

**Hans Rudolf Spiess** dipl. Baving. ETH und lic. iur.  
**Marie-Theres Huser\*** lic. iur., Rechtsanwältin  
Mitarbeiter:  
**Franz-Xaver Ulrich\*** M.A. HSG, Rechtsanwalt

8034 Zürich, Postfach, Höschgasse 66  
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40  
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch  
\*Eingetragen im Anwaltsregister

---

## **10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014**

im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Zürich

---

### **Auserlesenes aus der aktuellen Praxis des Bundesgerichts**

Referat von Franz-Xaver Ulrich, M.A. HSG und Rechtsanwalt

#### **Einleitung**

Das Bundesgericht fällt pro Jahr über 7'000 Entscheide. Aus dieser Menge haben sich auf dem Gebiet des Baurechts insbesondere die Sennhof-Entscheide hervorgehoben. Corpus delicti ist der Neubau des Schulhauses Sennhof in Winterthur. Die Streitparteien sind die Stadt Winterthur als Bauherrin und ein Ingenieur. Dem Ingenieur wurden die ingenieurtechnische Bearbeitung der Tragkonstruktion, die Ausführungsplanung und die Bauleitung bei der Ausführung übertragen. Während der Ausführung des Bauvorhabens wurden Fehler bei der Berechnung der Statik bemerkt. Die Bauherrin gab eine umfassende statische Überprüfung in Auftrag. Ein erster Zwischenbericht lag am 4. Dezember 2006 vor. Am 12. Dezember 2006 folgte ein Kurzbericht, welcher auf die fehlende Tragfähigkeit hinwies. Schliesslich erhielt die Bauherrin am 11. Januar 2007 den definitiven Prüfbericht. Diesen Bericht hat die Bauherrin am 12. Januar 2007 dem Ingenieur zugestellt. Nachdem keine Einigung zustande kam, erhob die Bauherrin Klage beim Handelsgericht Zürich.

#### **Dispositives Gesetzesrecht**

Nach den Ausführungen des Handelsgerichts handelt es sich beim Ingenieurvertrag um einen Planervertrag. Vorliegend hatte der Ingenieur mit der Planung eine werkvertragliche Leistung zu erbringen. Zugleich erbrachte er mit der Bauleitung auch eine auftragsrechtliche Leistung. Entsprechend der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifizierte das Handelsgericht den vorliegenden Planervertrag als gemischten Vertrag mit Elementen des Werkvertrags und des Auftrags. Gemäss der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlaubt dies, aus dem Werkvertragsrecht oder dem Auftragsrecht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, die passenden Normen anzuwenden. Inzwischen hat sich die Rechtsprechung dahingehend entwickelt, dass unabhängig vom Einzelfall und der Sachgerechtigkeit auf werkvertragliche Leistungen Werkvertragsrecht und auf auftragsrechtliche Leistungen Auftragsrecht angewendet wird. Vorliegend stand die Planung des Ingenieurs zur Frage. Dabei handelt es sich um eine werkvertragliche Leistung. Dementsprechend wendete das Handelsgericht Werkvertragsrecht an. Dieses verlangt bei Werkmängeln eine sofortige Mängelrüge. Sofort heisst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung innert 7 Tagen seit Kennt-

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

nis des Mangels. Vorliegend hatte die Bauherrin nach der Auffassung des Handelsgerichts bereits mit Erhalt des Kurzberichts am 12. Dezember 2006 Kenntnis des Mangels. Die Zustellung des definitiven Prüfberichts am 12. Januar 2007 liess das Handelsgericht zwar als Mängelrüge genügen. Sie erfolgte aber offensichtlich nicht rechtzeitig innert 7 Tagen seit Kenntnis des Mangels. Damit waren sämtliche Mängelrechte der Bauherrin verwirkt. Es trat damit die Frage in den Vordergrund, ob die Parteien eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Vereinbarung getroffen hatten.

### **Vertragliche Grundlagen**

Die Parteien hatten die Ordnung SIA 103 (2003) vereinbart, in deren Art. 1.11.21 die Verjährung und Mängelrüge geregelt sind. Daneben enthielt aber auch der Ingenieurvertrag in seinem Art. 6 Abs. 3 eine Regelung der Verjährung und der Mängelrüge. Diese lautete: "Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerks 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."

### **Entscheid Handelsgericht**

Diese Regelung in Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags entspricht im Wortlaut weitgehend dem Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102/103. Nach der Auffassung des Handelsgerichts lässt deshalb Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags keinen Raum für eine Anwendung von Art. 1.11.21 der Ordnung SIA 103. Die Formulierung "solche Mängel" sei klar und beziehe sich unmissverständlich auf "Mängel des unbeweglichen Bauwerks". Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung könne der Auftraggeber demnach während der ersten zwei Jahre Mängel des unbeweglichen Bauwerks rügen. Die vorliegend zur Frage stehenden Planmängel seien jedoch von Mängeln des unbeweglichen Bauwerks zu unterscheiden. Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags regle somit lediglich die Mängel des unbeweglichen Bauwerks. Für Planmängel enthalte die Bestimmung keine Regelung. Damit gelangte das gesetzliche Werkvertragsrecht zur Anwendung.

Das Bundesgericht kam – kurz zusammengefasst – zum Ergebnis, dass die Bauherrin diese Erwägungen nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen vermöge.

Wegen des nahezu identischen Wortlauts liegt nahe, diese Rechtsprechung auf Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102/103 zu übertragen. Es dauerte denn auch nicht lange, da meldete sich ein geschätzter Kollege. Er wies freundlichst darauf hin, dass mein Klient verpasst hätte, den strittigen Planmangel sofort zu rügen. Für Planmängel wäre jedoch nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch unter der Ordnung SIA 102 eine sofortige Mängelrüge erforderlich gewesen. Unsere Forderung gegen den Architekten sei daher verwirkt. Dieses Rencontre hat mich dazu veranlasst, vertieft abzuklären, ob den Sennhof-Entscheiden tatsächlich eine solche Aussage entnommen werden kann.

## **Theoretische Grundlagen**

Vorweg ist in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei den Ordnungen SIA 102/103 um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Ob ihr Art. 1.11.21 eine einschlägige Regelung zur Rüge für Planmängel enthält, ist daher auf dem Weg der Vertragsauslegung festzustellen. Bei der Vertragsauslegung ist primär der wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln. Es ist danach zu fragen, wie die Parteien den Vertrag effektiv verstanden haben. Dies ist eine Sachverhaltsfrage. Im Prozess ist ein wirklicher Wille zu behaupten und zu beweisen. Erst wenn sich mangels Behauptung oder Beweis kein wirklicher Wille feststellen lässt, ist auf den "mutmasslichen" Willen der Parteien abzustellen. Dabei ist danach zu fragen, wie die Parteien den Vertrag bei objektiver Betrachtung verstehen durften und mussten. Der Wortlaut der Bestimmung bildet dabei zwar den Ausgangspunkt, nicht aber die Grenze der Auslegung. Unter Umständen ist der Wortlaut unzutreffend und die Parteien durften und mussten die Bestimmung in einem anderen Sinn verstehen. Die Ermittlung des mutmasslichen Willens ist eine Rechtsfrage, die von Amtes wegen auch ohne entsprechende Parteivorbringen zu prüfen ist.

### **Behauptungen im Prozess (1)**

Die Bauherrin brachte im Verfahren vor dem Handelsgericht lediglich vor, es sei die Ordnung SIA 103 anwendbar. Damit gelte eine zweijährige Rügefrist für Planmängel. Nach Auffassung des Handelsgerichts lässt Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags jedoch keinen Raum für eine Anwendung von Art. 1.11.21 der Ordnung SIA 103. Bezüglich Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags hatte die Bauherrin allerdings keinen wirklichen Willen behauptet. Das Handelsgericht konnte daher keinen wirklichen Willen feststellen. Es musste vielmehr auf den mutmasslichen Willen abstellen. Da keine Partei eine Abweichung vom Wortlaut begründet hatte, legte das Handelsgericht die Bestimmung nach dem klaren Wortlaut aus.

### **Behauptungen im Prozess (2)**

Vor Bundesgericht machte die Bauherrin alsdann geltend, sie hätte den Ingenieurvertrag im Sinne der Ordnung SIA 103 verstanden. Sie machte damit nunmehr einen wirklichen Willen geltend, mithin eine neue Sachverhaltsbehauptung. Im bundesgerichtlichen Verfahren sind jedoch keine neuen Sachverhaltsbehauptungen mehr zulässig. Das Bundesgericht erkannte daher, dass diese Sachverhaltsbehauptung verspätet erfolgte und deshalb nicht zu berücksichtigen sei. Im Übrigen hat die Bauherrin gegen die Auslegung des Ingenieurvertrags keine Einwände erhoben. Das Bundesgericht kam deshalb zum Ergebnis, dass die Bauherrin den vorinstanzlichen Entscheid nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen vermöge.

## **Erkenntnisse**

Abschliessend ist danach zu fragen, welche Erkenntnisse aus den Sennhof-Entscheiden abgeleitet werden können. Immerhin lässt sich dem Entscheid des Handelsgerichts Zürich entnehmen, dass Planmängel nach dem klaren Wortlaut von Art. 1.11.21 der Ordnungen

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

SIA 102/103 von diesen Bestimmungen nicht erfasst sind. Demgegenüber kann den Entscheiden des Bundesgerichts schlichtweg keine Aussage entnommen werden. Das Bundesgericht hat nicht geprüft, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102/103 auszulegen sei. Es hat noch nicht einmal geprüft, ob das Handelsgericht zu Recht eine reine Buchstabenauslegung vorgenommen hat. Es kann daher keine Rede davon sein, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch unter den Ordnungen SIA 102/103 für Planmängel eine sofortige Mängelrüge erforderlich wäre.

Indessen bleiben die Sennhof-Entscheide nicht gänzlich ohne Auswirkungen. Sie führen vor Augen, dass der Wortlaut der Ordnungen SIA 102/103 klar ist und Planmängel eben nicht erfasst. Ebenso ist nicht auszuschliessen, dass auch Gerichte aus den Entscheiden denselben voreiligen Schluss ziehen, wie mein vorhin erwähnter Kollege. Insofern muss ein Bauherr damit rechnen, dass unter der Ordnung SIA 102/103 eine sofortige Rügepflicht für Planmängel bestehen könnte. Umgekehrt kann der Planer nach Gesagtem auch nicht davon ausgehen, dass eine sofortige Rügepflicht besteht. Im Streitfall sind endlose Diskussionen über die Auslegung vorprogrammiert.

### **Empfehlungen**

Die Ordnungen SIA 102 und 103 enthalten nach Gesagtem keine klare Regelung der Mängelrüge von Planmängeln. Es ist zu hoffen, dass diese Unklarheit mit der laufenden Revision beseitigt wird. Bis dahin empfiehlt sich, eine klare vertragliche Regelung zu treffen. Für eine ausgewogene, verständliche und praktikable Regelung erlaube ich mir zwei Postulate. Erstens soll für Planmängel die gleiche Rügefrist gelten, wie für Mängel des Bauwerks. Zweitens sollen allfällige Planmängel mit der Rüge von Mängeln des Bauwerks erfasst werden und als mitgerügt gelten.

Wurde die Ordnung SIA 102 oder 103 unverändert übernommen, ist dem Bauherrn bei Planmängeln zu einer sofortigen Rüge gegenüber dem Planer zu raten.

Erfahrungsgemäss wird ein Anwalt erst dann beigezogen, wenn es sich nicht mehr vermeiden lässt. Für Vertragsanpassungen und sofortige Rügen ist es in diesem Zeitpunkt meistens zu spät. Es liegt damit in der Regel bei den Baubeteiligten, rechtzeitig die richtigen Vorkehrungen zu treffen. Die Mängelrüge wird zwar als Formalie häufig etwas stiefmütterlich behandelt. Trotzdem darf ihre Relevanz nicht unterschätzt werden. Ihre Nichteinhaltung ist mit dem Verlust sämtlicher Mängelrechte verbunden. Insbesondere die Bauherrschaft muss ihr deshalb die volle Aufmerksamkeit schenken. Die Stadt Winterthur hat die fehlende Aufmerksamkeit über 1.5 Millionen Franken gekostet.