

**Haus und Recht**

# Gefährdete Mängelrechte in Planerverträgen

Ingenieur- und Architektenverträge als Gesamtverträge werden von Lehre und Rechtsprechung als gemischte Verträge qualifiziert. Sie enthalten sowohl werkvertragliche (Planungs- und Projektierungsphase) als auch auftragsrechtliche (Bauleitung) Komponenten. Das Bundesgericht hat über 30 Jahre lang zwar grundsätzlich die Aufspaltung der Rechtsfolgen, also auch der Haftung für Planungsfehler nach Werkvertrag, und derjenigen für unsorgfältige Bauleitung nach Auftrag, als denkbar erachtet, aber trotzdem nie werkvertragliche Regeln auf den Gesamtvertrag eines Planers zur Anwendung gebracht.

**Einschneidendes Bundesgerichtsurteil**

Die Gerichte haben deshalb je nach konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung über Werkvertrags- oder Auftragsrecht gesucht. Dieses Vorgehen diene zwar nur wenig der Rechtssicherheit, konnte aber im Einzelfall «ungerechte Härten» vermeiden. Das hat sich wohl mit dem Urteil vom 25. November 2010 (BGer 4A\_252/2010) grundlegend geändert! Dieses Urteil hat für die Baupraxis ausserordentlich einschneidende Konsequenzen, denn der entscheidende Unterschied liegt beim Zeitpunkt der Mängelrüge. Die Bauherrschaft ist künftig gut beraten, im Falle von Baumängeln vorsorglich auch gegenüber dem vielleicht (mit)verantwortlichen Planer die Mängel sofort (max. 7 Tage nach Entdecken) bei Entdeckung zu rügen, weil sie sonst ihre Mängelrechte verliert.

Vorsorglich deshalb, weil die Beurteilung oft schwierig sein wird, ob es sich nun um eine Teilleistung des Architekten oder des Ingenieurs handelt, die unter Werkvertragsrecht fällt. Das Bundesgericht hält dazu lediglich fest, dass überall dort, wo ein nach objektiven Kriterien messbarer Erfolg geschuldet ist, Werkvertrag anzuwenden sei. Im zu beurteilenden Vertrag eines Geotechnikers hat das Gericht folgende Unterscheidung gemacht: Werkvertrag: Berechnungen zu Stabilität, Setzungen, Tragfähigkeit, Bemessung der Baugruben- oder Hangsicherung, Überwachungskonzept, Schnittpläne; Auftrag: Verifizierung der Berechnungen während der Ausführung, Kontrollrechnungen. Die aufgezählten Beispiele überzeugen schon deshalb nicht, weil diese einem nur kurz vorher gefällten Urteil bezüglich Kostenvoranschlags widersprechen. Die Ungewissheit bleibt also bestehen, und eine sofortige Rüge ist dringend zu empfehlen.

**Jederzeit kündbare Verträge**

Die Auflösung/Kündigung der Ingenieur- und Architektenverträge als Gesamtverträge wird jedoch nach wie vor dem Auftragsrecht unterstellt, was zur Folge hat, dass sie von beiden Parteien jederzeit, voraussetzungslos und per sofort kündbar sind (Art. 404 Abs. 1 OR). Einzige Schranke ist, dass die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen darf. Eine Kündigung geschieht zur Unzeit, wenn sie ohne wichtigen Grund in einem ungünstigen Moment erfolgt und der anderen Partei damit besondere Nachteile entstehen. Die Kündigung ist zwar auch dann wirksam und keine Vertragsverletzung, aber der Kündigende wird allenfalls schadenersatzpflichtig. Der durch die Kündigung zur Unzeit Betroffene hat allerdings nur Anspruch auf Ausgleich des besonderen Nachteils (sog. «negatives Vertragsinteresse»), nicht aber auf Ersatz eines entgangenen Gewinns. Das Bundesgericht hat den zwingenden Charakter von Art. 404 Abs. 1 OR stets betont und dies mit der «ausgesprochenen Vertrauensstellung» begründet. Dies bedeutet, dass auch vertraglich keine abweichende Regelung getroffen werden darf.

Auch diese Regel, die für beide Seiten einschneidende Folgen haben kann, steht seit längerem in der Kritik. Gefordert werden die Möglichkeit einer vertraglich abweichenden Kündigungsregelung (oder einer Konventionalstrafe) und der Ersatz des Erfüllungsinteresses zulasten der kündigenden Partei, statt wie heute lediglich des Vertrauensschadens (Art. 404 Abs. 2 OR). Um dies zu erreichen, müsste entweder das Bundesgericht seine seit 1933 geübte Praxis ändern (was wohl nicht zu erwarten ist) oder der Bundesgesetzgeber das Auftragsrecht entsprechend revidieren (entsprechende Bemühungen gibt es: vgl. Motion Barthassat 2011). Während also betreffend jederzeitiges Auflösungsrecht zurzeit noch keine vom Gesetz abweichende vertragliche Regelung gültig vereinbart werden kann, ist dies für die Regelung der Mängelrechte und Rügepflichten durchaus möglich. Die SIA-Ordnungen 102 (2003) und 103 (2003) sehen zum Beispiel während zweier Jahre ein jederzeitiges Rügerecht gegenüber Architekt und Ingenieur vor (jeweils Ziffer 1.11.21).

**SIA-Ordnungen als Schutz**

Angesichts der grossen Gefahr, eine rechtzeitige Mängelrüge im Sinne der neuen Bundesgerichtspraxis zu ver-

passen, sind Bauherrschaften gut beraten, die entsprechende SIA-Ordnung zum Bestandteil des Planervertrags zu erklären.

Marie-Theres Huser  
[www.baurecht.ch](http://www.baurecht.ch)