesslich hielten BEAT DENZLER und MICHAEL HOCHSTRASSER auch noch nach den «Sennhof»-Urteilen am bisherigen Verständnis von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 fest. Trotz der unglücklichen Formulierung ergebe sich aus der Stellung in den Ordnungen SIA 102 und 103 und ihrem Zweck, dass die Rügefrist auch gegenüber dem Planer gilt, der Leistungen zur Herstellung eines Bauwerks erbringt.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> SCHUMACHER, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 205.

<sup>28</sup> MARIE-THERES HUSER, Gefährdete Mängelrechte in Planerverträgen, in: NZZ Domizil, Nr. 178 vom 3. August 2012, S. 61.

<sup>29</sup> BGer 4C.371/2006 (19.1.2007).

<sup>30</sup> DENZLER/HOCHSTRASSER, § 8 Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 8.214.

2.6 Insbesondere vor den «Sennhof»-Urteilen, aber auch heute noch, entspricht es der verbreiteten Auffassung, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasst. Es ist bei der Auslegung dieser Bestimmung nicht leichthin anzunehmen, die Parteien hätten ihr eine dem verbreiteten Verständnis entgegenstehende Bedeutung zugemessen. Insbesondere bei der normativen Auslegung – bei der es gerade darum geht, den Sinn zu ermitteln, wie er von vernünftigen Parteien objektiv verstanden werden musste<sup>31</sup> – kann nicht ignoriert werden, wie vernünftige und objektive Parteien die Bestimmung tatsächlich verstanden haben.

### 3. Fehlender Anwendungsbereich

Zu Recht weist THOMAS SIEGENTHALER darauf hin, dass bei einer Auslegung nach dem Wortlaut die Bestimmung jeglichen Anwendungsbereich verlieren würde. Denn Ingenieure und Architekten stellen keine Bauwerke her, sondern Pläne. Würde sich Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 nicht auf Planmängel beziehen, wäre die Bestimmung daher sinnlos.<sup>32</sup>

Aber auch für Art. 1.11.21 letzter Satz der Ordnungen SIA 102 und 103 würde jeglicher Anwendungsbereich fehlen. Eine Mängelrüge ist verzögert, wenn sie nicht sofort erfolgt. Dies hätte zur Folge, dass sämtliche Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Planer verirken, wenn eine sofortige Rügepflicht angenommen wird. Damit wäre aber von vornherein ausgeschlossen, dass dem Planer aus einer verzögerten Rüge überhaupt ein Schaden entstehen könnte. Sofern eine Pflicht zur sofortigen Rüge für Planmängel angenommen würde, ist auch Art. 1.11.21 letzter Satz der Ordnungen SIA 102 und 103 sinnlos.

Es ist nicht anzunehmen, die Parteien hätten eine sinnlose Regelung treffen wollen. Daher ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, welche der Bestimmung einen Anwendungsbereich belässt.

### 4. Einheitlichkeit der Rechtsfolgen

Die Ordnungen SIA 102 und 103 nehmen konsequent keine Unterscheidung zwischen werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Leistungen vor. Vielmehr wird das Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Planer für sämtliche Leistungen einheitlich geregelt. Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 soll deshalb auf werkvertragliche und auftragsrechtliche Leistungen gleichermaßen Anwendung finden. Bei den auftragsrechtlichen Leistungen gibt es kein Arbeitsergebnis des Planers, welches

überhaupt Gegenstand einer Rüge bilden könnte. Die Pflichtverletzung schlägt sich erst im Mangel des Bauwerks nieder. Es liegt deshalb nahe, dass die Bestimmung am Mangel des Bauwerks anknüpft und nicht an allfälligen Planmängeln.<sup>33</sup> Konsequenterweise ergibt sich daraus nicht nur eine zweijährige Rügefrist für Planmängel, sondern sogar der Wegfall einer separaten Rüge für Planmängel. Demnach hat der Bauherr dem Planer nicht dessen Pflichtverletzung zu rügen, sondern den Mangel des Bauwerks anzuzeigen.

Eine Trennung der Rügepflichten wäre für die Ordnungen SIA 102 und 103 ungewöhnlich. Im Sinne einer systematischen Auslegung ist nicht anzunehmen, die Parteien wären bei der Regelung der Rügepflichten von den Grundprinzipien der Ordnungen SIA 102 und 103 abgewichen.

### IV. Fazit

Das Bundesgericht hat in den «Sennhof»-Urteilen nicht beurteilt, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auszulegen ist. Die «Sennhof»-Urteile bieten daher keinen Anlass, die Bestimmungen im Streitfall so auszulegen, dass für Planmängel, welche zu Bauwerksmängeln führen, eine separate, sofortige Mängelrüge erforderlich wäre. Tatsächlich bestehen gute Gründe für eine andere Auslegung. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt es im Sinne der Bestimmung, dass allfällige Planmängel bei der Anzeige von Bauwerksmängeln als mitgerügt gelten und deshalb keine separate Mängelrüge erforderlich ist. Ob die Rechtsprechung diese Auffassung teilt, bleibt allerdings abzuwarten. Soweit die Ordnungen SIA 102 und 103 in der Ausgabe 2003 vereinbart sind, sollte der Bauherr Planmängel sofort und separat rügen.

Die jüngst erfolgten Revisionen der Ordnungen SIA 102 und 103 haben die Ausgangslage insoweit verändert, als die Rügefrist für «Plan- und Berechnungsmängel» immer dann auf zwei Jahre erstreckt wird, wenn sie «zu einem Mangel eines unbeweglichen Werks beziehungsweise eines Werkteils führen» (Art. 1.9.4 der neusten Ordnungen). Alle anderen «Mängel sind innert 60 Tagen seit Entdeckung zu rügen». Damit wird immerhin geklärt, dass für Planmängel, die zu einem Bauwerksmangel führen, eine zweijährige Rügefrist gilt. Offen bleibt, ob allfällige Planmängel bei der Anzeige von Bauwerksmängeln als mitgerügt gelten oder ob für diese Planmängel eine separate Rüge erforderlich ist. Soweit eine separate Rügepflicht für Planmängel nicht klar und unmissverständlich wegbedeutet wird, sollte der Bauherr Planmängel weiterhin separat rügen.

<sup>31</sup> BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 13.

<sup>32</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193, 196 f.

<sup>33</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193, 196.