

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.24 vom 24. Mai 2020

BS Appellationsgericht, 2020-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2019.24

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.24 du 24 mai 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.24 del 24 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die frist- und formgerecht erhobene Berufung vom 18. September 2019 ist einzutreten.

1.2 Zur Beurteilung der Berufung ist ein Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

E. 2

2.1 Das Zivilgericht hat festgestellt, der Beklagte schulde dem Kläger insgesamt CHF 58'873.55 an Honorar, Nebenkosten/Auslagen und für bevorschusste Rechnungen und habe sich seit dem 1. Januar 2014 in Verzug befunden (angefochtener Entscheid E. 3). Nach Berücksichtigung der verschiedenen Zahlungseingänge verbleibe eine Schuld von CHF 24'344.85, die ab dem 2. Februar 2018 zu 5 % zu verzinsen sei (angefochtener Entscheid E. 5). Diese in der Berufung nicht beanstandeten Feststellungen sind unter Verweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids ohne weiteres zu bestätigen.

2.2 Weiter hat das Zivilgericht festgestellt, dass der Beklagte dem Kläger Kostenüberschreitung, mangelhafte Bauleitung und fehlerhafte Pläne vorwerfe und den daraus entstandenen Schaden mit der offenen Honorarforderung des Klägers verrechnen wolle (angefochtener Entscheid E. 4.1). Es ist zum Schluss gekommen, dass eine Haftung des Klägers wegen Kostenüberschreitung bzw. mangelnder Kosteninformation oder Kostenkontrolle von vornherein ausscheide (angefochtener Entscheid E. 4.2). Der Vorwurf mangelnder Koordination und Beaufsichtigung der Unternehmer in der Ausführung der Arbeiten sei gänzlich unsubstanziert und entsprechend nicht geeignet, eine (verrechenbare) Schadenersatzforderung des Beklagten zu begründen. Zudem sei der Bauleiter nach Art. 4 SIA 102 nur innerhalb der ersten zwei Jahre nach Ablieferung des Werkes verpflichtet, die Mängelrügen entgegen zu nehmen und weiterzuleiten und die Garantiarbeiten zu begleiten (angefochtener Entscheid E. 4.3.2). Gemäss den Feststellungen des Zivilgerichts ist das Werk abgeliefert und abgenommen worden. Dies wird damit begründet, dass der Kläger dem Beklagten die Schlussrechnung zugestellt und die Begleichung des noch ausstehenden Restbetrags gefordert habe und der Beklagte kurz vor Weihnachten 2012 in das Haus

eingezogen sei (angefochtener Entscheid E. 3.3). Die Schlussabrechnung ist dem Beklagten am 27. November 2013 zugestellt worden (act. 2 des Zivilgerichts Ziff. 2.7; act. 3/8 des Zivilgerichts; vgl. act. 4 des Zivilgerichts Ziff. 18). Damit ist die Ablieferung gemäss den Feststellungen des Zivilgerichts spätestens am 27. November 2013 erfolgt. Entsprechend habe am 3. August 2017 keine Verpflichtung des Beklagten mehr bestanden. Somit habe er mit der Nichtanhandnahme der Mängelbeseitigung auch keine Pflichten verletzen können (angefochtener Entscheid E. 4.3.2). Diese in der Berufung nicht beanstandeten Feststellungen sind unter Verweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids (angefochtener Entscheid E. 4.2 f.) ohne weiteres zu bestätigen. Damit ist eine Verrechnung mit einer Schadenersatzforderung wegen Kostenüberschreitung, mangelhafter Bauleitung oder der Reaktion des Klägers auf die Mängelrüge vom 3. August 2017 ausgeschlossen. Zu prüfen bleibt nur noch eine Schadenersatzforderung wegen fehlerhaften Plänen. Darauf wird in den folgenden Erwägungen eingegangen.

E. 2.2

und 2.4; vgl. zum Begriff des Gesamt- oder Globalvertrags Zindel/Pulver/Schott, in: Basler Kommentar, 6. Auflage, 2015, Art. 363 OR N 18). Den Gesamtvertrag des Architekten qualifiziert das Bundesgericht als gemischten Vertrag, der je nach der vom Architekten zu erbringenden Leistung den Regeln des Auftrags oder des Werkvertrags untersteht. Dabei unterstellt es insbesondere die Planung dem Werkvertragsrecht und die Vergabe von Arbeiten sowie die Bauleitung dem Auftragsrecht (BGer 4A_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.1.1, 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 3, 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1; vgl. Denzler/Hochstrasser, § 9 Die Haftung für die Planung, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Auflage, Zürich 2019, S. 367 ff. N 9.17-919). Mit dem Erstellen von Plänen schuldet der Architekt ein unkörperliches Werk, das Planwerk (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich 2019, N 33 f.; Gauch/Middendorf, § 1 Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Auflage, Zürich 2019, S. 1 ff. N 1.31 und 1.33 [zum Planungsvertrag]). Das Werk ist dabei der unkörperliche Erfolg, der im Plan Gestalt angenommen hat (vgl. Gauch, a.a.O., N 33 f., 45, 48 f. und 57). Das Planwerk als vom Architekten geschuldeter Arbeitserfolg muss unterschieden werden vom körperlichen Bauwerk, das von den Bauunternehmern nach Massgabe der Pläne erstellt wird (vgl. Gauch/Middendorf, § 1 Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Auflage, Zürich 2019, S. 1 ff. N 1.31 und 1.33 [zum Planungsvertrag]). Dessen Errichtung gehört nicht zum Schuldinhalt des Gesamtvertrags (vgl. Gauch/Middendorf, a.a.O., N 1.50). Der Architekt schuldet somit kein mängelfreies Bauwerk, sondern nur (aber immerhin) mängelfreie Pläne. Entsteht aus einem Mangel an den Plänen (Planmangel) ein Mangel am erstellten Bauwerk (Baumangel), so ist dieser Baumangel im Verhältnis zum Planmangel ein Mangelfolgeschaden, für den der Bauherr gegenüber dem Architekten gemäss Art. 368 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR, SR 220) einen Schadenersatzanspruch hat, wenn diesen ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) trifft (vgl. Denzler/Hochstrasser, a.a.O., N 9.79 f. 9.83, 9.88 und 9.159; Gauch/Middendorf, a.a.O., N 1.33 [zum Planungsvertrag]).

3.2 Der Werkmangel, der die Mängelhaftung des Unternehmers begründet, besteht in einer Abweichung des Werks vom Vertrag (Gauch, a.a.O., N 1355). Diese Vertragsabweichung besteht im Fehlen einer vereinbarten (zugesicherten) oder vorausgesetzten Eigenschaft, die

es nach dem Vertrag haben muss (Gauch, a.a.O., N 1434 und 1438; vgl.Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 368 N 9). Art. 368 OR unterscheidet zwischen Mängeln und sonstigen Abweichungen vom Vertrag. Beide Sachverhalte sind im Ausdruck «Mangel», den die übrigen Bestimmungen betreffend die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werks allein verwenden, enthalten. Die Unterscheidung in Art. 368 OR hat nur klassifikatorische, nicht rechtliche Bedeutung (BGE 100 II 30 E. 2 S. 32; Gauch, a.a.O., N 1438 und 1440 f.; vgl.Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 368 OR N 10). Jeder Mangel und jede sonstige Abweichung vom Vertrag im Sinn vom Art. 368 OR ist ein Werkmangel (Gauch, a.a.O., N 1440; vgl. BGE 100 II 30 E. 2 S. 32; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 368 OR N 10). Da der Werkmangel in einer Vertragsabweichung besteht, ist der Werkmangel ein relativer Begriff, der vom Inhalt des konkreten Werkvertrags abhängig ist (Gauch, a.a.O., N 1360). Grundsätzlich haftet jeder Unternehmer nur für die Mängel des von ihm geschuldeten Werks oder Werkteils (Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 368 OR N 8).

E. 3

3.1 Der Vertrag für Architekturleistungen vom 13./16. Januar 2012 (act. 5/2 des Zivilgerichts) ist ein Gesamt- oder Globalvertrag (angefochtener Entscheid E.

E. 3.3

3.3.1 Der Bauherr verwirkt den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Architekten, wenn er das Planwerk bzw. die Planungsleistung genehmigt (vgl. Denzler/Hochstrasser, a.a.O., N 9.159 und 9.200).

3.3.2 Grundsätzlich muss der Bauherr das Planwerk bzw. die Planungsleistung gemäss Art. 367 Abs. 1 OR nach erfolgter Ablieferung prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Dabei ist er grundsätzlich nicht gehalten, zur Prüfung einen Sachverständigen beizuziehen (vgl. Bühler, in: Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 1998, Art. 367 OR N 50 und 55; Denzler/Hochstrasse, a.a.O., N 9.209 f.). Wenn die übungsgemässe Prüfung den Verdacht eines Mangels erweckt, hat der Besteller die ihm zumutbaren Schritte zu unternehmen, um den Verdacht abzuklären (Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 598 und 605). Verdachtsgründe genügen aber noch nicht, um eine Pflicht des Bestellers zum Beizug eines Sachverständigen zu begründen (Bühler, a.a.O., Art. 367 OR N 50). Im Normalfall hat der Besteller die Prüfung bloss mit den Kenntnissen, der Sorgfalt und Aufmerksamkeit eines durchschnittlichen, nicht fachkundigen Abnehmers von Werken der betreffenden Art unter den betreffenden Umständen vorzunehmen (vgl. Gauch, a.a.O., N 2122 und 2124; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 9 und Art. 370 OR N 6). Ziel der Prüfung ist es, herauszufinden, ob die Pläne die zugesicherten und die vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen. Die zur Überprüfung der Pläne erforderlichen Fachkenntnisse fehlen dem Bauherrn regelmässig. An die Prüfungsobliegenheit des Bauherrn dürfen deshalb keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Der Bauherr entdeckt den Mangel oft erst während der Ausführung der Bauarbeiten oder nach der Vollendung des Bauwerks. Planmängel sind deshalb regelmässig als verdeckte Mängel zu betrachten (vgl. Bühler, in: Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 1998, Art. 367 OR N 55; Denzler/Hochstrasse, a.a.O., N 9.209 f.).

Bei der Abnahme oder der ordnungsgemässen Prüfung erkennbare Mängel (offene Mängel) hat der Besteller unverzüglich zu rügen (vgl. Gauch, a.a.O., N 2074, 2126 und 2141; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 20 sowie Art. 370 OR N 5 f. und 8). Die

Dauer der Rügefrist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Mangels. In vielen Fällen sind sieben bis zehn Tage angemessen (vgl. Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 20). Grundsätzlich genügt es, die Mängel unverzüglich nach dem Abschluss der Prüfung zu rügen. Insbesondere offensichtliche Mängel, die für den Besteller bei der Abnahme ohne Prüfung ohne weiteres erkennbar sind, sind jedoch unverzüglich nach ihrer Entdeckung zu rügen, es sei denn, die Prüfung stehe unmittelbar bevor und werde nur kurze Zeit in Anspruch nehmen (vgl. BGer 4C.125/2005 vom 2. Juni 2006 E. 3.1, 4C.301/2003 vom 4. Februar 2004 E. 4.3; Gauch, a.a.O., N 2074 und 2142 f.; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 20). Bei nicht rechtzeitiger Rüge offener Mängel gilt das Werk gemäss Art. 370 Abs. 2 OR in Bezug auf diese Mängel als genehmigt (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 26 f.; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 13 f.).

3.3.3 Mängel, die bei der Abnahme und der ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar sind (verdeckte oder geheime Mängel), hat der Besteller sofort nach der Entdeckung zu rügen (Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 19, 41, 43 und 46; Gauch, a.a.O., N 2075 und 2179; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 7 und 15 f.). Die Mängelrüge muss zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175; BGer 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2; vgl. Gauch, a.a.O., N 2129 f. und 2133). Die Ursache des Mangels braucht der Besteller nicht anzugeben (Gauch, a.a.O., N 2131).

Entdeckt ist ein Mangel erst mit seiner zweifelsfreien Feststellung (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148, 107 II 172 E. 1a S. 175) bzw. sobald der Besteller über sein Vorliegen Gewissheit hat (Gauch, a.a.O., N 2182; Hürlimann/Siegenthaler, in: Huguenin/ Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016; vgl. BGer 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2). Auf blossen Verdacht hin braucht der Besteller nicht zu rügen (Koller, a.a.O., N 605). Es steht ihm allerdings frei, einen Mangel auf blossen Verdacht oder blosser Vermutung hin und damit vor dem Beginn der Rügefrist zu rügen (Koller, a.a.O., N 598 und 605). Die Entdeckung des Mangels setzt voraus, dass der Besteller von diesem eine solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Mängelrüge erheben kann (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148; BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2, 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2). Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen die ersten Anzeichen für die Entdeckung nicht. Bei solchen Mängeln darf eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustands deutlich wird und der Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann (BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; vgl. BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 f.; Gauch, a.a.O., N 2182). Gemäss einem Teil der Lehre ist eine Entdeckung des Mangels bereits bei dessen Erkennbarkeit nach objektiven Kriterien anzunehmen (Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 19). Nach einer anderen Lehrmeinung sind geheime Mängel, die im Lauf der Zeit objektiv erkennbar werden, vom Besteller aber (noch) nicht erkannt werden, den erkannten Mängeln nicht gleichzusetzen (Gauch, a.a.O., N 2183). In einem älteren Urteil hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass die Rügefrist durch die objektive Erkennbarkeit von geheimen Mängeln nicht in Gang gesetzt werde (BGE 117 II 425 E. 2 S. 427). Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es für die Entdeckung jedoch, dass der Besteller den Mangel zwar nicht erkannt hat,

aber nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen (vgl. BGE 131 III 145 E. 7.2 S. 150; BGer 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.3; Jungo, Zur Beweislast bei der Mängelrüge, in: BR 2019 S. 173, 173; vgl. ferner BGer 4A_297/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.2, 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.1, 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 E. 1b.bb). Jedenfalls hat der Besteller das Werk aber nicht dauernd zu prüfen und nach geheimen Mängeln zu forschen (Gauch, a.a.O., N 2183; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 19). Die Kenntnis eines Werkmangels setzt immer voraus, dass der Besteller sowohl den vertragswidrigen Zustand des vom konkreten Unternehmer hergestellten Werks als auch die Tatsache, dass dieser Zustand vertragswidrig ist, kennt (Gauch, a.a.O., N 2182; vgl. Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 18). Dies gilt auch dann, wenn sich mehrere Nebenunternehmer durch ihre je eigenen Werkleistungen an der Errichtung eines Gesamtwerks beteiligt haben. Somit genügt es nicht, dass der Besteller einen Fehler des Gesamtwerks kennt. Er muss vielmehr wissen, welcher Nebenunternehmer mangelhaft geleistet hat. Bevor er das weiss, ist ihm der Mangel des von diesem Unternehmer ausgeführten (Teil-)Werks unbekannt, weshalb er noch nicht zu rügen braucht. Eine Rüge aufs Geratewohl oder Rügen an alle in Frage kommenden Nebenunternehmer können nicht verlangt werden (Gauch, a.a.O., N 2182; vgl. Hürlimann/Siegenthaler, a.a.O., Art. 370 OR N 4; Koller, a.a.O., N 605; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 20 und Art. 370 OR N 18). Die Erwägung des Zivilgerichts, es spiele keine Rolle, dass der Beklagte nicht gewusst habe, wer für einen Mangel verantwortlich ist (angefochtener Entscheid E. 4.4.4), ist somit unrichtig, wie der Beklagte zu Recht geltend macht (vgl. Berufung Ziff. 25). Ebenso unrichtig ist die Behauptung des Klägers, ein Bauherr müsse nicht wissen, wer verantwortlich ist, sondern nötigenfalls gegenüber allen beteiligten Unternehmern Mängelrüge erheben (Berufung Ziff. 36).

Die Dauer der Rügefrist bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art des Mangels (vgl. BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; Gauch, a.a.O., N 2180; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 16). Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann (BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2, 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4, 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3). Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (BGer 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4, 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3). Eine starre Beschränkung auf eine Woche ist allerdings nicht gerechtfertigt (BGer 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2). In der Lehre wird eine Frist von sieben bis zehn Tagen als üblich bezeichnet (Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 16) oder dafür plädiert, das Erfordernis der sofortigen Rüge grosszügiger zu handhaben als das Bundesgericht (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 48; Gauch, a.a.O., N 2181).

Bei nicht rechtzeitiger Rüge geheimer Mängel gilt das Werk gemäss Art. 370 Abs. 3 OR auch in Bezug auf diese Mängel als genehmigt (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 46).

3.3.4 Die gemäss Art. 370 Abs. 2 oder 3 OR fingierte Genehmigung führt zur Verwirkung aller Mängelrechte des Bestellers gemäss Art. 368 OR, insbesondere auch der Schadenersatzansprüche für Mangelfolgeschäden (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 39; Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 21 f.).

3.3.5 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung trägt der Unternehmer die Behauptungslast für die Verspätung der Mängelrüge und der Besteller die Behauptungs- und Beweislast für

die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge (vgl. BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGer 4A_288/2018 vom 29. Januar 2019 E. 6.1.2, 4A_28/2017 vom 28. Juni 2017 E. 4, 4A_202/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1). Zum Nachweis der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gehöre auch der Nachweis, wann der Besteller den gerügten Mangel entdeckt hat (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147, 107 II 172 E. 1a S. 176; 4A_28/2017 vom 28. Juni 2017 E. 4, 4A_202/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1, 4A_83/2009 vom 6. Mai 2009 E. 3.2.1). Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Besteller habe den gerügten Mangel schon früher entdeckt, so habe der Unternehmer seinerseits diese Behauptung zu beweisen (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGer 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 E. 1b.bb; vgl. 4A_202/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1, 4A_83/2009 vom 6. Mai 2009 E. 3.2.1). Dieser Ansatz leidet an einem inneren Widerspruch, weil die Beweislast für ein- und dieselbe Tatsache, hier der Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels, nur bei der einen oder der anderen Partei, nicht aber bei beiden Parteien, hier zunächst beim Besteller und dann beim Unternehmer, liegen kann (Gauch, a.a.O., N 2193; vgl. Hürlimann/Siegenthaler, a.a.O., Art. 370 OR N 5; Walter, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 8 ZGB N 576). Diesen Widerspruch hat das Bundesgericht in einem der vorstehend erwähnten Urteile dadurch aufgelöst, dass es im Ergebnis bereits aufgrund der blossen Behauptung eines bestimmten Zeitpunkts der Entdeckung durch den Besteller dem Unternehmer die Beweislast für eine frühere Entdeckung auferlegt hat (vgl. BGer 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 E. 1b.bb; Gauch, a.a.O., N 2193; Hürlimann/Siegenthaler, a.a.O., Art. 370 OR N 5; a.M. Koller, a.a.O., N 877 f., gemäss dem der Besteller nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels glaubhaft zu machen hat). Dies entspricht im Ergebnis der verbreiteten neueren Lehrmeinung, wonach der Besteller substantiiert zu behaupten hat, wann er den Mangel entdeckt hat, und der Unternehmer zu beweisen hat, dass der Besteller den Mangel bereits früher entdeckt hat (vgl. Gauch, a.a.O., N 2192 f.; Jungo, a.a.O., S. 175; vgl. ferner Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 370 OR N 27). Wer nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Beweislast dafür trägt, dass ein Mangel offen oder verdeckt ist, erscheint unklar. Nach einer Lehrmeinung folgt aus dem Umstand, dass der Besteller die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge trägt, dass er auch zu beweisen hat, dass der Mangel bei ordnungsgemässer Prüfung nicht erkennbar gewesen ist (Koller, a.a.O., N 879; so wohl auch Bühler, a.a.O., Art. 370 OR N 51). Andere Autoren scheinen dagegen davon auszugehen, der Unternehmer habe zu beweisen, dass es sich um einen offenen Mangel handelt, auch wenn der Besteller die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge trägt (vgl. Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., Art. 367 OR N 32 f.; Walter, a.a.O., Art. 8 ZGB N 578).

3.3.6 Gemäss Art. 1.11.21 SIA 102 können Mängel des Bauwerks während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel auch gemäss Art. 1.11.21 SIA 102 sofort nach der Entdeckung zu rügen (vgl. dazu angefochtener Entscheid E. 2.3 und 4.4.3). Da die Abnahme spätestens am 27. November 2013 erfolgt ist (vgl. oben E. 2.2), hat die Zweijahresfrist spätestens am 27. November 2015 geendet. Im vorliegenden Fall steht nur noch eine Mängelrüge vom 3. August 2017 zur Diskussion. Für Rügen nach Ablauf der Zweijahresfrist entspricht die Regelung von Art. 1.11.21 SIA 102 derjenigen des OR.

E. 4

4.1 Das Zivilgericht hat festgestellt, es sei unbestritten, dass das Haus des Beklagten an Mängeln leide. Die Mängelrechte des Beklagten seien aber verwirkt, weil ihm die Mängel seit Anfang 2017, spätestens aber seit dem 17. Mai 2017 bekannt seien und die Mängelrüge

vom 3. August 2017 verspätet sei (angefochtener Entscheid E. 4.4.4). Der Beklagte macht geltend, die Herstellung eines rechtlichen Konnexes zwischen den Mängelercheinungen und der Leistung des Klägers sei erst möglich geworden, als der Privatgutachter eine Kausalität zwischen der Leistung des Klägers und den Mängelercheinungen technisch ausformuliert attestiert habe. Dies sei mit der Erstellung des Privatgutachtens vom 27. Juli 2017 geschehen. Deshalb habe die Rügefrist am 28. Juli 2017 begonnen und sei die Rüge vom 3. August 2017 rechtzeitig erfolgt (Berufung Ziff. 26 und 29). Mit den Mängelercheinungen meint der Beklagte dabei offensichtlich Baumängel und mit der Leistung des Klägers dessen Planwerk. Somit macht er sinngemäss geltend, die für seine Mängelrechte gegenüber dem Kläger massgebende Rügefrist habe erst begonnen, als er entdeckt habe, dass die Baumängel auf Planmängeln beruhen. Dieser Einwand ist berechtigt. Da die Errichtung des Hauses des Beklagten nicht Gegenstand des Vertrags für Architekturleistungen zwischen dem Beklagten und dem Kläger ist, stellen Baumängel dieses Hauses bezüglich dieses Vertrags keine Werkmängel dar. Diesbezüglich liegen nur dann Werkmängel vor, wenn die vom Kläger erstellten Pläne mangelhaft sind. Da der Beklagte somit gegenüber dem Kläger Mängelrechte nur für allfällige Planmängel geltend machen kann, hat der Beklagte die im vorliegenden Verfahren relevanten Werkmängel erst dann entdeckt, wenn er erkannt hat oder nach Treu und Glauben hat erkennen müssen, dass die vom Kläger erstellten Pläne mangelhaft sind (vgl. oben E. 3.3.3). Dies hat das Zivilgericht nicht beachtet. Es hat bei seinen tatsächlichen Feststellungen betreffend den Beginn der Rügefrist der zentralen Unterscheidung zwischen Planwerk und Planmängeln einerseits und Bauwerk und Baumängeln andererseits keine Beachtung geschenkt und offenbar aus der Entdeckung von Baumängeln auf die Entdeckung von Planmängeln geschlossen (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4.4). Im Folgenden ist deshalb unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen Bau- und Planmängeln zu prüfen, wann die für die Mängelrechte des Beklagten gegen den Kläger massgebende Rügefrist begonnen hat und ob eine allfällige Rüge von Planmängeln vom 3. August 2017 rechtzeitig erfolgt ist.

E. 4.2

4.2.1 Der Beklagte hat in der Klageantwort behauptet, er habe mit der E-Mail vom 3. August 2017 neu erkannte, verdeckte Mängel gerügt, die aufgrund der Begutachtung durch C_____ erkannt worden seien (act. 4 des Zivilgerichts Ziff. 25). In der Duplik hat der Beklagte geltend gemacht, bei den am 3. August 2017 gerügten Mängeln handle es sich um verdeckte Mängel, die er erst aufgrund des Gutachtens von C_____ vom 27. Juli 2017 (nachfolgend Privatgutachten C_____; act. 5/8 des Zivilgerichts) erkannt habe (vgl. act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 99, 119-121 und 168). Dem Beklagten habe das Auge des Fachmanns gefehlt, um die Ursache der Mängel zu erkennen (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 153). Im Privatgutachten C_____ sei die Ursache der Absenkung des Werkes und somit dessen gesamthaften Gefährdung erkannt worden (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 57). Es habe sich herausgestellt, dass die Ursache der meisten Mängel in der Feuchtigkeit, die in den Sockel des Hauses eingedrungen sei, bestehe. Entsprechend sei der Kläger dafür verantwortlich (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 168). Seit dem 27. Juli 2018 hätten Zeichen vorgelegen, dass die Ursache des Schadens in der fehlerhaften Konstruktion des Werks bestanden habe (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 99). Erst mit der Sockelöffnung vom 14. Juni 2018 sei die Ursache endgültig klar geworden (vgl. act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 57 und 179).

4.2.2 Der Kläger hat in der Replik geltend gemacht, die Mängelrüge vom 3. August 2017 sei verspätet (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 1.3.c, 51 und 94). Dies hat der Beklagte bestritten

(act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 181). Der Kläger hat behauptet, an der Begehung vom 9. Februar 2018 habe sich ergeben, dass der Beklagte seit langem um die behaupteten Mängel gewusst habe (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 1.3.c und 51). Dagegen hat der Beklagte eingewendet, es handle sich um verdeckte Mängel, die erst über das Privatgutachten C_____ in ihrer Interdependenz zutage gekommen seien (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 168). Die Behauptung, an der Begehung vom 9. Februar 2018 habe sich ergeben, dass der Beklagte seit langem tatsächlich um die behaupteten Mängel gewusst habe, ist nicht glaubhaft. Gemäss der Darstellung des Klägers soll der Beklagte zwar im Haus anwesend gewesen sein, aber an der Begehung nicht teilgenommen haben (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 1.1.2). Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, wie der Kläger anlässlich der Begehung Erkenntnisse über den tatsächlichen Wissensstand des Beklagten betreffend die Mängel hätte gewinnen können. An einer anderen Stelle der Replik hat der Kläger denn auch nur behauptet, an der Begehung vom 9. Februar 2018 habe sich herausgestellt, dass der Beklagte schon seit sehr langer Zeit gewusst haben müsse, dass sich Veränderungen an den Fenstern an der Ostfassade gezeigt hätten (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 49). Auch dies hat der Beklagte bestritten (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 166). Schliesslich hat der Kläger behauptet, die Begehung habe ergeben, dass dem Beklagten schon lange und zwar längstens [sic!] schon vor dem Beizug des Privatgutachters bekannt gewesen sei, dass sich am unteren Rand der grossen Fensterwand in der Ostfassade eine Bewegung des Abschlusses zu zeigen begonnen habe. Alle an der Begehung Beteiligten seien sich einig gewesen, dass sich bestimmte Schäden nur über eine lange Zeit hätten entwickeln können (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 87). Der Beklagte müsse seit langer Zeit um die gerissenen Abdeckbleche und die Veränderungen der Fensterrahmen an der Ostfassade gewusst haben. Man brauche nicht Baufachmann zu sein, um die offenen Gehrungen und die beschädigten Abdeckbleche zu sehen "und sich die Frage zu stellen, ob nicht besser die Unternehmer oder der Kläger zu kontaktieren" seien (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 93). Der Beklagte hat auch diese Behauptungen des Klägers bestritten. Die Absenkung des Werks sei ihm erst aufgrund des Privatgutachtens C_____ aufgefallen. Zudem hat er geltend gemacht, ihm habe das technische Verständnis gefehlt, um zu verstehen, worauf die Absenkung zurückzuführen sei, und erst mit der Öffnung des Sockels am 14. Juni 2018 sei klar geworden, was die Ursache der Feuchtigkeit bzw. Nässe sei (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 179 f.).

E. 4.3

4.3.1 Der Kläger hat zwar geltend gemacht, der Beklagte habe die behaupteten Mängel bereits lange vor dem 9. Februar 2018 gekannt. Dass die Mängel bereits bei der Abnahme, die spätestens am 27. November 2013 erfolgt ist (vgl. oben E. 2.2), oder einer anschliessenden ordnungsmässigen Prüfung erkennbar gewesen wären, hat er aber nicht behauptet. Damit ist die Behauptung des Klägers, bei den gerügten Mängeln handle es sich um verdeckte Mängel, unbestritten. Im Übrigen wäre die Tatsache, dass allfällige Planmängel im vorliegenden Fall verdeckte Mängel sind, auch dann erstellt, wenn sie bestritten wäre und die Beweislast dafür dem Beklagten obläge. Ein Bauherr ohne besondere Fachkenntnisse wie der Beklagte ist regelmässig nicht in der Lage, die Pläne zu überprüfen (vgl. oben E. 3.3.2). Anlässlich der Instruktionsverhandlung des Zivilgerichts vom 26. Januar 2018 haben die Parteien vereinbart, dass der Beklagte dem Kläger ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter dem Vorbehalt der Rückforderung im Fall der Klageabweisung CHF 15'000.■ bezahlt und sich der Kläger verpflichtet, nach Eingang dieser Summe potentiell haftpflichtige Unternehmer zu einer Begehung einzuladen und an

dieser teilzunehmen (Vereinbarung vom 26. Januar 2018). Das Ziel dieser Begehung hat darin bestanden, die im Privatgutachten C_____ aufgeführten Mängel zu verifizieren und die Verantwortung dafür zu klären (vgl. Vereinbarung vom 26. Januar 2018; act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 90). Der Kläger behauptet, anlässlich der Begehung vom 9. Februar 2018 seien sich die Beteiligten (D_____ [Holzbauer], E_____ [Bauingenieur], F_____ [Bauingenieur und Geologe], G_____ [Flachdachfirma, Spenglerei], Kläger, Rechtsvertreter des Klägers und Rechtsvertreter des Beklagten [vgl. act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 1.1.2]) insbesondere nach Einsicht in die Detailpläne zur Sockelpartei einig gewesen, dass bestimmte Schäden mit Sicherheit nicht dem Kläger anzulasten seien (act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 88). Letztes ist vom Beklagten zwar bestritten worden (act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 179). Die Darstellung des Klägers zeigt aber, dass im vorliegenden Fall zur Klärung der Frage, ob die Baumängel auf Planmängeln beruhen und deshalb vom Kläger zu verantworten sind, eine Begehung des Hauses unter Beizug von Fachleuten und Detailplänen erforderlich gewesen ist. Unter den gegebenen Umständen besteht kein vernünftiger Zweifel, dass allfällige Mängel des Planwerks des Klägers bei einer Prüfung mit den Kenntnissen, der Sorgfalt und der Aufmerksamkeit eines durchschnittlichen, nicht fachkundigen Abnehmers nicht erkennbar gewesen sind, selbst wenn gewisse Baumängel zu diesem Zeitpunkt bereits erkennbar gewesen wären.

4.3.2 Ein Teil der behaupteten Baumängel ist für den Beklagten zweifellos bereits lange vor dem 27. Juli 2017 erkennbar gewesen. Dass für den Beklagten alle Baumängel bereits vor diesem Zeitpunkt bekannt gewesen wäre, ist jedoch nicht erstellt. Im Übrigen fehlte es auch im Fall der Kenntnis des Beklagten von allen Baumängeln an der Erkennbarkeit allfälliger Planmängel. Der Grund für die vom Beklagten behaupteten Baumängel kann in Mängeln der vom Kläger erstellten Pläne und/oder in einer mangelhaften Erstellung des Hauses durch die Bauunternehmer liegen. Nur wenn der Grund zumindest auch in Mängeln der Pläne besteht, liegen Planmängel und damit Abweichungen vom Vertrag für Architekturleistungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten vor. Damit setzte die Entdeckung von Mängeln, für die bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen der Kläger haftet, voraus, dass der Beklagte zweifelsfrei hätte feststellen können, dass der Grund für die behaupteten Baumängel zumindest auch in Mängeln der vom Kläger erstellten Pläne bestanden hat. Wie ihm dies ohne besondere Fachkenntnisse hätte möglich sein sollen, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen ist dies vom Kläger auch nicht behauptet und vom Zivilgericht auch nicht festgestellt worden. Wie bereits erwähnt worden ist (vgl. oben E. 4.3.1), ist im vorliegenden Fall zur Klärung der Frage, ob die Baumängel auf Planmängeln beruhen und deshalb vom Kläger zu verantworten sind, eine Begehung des Hauses unter Beizug von Fachleuten und Detailplänen erforderlich gewesen. Unter den gegebenen Umständen besteht kein vernünftiger Zweifel, dass der Beklagte selbst bei Kenntnis aller Baumängel keine Gewissheit hinsichtlich des Bestehens allfälliger Planmängel gehabt hätte.

Die Klageantwortbeilage 6 enthält eine auf Italienisch verfasste E-Mail des Beklagten an seinen Rechtsvertreter (act. 5/6 des Zivilgerichts; vgl. dazu act. 4 des Zivilgerichts Ziff. 24 f.; act. 14 des Zivilgerichts Ziff. 41 und 50; act. 19 des Zivilgerichts Ziff. 160 und 167). In der Verhandlung des Zivilgerichts vom 3. Juli 2019 hat der Kläger eine deutsche Übersetzung dieser E-Mail eingereicht (act. 33 des Zivilgerichts). Gemäss der Eingabe des Klägers vom 29. März 2019 und dem angefochtenen Entscheid stammt die E-Mail vom 20. September 2016 (act. 28 des Zivilgerichts; angefochtener Entscheid E. 4.4.2 und 4.4.4). In der Verhandlung des Zivilgerichts hat der Kläger von einer E-Mail vom 26. September

2016 gesprochen (Plädoyernotizen S. 4 f.). In der Berufung behauptet er schliesslich, die E-Mail stamme vom 27. September 2016 (Berufung Ziff. 13 und 15a). Welches dieser Daten korrekt ist, ist nicht rechtserheblich und kann deshalb offenbleiben. Im Plädoyer anlässlich der Verhandlung des Zivilgerichts vom 3. Juli 2019 hat der Kläger geltend gemacht, aus der Mängelbeschreibung, die der Beklagte seinem Rechtsvertreter mit der erwähnten E-Mail zugestellt habe, ergebe sich, dass der Beklagte seit September 2016 Kenntnis von den behaupteten Mängeln habe (Plädoyernotizen S. 3 ff.). Aus der E-Mail des Beklagten an seinen Rechtsvertreter (act. 5/6 des Zivilgerichts; Übersetzung act. 33 des Zivilgerichts) ergibt sich nicht, dass der Beklagte erkannt hat, dass die darin erwähnten Baumängel auf Planmängel zurückzuführen sind. Betreffend die Strukturrisse äussert er allenfalls einen diesbezüglichen Verdacht. Auf eine zweifelsfreie Feststellung einer Vertragsabweichung bzw. eine diesbezügliche Gewissheit des Beklagten kann aus der E-Mail aber keinesfalls geschlossen werden. Damit ist die E-Mail nicht geeignet, die Entdeckung allfälliger Planmängel zu beweisen. Im Übrigen werden gemäss der Darstellung des Klägers nur sechs von vierzehn am 3. August 2017 gerügten Mängeln in der Mängelbeschreibung von September 2016 erwähnt (Plädoyernotizen S. 5-9). Betreffend acht Mängel könnte der Kläger damit aus der E-Mail von September 2016 von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten. Aus den vorstehenden Gründen kann die vom Zivilgericht offen gelassene Frage, ob die deutsche Übersetzung der E-Mail von September 2016 zu berücksichtigen ist oder nicht (vgl. an-gefochtener Entscheid E. 4.4.4), auch im Berufungsverfahren offenbleiben.

Im Plädoyer anlässlich der Verhandlung des Zivilgerichts vom 3. Juli 2019 hat der Kläger behauptet, indem der Beklagte am 17. Mai 2019 zusammen mit seinem Privatgutachter einen Baubesuch durchgeführt habe, habe er die gerügten Mängel selber festgestellt. Deshalb habe er davon spätestens seit dem 17. Mai 2019 Kenntnis (Plädoyernotizen S. 3). Bei dieser Behauptung dürfte es sich um ein unzulässiges Novum handeln (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen kann der Kläger daraus ohnehin nichts zu seinen Gunsten ableiten. Aus dem Umstand, dass der Privatgutachter am 17. Mai 2017 in Anwesenheit des Beklagten einen Baubesuch vorgenommen hat, kann nicht geschlossen werden, dass der Privatgutachter anlässlich des Baubesuchs bereits alle im Privatgutachten C____ vom 27. Juli 2017 erwähnten Mängel festgestellt oder den Beklagten bereits auf die Mängel hingewiesen hätte. Es ist vielmehr ohne weiteres möglich, dass der Privatgutachter einen Teil der Mängel erst bei der Erstellung des schriftlichen Gutachtens am 27. Juli 2017 festgestellt und der Beklagte erst mit dem Erhalt des schriftlichen Gutachtens Kenntnis von den Erkenntnissen des Privatgutachters erlangt hat. Die Bemerkung in der Einleitung des Privatgutachtens C____, dieses sei "auf Grund der gravierenden Mängel und ausstehenden Arbeiten" erstellt worden (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 2), deutet zwar darauf hin, dass dem Beklagten gewisse Baumängel bereits anlässlich der Mandatierung des Privatgutachters bekannt gewesen sind. Entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Berufungsantwort Ziff. 22) kann daraus aber offensichtlich nicht geschlossen werden, dass der Beklagte alle oder auch nur einen Grossteil der von ihm behaupteten Mängel bereits damals gekannt habe. Der Hinweis im Gutachten, eine "weitere Verschleppung der Erledigung der Mängel und fehlenden Gewerke" werde die weitere Bewohnbarkeit des Hauses in Frage stellen (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 2; vgl. dazu Berufungsantwort Ziff. 22), lässt einen solchen Schluss erst recht nicht zu. Vor allem aber erscheint es ausgeschlossen, dass der Privatgutachter anlässlich des Baubesuchs vom 17. Mai 2017 festgestellt hat, dass es sich bei den im Gutachten erwähnten Mängeln um Planmängel handelt bzw. die erwähnten Mängel auf

Planmängeln beruhen. Den behaupteten Planmangel betreffend das Gefälle des Flachdachs hat der Privatgutachter nicht aufgrund des Baubesuchs, sondern aufgrund eines Plans festgestellt, und betreffend die übrigen Mängel kann selbst dem schriftlichen Gutachten nicht entnommen werden, dass es sich um Planmängel handle oder dass sie auf Planmängel zurückzuführen seien.

Das Zivilgericht hat festgestellt, dass die behaupteten Mängel am 17. Mai 2017 vom Privatgutachter wahrgenommen worden seien und dessen Kenntnisnahme der Mängel durch den Augenschein dem Beklagten anzurechnen sei (angefochtener Entscheid E. 4.4.4). Sowohl diese Feststellung als auch diese rechtliche Würdigung sind unrichtig. Der Privatgutachter hat am 17. Mai 2017 in Anwesenheit des Beklagten einen Baubesuch vorgenommen und ein vom 27. Juli 2017 datierendes Gutachten erstellt (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 1 f.). Gemäss dem Privatgutachten C_____ entsprechen die auf dem Plan angegebenen 1 % Gefälle nicht den üblichen Flachdachnormen und Regeln (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 6). Betreffend das Gefälle des Flachdachs wird damit ein Planmangel behauptet. Da sich der Privatgutachter für diese Feststellung auf einen Plan stützt, ist es ohne weiteres möglich, dass er sie erst anlässlich der Erstellung des schriftlichen Gutachtens am 27. Juli 2017 gemacht hat. Betreffend die übrigen im Privatgutachten C_____ erwähnten Mängel bzw. ausstehenden Arbeiten/fehlenden Gewerke kann dem Gutachten nicht entnommen werden, dass es sich dabei um Planmängel handeln würde oder diese auf Planmängel zurückzuführen wären. Teilweise wird vielmehr ausdrücklich festgehalten, gewisse Bestandteile des Hauses (Abkannbleche und Plattenbelag) seien mangelhaft ausgeführt worden (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 4 und 6). Im Übrigen ist nochmals daran zu erinnern, dass im vorliegenden Fall zur Klärung der Frage, ob die Baumängel auf Planmängeln beruhen und deshalb vom Kläger zu verantworten sind, eine Begehung des Hauses unter Beizug von Fachleuten und Detailplänen erforderlich gewesen ist (vgl. oben E. 4.3.1). Bei der Erstellung des Gutachtens vom 27. Juli 2017 haben dem Privatgutachter aber nur Architektenpläne/Projektpläne im Massstab 1:100 vorgelegen. Sämtliche Detailpläne/Ausführungspläne haben gefehlt (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 3). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass am 27. Juli 2017 selbst der Privatgutachter nicht zweifelsfrei feststellen können, ob abgesehen vom möglicherweise erst am 27. Juli 2017 festgestellten behaupteten Mangel betreffend das Gefälle des Flachdachs weitere Planmängel vorgelegen haben. Damit hätte der Beklagte allfällige Planmängel auch dann nicht vor dem 27. Juli 2017 entdeckt, wenn ihm das Wissen des Privatgutachters zuzurechnen wäre. Allerdings ist eine solche Wissenszurechnung im vorliegenden Fall ohnehin unzulässig. Das Zivilgericht hat unter Verweis auf Gauch festgestellt, die Mängel, die ein vom Besteller beigezogener Sachverständiger bei seiner Prüfung erkennt, gälten als vom Besteller selbst erkannt (angefochtener Entscheid E. 4.4.3). Der zitierten Literaturstelle kann eine solche Aussage jedoch nicht entnommen werden (vgl. Gauch, a.a.O., N 2137). Der Kläger behauptet unter Verweis auf Gauch, der Besteller müsse sich das Wissen eines von ihm beigezogenen Sachverständigen anrechnen lassen (Berufungsantwort Ziff. 39 f.). Zumindest für den Fall, dass der Beizug eines Sachverständigen fakultativ ist und der Besteller über die Kenntnisse eines durchschnittlichen, nicht fachkundigen Abnehmers verfügt, lässt sich der zitierten Literaturstelle auch eine solche Aussage nicht entnehmen (vgl. Gauch, a.a.O., N 2124). Der freiwillige Beizug eines privaten Sachverständigen ändert zwar nichts an der Dauer der Frist für die Prüfung gemäss Art. 367 Abs. 1 OR (Gauch, a.a.O., N 2125; Koller, a.a.O., N 600). Dies ist im vorliegenden Fall aber irrelevant, weil der Beklagte den Privatgutachter nicht für die Prüfung gemäss Art. 367 Abs. 1 OR, sondern erst

mehr als drei Jahre nach der Ablieferung des Werks beigezogen hat. Eine rechtliche Grundlage, die es erlauben würde, die Kenntnis des Privatgutachters dem Beklagten zuzurechnen, ist nicht ersichtlich und wird weder vom Zivilgericht noch vom Kläger genannt. Insbesondere ist weder behauptet noch bewiesen worden, dass der Beklagte den Privatgutachter beauftragt oder ermächtigt hätte, Mängelrüge zu erheben. Die Erhebung einer Mängelrüge gestützt auf das Wissen des Privatgutachters war deshalb erst möglich, nachdem der Beklagte in der Form des schriftlichen Gutachtens Kenntnis von den Erkenntnissen des Privatgutachters erlangt hatte.

Zusammenfassend hat der Beklagte zwar nicht bewiesen, dass er alle behaupteten Planmängel am 27. Juli 2017 entdeckt hat. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er zu diesem Zeitpunkt abgesehen vom behaupteten Mangel betreffend das Gefälle des Flachdachs über das Vorliegen allfälliger Planmängel noch keine Gewissheit gehabt hat. Aus den vorstehend erwähnten Gründen besteht aber kein vernünftiger Zweifel, dass der Beklagte allfällige Planmängel vor dem 27. Juli 2017 nicht erkannt hat und nach Treu und Glauben auch nicht hat erkennen müssen. Damit ist bewiesen, dass der Beklagte allfällige Planmängel jedenfalls nicht vor dem 27. Juli 2017 entdeckt hat. Folglich hat die Rügefrist frühestens am 27. Juli 2017 begonnen. Die Mängelrüge ist am 3. August 2017 und damit nur sieben Tage später erfolgt. Von diesen sieben Tagen sind einer auf einen Samstag, einer auf einen Sonntag und einer auf einen Feiertag entfallen. Gemäss dem Privatgutachten C_____ werde eine weitere Verschleppung der Erledigung der Mängel und fehlenden Gewerke die weitere Wohnbarkeit des Hauses in Frage stellen. Bei einem Teil der aufgeführten Mängel hat der Privatgutachter die Dringlichkeit zur Behebung als hoch eingestuft, was bedeute, dass sie innerhalb von maximal einem Monat bei geeignetem Wetter erfolgen solle (act. 5/8 des Zivilgerichts S. 2). Selbst wenn deshalb mit dem Zivilgericht davon ausgegangen wird, dass bei einem Teil der behaupteten Mängel die Gefahr bestehe, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen könne (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4.4), wäre die nur sieben Tage später vorgenommene Mängelrüge auch dann rechtzeitig erfolgt, wenn der Beklagte allfällige Planmängel am 27. Juli 2017 erkannt hätte.

4.3.3 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Planwerk des Klägers nicht gemäss Art. 370 Abs. 2 oder 3 OR genehmigt gilt und allfällige Mängelrechte des Beklagten gegenüber dem Kläger nicht wegen verspäteter Rüge verwirkt sind. Dass der Beklagte einen Teil der allfälligen Planmängel im Zeitpunkt der Rüge vom 3. August 2017 möglicherweise noch gar nicht zweifelsfrei festgestellt hat, ist irrelevant, weil es dem Besteller freisteht, Mängel auch vor Beginn der Rügefrist auf blossen Verdacht oder blosser Vermutung hin zu rügen (vgl. oben E. 3.3.3).

E. 4.4

4.4.1 Als mögliche Mängelrüge hat das Zivilgericht nur die E-Mail des Beklagten vom 3. August 2017 (act. 5/7 des Zivilgerichts) berücksichtigt (angefochtener Entscheid E. 4.4.1 f. und 4.4.4). Dies ist vom Beklagten im Berufungsverfahren nicht beanstandet worden. Folglich ist nur noch zu prüfen, ob der Beklagte mit der E-Mail vom 3. August 2017 wirksam Planmängel gerügt hat. Diesbezüglich hat das Zivilgericht keine Feststellungen getroffen. Auch die weiteren Voraussetzungen einer Schadenersatzforderung des Beklagten gegen den Kläger wegen fehlerhafter Pläne sowie der Verrechnung der eingeklagten Forderung mit einer allfälligen Schadenersatzforderung wegen fehlerhafter Pläne hat das Zivilgericht nicht geprüft (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4.4). Damit ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen. Unter den gegebenen Umständen ist es geboten,

die Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zu neuer Entscheidung im Sinn der vorstehenden Erwägungen an das Zivilgericht zurückzuweisen.

4.4.2 Weder ein mangelhafter Plan als solcher noch ein Minderwert der Planungsleistung aufgrund von Planmängeln stellen einen Schaden im Sinn von Art. 368 Abs. 1 f. OR dar. Entsprechend kann der Bauherr dafür keinen Schadenersatz verlangen. Bei gegebenen Voraussetzungen könnte der Bauherr allerdings Wandelung, Nachbesserung oder Minderung verlangen (vgl. Denzler/Hochstrasser, a.a.O., N 9.79, 9.82 und 9.160; vgl. zur Honorarminderung Egli/Stöckli, § 8 Das Planerhonorar, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Auflage, Zürich 2019, S. 289 ff. N 8.177). Diese Mängelrechte hat das Zivilgericht nicht geprüft. Da der Beklagte dies in der Berufung nicht beanstandet hat, sind sie auch vom Appellationsgericht im Berufungsverfahren und vom Zivilgericht nach der Rückweisung der Sache nicht mehr zu prüfen.

E. 5

5.1 Bei einer Rückweisungsentscheid kann die Berufungsinstanz die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Prozesskosten in Anwendung von Art. 104 Abs. 2 ZPO definitiv verteilen oder die Verteilung gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlassen (AGE ZB.2018.5 vom 18. September 2019 E. 3.1; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1566 f.; vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 318 N 61 und 63). Vorbehältlich besonderer Gründe (dazu etwa Seiler, a.a.O., N 1567) erscheint es insbesondere dann zweckmässig, die Verteilung der Kosten des Berufungsverfahrens der ersten Instanz zu überlassen, wenn der Prozessausgang in der Sache noch offen ist (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 15.4, 5A_327/2016 vom 1. Mai 2017 E. 3.3.2; AGE ZB.2018.5 vom 18. September 2019 E. 3.1, ZB.2016.28 vom 23. August 2018 E. 3, ZB.2017.11 vom 10. Oktober 2017 E. 14.1). Dies ist vorliegend der Fall. Die Festsetzung der Höhe dieser Kosten bleibt hingegen in jedem Fall Sache der Rechtsmittelinstanz (AGE ZB.2016.28 vom 23. August 2018 E. 3, ZB.2017.11 vom 10. Oktober 2017 E. 14.1; Seiler, a.a.O., N 1566).

5.2 Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Kläger beantragt, der Beklagte sei zur Zahlung von CHF 32'582.40 zuzüglich Zins zu verpflichten. Mit dem angefochtenen Entscheid hat das Zivilgericht den Beklagten zur Zahlung von CHF 24'344.85 zuzüglich Zins verurteilt und das weitergehende Begehren des Klägers abgewiesen. Mit der Berufung beantragt der Beklagte die Abweisung der Klage infolge Verrechnung. Der Kläger beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Damit beträgt der Streitwert des Berufungsverfahrens CHF 24'344.85.

5.3 Die Grundgebühr berechnet sich im Berufungsverfahren in Zivilsachen gemäss den Ansätzen nach §§ 5 bis 10 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810). Verringert sich der Streitwert vor zweiter Instanz, so ist die Grundgebühr auf der Grundlage des noch strittigen Betrags festzusetzen (§ 12 Abs. 2 GGR). Bei einem Streitwert von über CHF 10'000.■ bis CHF 30'000.■ beträgt die Grundgebühr im ordentlichen Verfahren gemäss § 5 Abs. 1 GGR CHF 1'000.■ bis CHF 3'000.■. Innerhalb dieses Rahmens wird sie unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität festgesetzt. Im Verhältnis zum Streitwert ist der vorliegende Fall überdurchschnittlich komplex. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden deshalb auf CHF 3'000.■ festgesetzt.

5.4 Das Honorar berechnet sich im Berufungsverfahren nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel

vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]). Massgebend ist dabei der zweitinstanzliche Streitwert (§ 12 Abs. 3 HO). Nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Grundsätzen beträgt das Grundhonorar bei einem Streitwert von über CHF 8'000.■ bis CHF 30'000.■ im mündlich geführten vereinfachten Verfahren CHF 1'120.■ bis CHF 2'900.■ (§ 4 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 HO). Innerhalb des Mindest- und Höchstansatzes bemisst sich das Honorar nach dem Umfang der Bemühungen, der Wichtigkeit und Bedeutung der Sache für die Auftraggeberin und den Auftraggeber sowie der Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 und 2 HO). Im Berufungsverfahren ist zwar nur noch ein kleiner Teil der vor dem Zivilgericht strittigen Punkte umstritten geblieben und hat nur ein einfacher Schriftenwechsel ohne Verhandlung stattgefunden. Trotzdem ist das Verfahren im Verhältnis zum Streitwert überdurchschnittlich aufwändig und komplex gewesen. Das nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen berechnete Grundhonorar ist deshalb mit CHF 2'900.■ zu bemessen. Dieser Höchstansatz des Grundhonorars ergibt eine ausreichende Vergütung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsantwort zwar ziemlich umfangreich ist, ein Teil davon aber im Wesentlichen den im erstinstanzlichen Verfahren erstellten Plädoyernotizen entspricht. Ein Zuschlag gemäss § 5 Abs. 1 lit. a HO ist deshalb nicht gerechtfertigt. Der Zuschlag für die Schriftlichkeit des (Berufungs-)Verfahrens (§4 Abs. 2HO), der Abzug für das Berufungsverfahren (§ 12 Abs. 1 HO) und das Entfallen des Aufwands für eine Verhandlung (vgl. § 3 Abs. 2 HO) heben sich gegenseitig auf (vgl. AGE BEZ.2018.54 vom 17. Juni2019E. 4.2, BEZ.2018.27 vom 17. Januar2019E. 4.2, BEZ.2017.6 vom 6. Juni 2017 E. 5.2). Damit beträgt eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren CHF 2'900.■.

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