

GR_GERICHTE PKG 2017 6 vom 10. Juni 2013

GR Gerichte, 2013-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_2017_6

FR: GR_GERICHTE PKG 2017 6 du 10 juin 2013

IT: GR_GERICHTE PKG 2017 6 del 10 giugno 2013

Regeste

Praxis Kantonsgericht |

Regeste: siehe PKG-Dokument \x3Cbr\x3E | java.util.HashMap/1797211028

Erwägungen

E. 6

Vorwurf gegenüber einem Ingenieur, durch Planungsfehler einen Baumangel im Sinne von Art. 363 ff. OR (Risse an einem Gebäude) verursacht zu haben. Rechtzeitig erfolgte und inhaltlich ausreichende Mängelrüge (Erw. 3). Aus den Erwägungen: 3. Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss der im Recht liegenden Offerte der Berufungsklägerin vom 18. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. II./3) sowie der Auftragsbestätigung vom 27. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. II./4) keine besonderen Vertragsbedingungen im Sinne der SIA-Normen vorbehalten wurden. Mithin finden auf den abgeschlossenen Ingenieurvertrag die Regeln von Art. 363 ff. OR Anwendung, was denn auch von keiner Partei in Abrede gestellt wird. Die Vorinstanz hat ebenfalls die Bestimmungen des Werkvertragsrechts angewandt. Vorliegend steht ein Mangel im Verhältnis zum Ingenieur und damit ein Planungsfehler in Frage. Auch unkörperliche bzw. geistige Werke wie Pläne fallen unter den Werkbegriff im Sinne von Art. 363 OR (vgl. BGE 130 III 458 E. 4; 127 III 328 E. 2a sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1 je mit weiteren Verweisen). Ein Planungsfehler stellt daher einen Werkmangel dar, welcher seinerseits wiederum zu einem Mangel am Bauwerk führen kann. Die Vorinstanz ist implizit von einem geheimen Mangel ausgegangen. Geheime Mängel sind solche, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werks nicht erkennbar sind (vgl. Art. 370 Abs. 1 OR). Führen Planmängel zu Bauwerksmängeln, stellt der aus den Bauwerksmängeln erwachsende Schaden einen Mangelfolgeschaden der Planmängel dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_90/2013 vom

E. 10

Juni 2013 E. 4.2 mit weiteren Verweisen). In der Regel wird zunächst der Baumangel entdeckt und erst bei entsprechender Untersuchung festgestellt, dass dieser und der damit verbundene Schaden auf einen Planmangel zurückzuführen sind (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3). Ein Planungsfehler, der sich in einem optisch wahrnehmbaren Folgemangel wie einem Mauerriss am Bauwerk manifestiert, ist folglich als geheimer Mangel zu qualifizieren. Nebst der Ursache für die Mauerrisse besteht zwischen den Parteien vorliegend Uneinigkeit darüber, wann der entsprechende Mangel als entdeckt gilt bzw. wann die Rügefrist begonnen hat. Ebenso ist umstritten, ob seitens der Berufungsbeklagten überhaupt eine rechtsgenügeliche Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden ist und

bejahendenfalls, ob diese rechtzeitig erfolgt ist. Diese Fragen sind vorab zu prüfen, da das Werk im Falle einer unterbliebenen oder verspäteten Rüge als genehmigt gilt (vgl. Art. 370 Abs. 2 und 3 OR).

PKG 2017 6 59 a/aa) Die Berufungsklägerin beanstandet, die Vorinstanz sei ohne Begründung zum Ergebnis gelangt, dass eine Mängelrüge erhoben worden und dass diese rechtzeitig erfolgt sei. Gestützt auf Art. 370 Abs. 3 OR seien versteckte Mängel sofort, das bedeute gemäss Bundesgericht binnen drei bis sieben Tagen, nach deren Entdeckung zu rügen. Laut Klageschrift habe der Architekt die mangelhafte Planung gegenüber der Beklagten am 28. Oktober 2009 gerügt, womit der angebliche Mangel der Bauherrschaft bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei mit der Folge, dass die Rügefrist zu laufen begonnen habe. Es werde allerdings bestritten, dass der Vertreter der Berufungsklägerin an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen habe. Der Zeuge B._ behaupte zwar das Gegenteil; indessen habe er hierzu auch jeden Grund, zumal er gegenüber der Berufungsklägerin rechtsgenügend Mängelrüge hätte erheben müssen und infolge Unterlassung einer solchen befürchten müsse, von der Berufungsbeklagten in die Pflicht genommen zu werden. Die Aussage des Zeugen B._ sei zudem widersprüchlich, wenn er zunächst ausführe, er habe an jeder Sitzung Mängelrüge erhoben, dann aber erkläre, er habe erst durch die Expertise D._ erfahren, dass die Risse auf eine fehlerhafte Planung zurückzuführen seien, und habe das Gutachten der Berufungsklägerin darauf im Sinne einer Mängelrüge zur Stellungnahme zugestellt. Die Berufungsbeklagte habe selbst eingestanden, bereits am 28. Oktober 2009 davon Kenntnis gehabt zu haben, dass die Risse aufgrund von Planungsfehlern entstanden seien. Da dem nicht widersprochen worden sei, sei dies für das Gericht verbindlich. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Ursache der Rissbildung vor dem Vorliegen des Gutachtens D._ noch unklar gewesen sei, lasse sich daher nicht halten und verletze die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO. Die Berufungsbeklagte macht ihrerseits geltend, dass die Berufungsklägerin ihren Vorwurf, die vorinstanzliche Entscheidungsbegründung in Zusammenhang mit der rechtzeitig und rechtsgenügend erhobenen Mängelrüge sei mangelhaft, nicht weiter begründe. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren führt sie im Weiteren aus, dass sich die am Bau Beteiligten, das heisst die Parteien, der Architekt sowie ein Vertreter der Bauunternehmung C._ am 28. Oktober 2009, am 10. Februar 2011, am 22. Februar 2011 und am

E. 14

September 2011 zur Begutachtung und Besprechung der Risse im Haus in O.1_ getroffen hätten. Da die Ursache der Risse und die verantwortliche Person zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gewesen seien, habe der Architekt an diesen Sitzungen sowohl gegenüber der Bauunternehmung als auch gegenüber der Berufungsklägerin mündlich Mängelrüge erhoben. Keiner der Beteiligten habe die Verantwortung für die Risse übernehmen wollen, so dass sie – obschon die Berufungsklägerin ihre Zustimmung verweigert habe – ein Gutachten in Auftrag gegeben habe. Eine Schuld des Bauunternehmers sei bis zum Vorliegen des Gutachtens als wahrscheinli-

6 PKG 2017 60 cher erachtet worden, weshalb diesem gegenüber eine schriftliche, der Berufungsklägerin gegenüber hingegen nur eine mündliche Mängelrüge erhoben worden sei. Eine Mängelrüge gelte erst ab jenem Zeitpunkt, ab welchem die für den Schaden verantwortliche Person bekannt sei und damit vorliegend nach der Erstattung des Gutachtens als zumutbar. Daher sei nicht relevant, dass die Berufungsklägerin bestreite, an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen zu haben, da der Berufungsbeklagten zu

diesem Zeitpunkt mangels Kenntnis des Verantwortlichen eine Mängelrüge noch gar nicht möglich gewesen sei. Dennoch habe sie die Mängel der Berufungsklägerin als potentiell Schuldige bereits zu diesem Zeitpunkt mitgeteilt. Der bloße Verdacht löse die Rügefrist jedoch nicht aus. Daher könne entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin nicht davon gesprochen werden, dass die Berufungsbeklagte bestätigt habe, bereits am 28. Oktober 2009 Kenntnis von einem Planungsfehler gehabt zu haben, womit die Vorinstanz bei dieser Tatsachenfeststellung auch nicht gegen die Verhandlungsmaxime verstossen habe. Erst mit dem Gutachten habe Gewissheit über die Verantwortlichkeit bestanden. bb) Art. 367 Abs. 1 und Art. 370 Abs. 3 OR auferlegen dem Werkbesteller eine Rügepflicht bzw. -obliegenheit. Eine solche besteht insbesondere auch gegenüber dem Ingenieur (vgl. Thomas Siegenthaler, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: Baurecht BR/ DC 4/2012 S. 193 ff. zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_53/2012 und 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012). Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt voraus, dass der Bauherr den Schaden verursachenden Planmangel rechtzeitig rügt, andernfalls er diesen Anspruch verliert (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3). Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des versteckten Mangels (vgl. Art. 370 Abs. 3 OR). Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, lösen erste Anzeichen noch keine Rügefrist aus. Eine Entdeckung derselben darf erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustands deutlich wird und der Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 7.2 insbes. mit Verweis auf BGE 131 III 145 E. 7.2 und 118 II 142 E. 3b). Mängel gelten erst mit ihrer zweifelsfreien Feststellung als entdeckt. Deren Abklärung kann den Beizug von Sachverständigen erfordern (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 2182; Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen 2015, Rz. 600; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 17 zu Art. 370 OR). Der Besteller darf das Ergebnis der Expertise indessen nicht ohne vorgängige Mängelrüge abwarten, wenn er bereits vorher über genü-

PKG 2017 6 61 gend Informationen zur Erhebung einer Mängelrüge verfügt hat (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 25 zu Art. 367 OR mit weiteren Hinweisen). Rügen muss der Besteller erst, wenn ihm neben dem Werkmangel auch dessen Vertragswidrigkeit bekannt ist (BGE 131 III 145 E. 7.2; Urteile des Bundesgerichts 4A_297/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.2 und 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.1). Sind mehrere Unternehmer an der Errichtung eines Gesamtwerks beteiligt gewesen, so muss der Besteller den betreffenden Mangel zuerst einem bestimmten Unternehmer zuweisen können, bevor er sachgerecht rügen kann und der Mangel als entdeckt gilt (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2182; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 370 OR). Bei mehreren Unternehmern soll der Besteller also zuwarten dürfen, bis er Kenntnis vom Verantwortlichen hat, wobei es zwar ratsam erscheine, die Mängelrüge auch ohne sichere Kenntnis des Verursachers an die beteiligten Unternehmer zu richten (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR mit Verweis auf das Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2004.85 vom 16. November 2007 E. 4 f.). Der Besteller ist jedoch nicht gehalten, gegenüber den verschiedenen potentiell Gewährleistungspflichtigen je vorsorglich Mängelrüge zu erheben (Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605 mit weiteren Hinweisen; so auch

Peter Gauch a.a.O., Rz. 2182, der eine Rüge «aufs Geratewohl» an alle fraglichen Unternehmer mit dem Wortlaut und Sinn von Art. 370 Abs. 3 OR für unvereinbar hält). Ebenfalls obliegt ihm keine Nachforschungspflicht, womit er sich nach der Entdeckung von Baumängeln nicht auf Ursachensuche, das heisst auf die Suche von geheimen Mängeln, machen muss (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.3 mit Verweis auf Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2183). cc) Der Auffassung der Berufungsklägerin, die Rügefrist habe bereits im Oktober 2009 zu laufen begonnen, weil die Berufungsbeklagte die mangelhafte Planung gemäss eigenen Angaben erstmals am 28. Oktober 2009 gerügt habe und ihr der angebliche Mangel damit bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Denn die Erhebung einer Mängelrüge lässt nicht in jedem Fall den Schluss zu, dass der Mangel vorher entdeckt, das heisst zweifelsfrei erkannt worden ist. Dem Besteller ist es nämlich unbenommen, vorsorglich auf blosser Vermutung hin eine Mängelrüge anzubringen, mithin bevor die Rügefrist zu laufen beginnt (Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2001 vom 3. April 2002 E. 3c). Im vorliegenden Fall verhielt es sich so, zumal die Berufungsbeklagte vor Erstattung der Expertise D. vom 4. Januar 2012 keine Kenntnis vom verantwortlichen Unternehmer hatte. Dass die Berufungsbeklagte einen Gutachter beauftragte, um Kenntnis über die Ursache der Mauerrisse zu erlangen, ist nicht zu beanstanden. Auf diese Weise konnte sie die verantwortliche

6 PKG 2017 62 Person ermitteln. Falls also zuvor Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden sein sollte, ist diese bloss als vorsorgliche Rüge im erwähnten Sinne zu betrachten. Wie dargelegt muss der Besteller den Mangel zuerst einem bestimmten Unternehmer zuweisen können, bevor er sachgerecht rügen kann und die Rügefrist ausgelöst wird (vgl. vorstehend E. 3a/ bb). Die Berufungsbeklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren entgegen der berufungsklägerischen Behauptung auch nicht eingestanden, bereits im Herbst 2009 gewusst zu haben, dass es sich um einen Planungsfehler handle. Sie hat lediglich ausgeführt, dass ihr Architekt an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 die Statikpläne gegenüber G. als mangelhaft gerügt habe (vgl. Vorinstanz act. I./1, Klage S. 3 Ziff. 3 und S. 13 Ziff. 8). Angesichts dessen kann der Vorinstanz entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin auch keine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorgeworfen werden, indem sie für den Beginn der Rügefrist nicht auf den 28. Oktober 2009 abstellte. Die erforderliche Gewissheit, dass die Risse auf einen Planungsfehler zurückzuführen sind, erhielt die Berufungsbeklagte erst aufgrund des Gutachtens. Die diesbezügliche vorinstanzliche Schlussfolgerung ist damit zu stützen. b/aa) Gilt die Mangelursache gemäss den vorstehenden Ausführungen erst mit dem Vorliegen des Gutachtens als entdeckt, so war die Berufungsbeklagte nicht gehalten, bereits vorgängig eine Mängelrüge an die Berufungsklägerin zu richten. Eine Rüge auf blossen Verdacht hin wäre aber möglich und rechtswirksam (vgl. Alfred Koller, a.a.O., Rz. 605). Die Mängelrüge ist an keine besondere Form gebunden. Allerdings sind die Werkmängel nicht bloss anzuzeigen, sondern auch zu rügen (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 17 zu Art. 367 OR). Die Mängelrüge muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein, das heisst 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; Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2 und 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3). Der Unternehmer muss der Mitteilung des Bestellers entnehmen können, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Besteller das Werk als mangelhaft erachtet (Peter Gauch,

a.a.O., Rz. 2131; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 367 OR). In der Regel impliziert bereits die blosser Mitteilung der Mängel, dass der Besteller den Unternehmer dafür verantwortlich macht. Etwas anderes kann sich aus besonderen Umständen ergeben, wenn der Besteller die Mängel beispielsweise nur anzeigt, um den Unternehmer für die Zukunft zu warnen. Wie die Mängel in der Anzeige zu umschreiben sind, hängt vom Einzelfall ab (Urteil des Bundesgerichts 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1 insbes. mit Verweis auf das Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.1; vgl. auch Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2134; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G.

PKG 2017 6 63 Schott, a.a.O., N 18 zu Art. 367 OR mit weiteren Hinweisen). Den Beweis, dass eine Mängelrüge erhoben worden ist, hat der Besteller zu erbringen. Das heisst, er hat sowohl zu beweisen, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist als auch wann, an wen und auf welche Weise er ihn mitgeteilt hat (vgl. BGE 118 II 142 E. 3a; 107 II 172 E. 1a; Urteile des Bundesgerichts 4A_202/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1, 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3 und 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; differenzierend Peter Gauch, a.a.O., Rz 2169 f. und Rz. 2191 f., wonach der Besteller zwar zu beweisen habe, dass und wann der Mangel von ihm gerügt worden sei, dem Unternehmer jedoch der Beweis obliege, dass die Mängelrüge zu spät bzw. nicht sofort nach der Entdeckung des Mangels abgegeben worden sei; vgl. auch Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Betrand G. Schott, a.a.O., N 32 f. zu Art. 367 OR und N 27 zu Art. 370 OR). bb) Die Berufungsklägerin bestreitet, dass zu irgendeinem Zeitpunkt eine genügend substantiierte Mängelrüge erfolgt sei. Die Berufungsbeklagte habe den Beweis, dass an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 – obschon ihr sowohl die Mängel als auch der verantwortliche Unternehmer bekannt gewesen seien – Mängelrüge erhoben worden sei, nicht erbracht und müsse die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Die Berufungsbeklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Mängel gegenüber der Berufungsklägerin mehrfach mündlich gerügt zu haben und zwar erstmals am 28. Oktober 2009, unmittelbar nach der Feststellung, dass sich die Risse stetig vergrössern würden. Der Architekt B._ habe die Teilnahme von G._ an dieser Sitzung glaubhaft bestätigt. Gemäss der Zeugenaussage des Architekten sei an den abgehaltenen Sitzungen stets gegenüber der Bauunternehmung und der Berufungsklägerin Mängelrüge erhoben worden. Gegenüber Letzterer seien insbesondere die Pläne als mangelhaft gerügt worden, was auch der Zeuge F._ bestätige. Aus der Aktennotiz vom 14. Februar 2011 lasse sich ebenfalls ableiten, dass die Statikpläne gegenüber der Berufungsklägerin gerügt worden seien, zumal diese aufgefordert worden sei, die Pläne an die nächste Sitzung vom 22. Februar 2011 mitzunehmen. cc) Die Mängelrüge kann, da kein Formerfordernis besteht, auch mündlich erhoben werden. Um beurteilen zu können, ob dies vorliegend geschehen ist, ist insbesondere auf die Zeugenaussagen abzustellen. F._ erklärte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 14. Oktober 2013 (vgl. Einvernahmeprotokoll Vorinstanz act. V./1), dass der Vertreter der Berufungsklägerin, G._, an einigen Sitzungen trotz offizieller Einladung nicht anwesend gewesen sei. Er könne sich nicht mehr erinnern, ob dieser an der Sitzung vom 28. Oktober 2009 teilgenommen habe. Anfangs sei die Fehlerhaftigkeit bei ihnen als Bauunternehmung gesucht worden und sie hätten mehrere Mängelrügen – gemeint wohl die beiden schriftlich an die C._ gerichteten Mängelrügen vom 18. November 2009 (vgl. Vorinstanz act. II./7)

6 PKG 2017 64 und vom 10. März 2011 (vgl. Vorinstanz act. II./8) – erhalten. Er habe dann aufgeworfen, dass es sich möglicherweise um ein statisches Problem handeln könnte (vgl.

Einvernahmeprotokoll S. 2-4). Der Architekt B._ habe während der Bausitzungen das Problem finden wollen. Er habe einen Mangel festgestellt und festgehalten sowie stets beabsichtigt, dass dies geklärt werde. Auf die Frage, ob G._ die Äusserungen des Architekten als Mängelrüge habe verstehen können und dürfen, erwiderte F._, dass ein Mangel vorliege schon, aber vielleicht weniger, dass es ihn betreffe. Der Fokus sei immer etwas zu stark auf den Unternehmern gelegen. Dass die Verantwortlichkeit schlussendlich beim Planer liege, sei erst mit dem Gutachten D._ festgestanden (vgl. Einvernahmeprotokoll S. 5 f.). Diese Aussagen erscheinen glaubwürdig und widerspruchsfrei. Sie werden insbesondere auch durch die beiden bei den Akten liegenden schriftlichen Mängelrügen gestützt, welche zeigen, dass die Berufungsbeklagte zunächst von einem Fehler in der Bauausführung ausgegangen ist. Aus der Aussage des Zeugen F._ lässt sich schliessen, dass die Berufungsklägerin um das Bestehen der Mauerrisse wusste. Die möglichen Ursachen derselben sind an den Bausitzungen durch den Architekten offenbar regelmässig thematisiert worden. Den inhaltlichen Anforderungen an eine Mängelrüge ist nicht Genüge getan, wenn die Mängel lediglich festgehalten werden. Vielmehr muss der Besteller auch aufzeigen, dass er den Unternehmer haftbar machen will (vgl. vorstehend E. 3b/aa). Sind mehrere Unternehmer beteiligt, ist daher massgebend, ob ein einzelner Unternehmer angesprochen wird bzw. ob er sich angesprochen fühlen muss. Bei einer Bausitzung mit mehreren Beteiligten ist die Rüge damit ausdrücklich an einen bestimmten Unternehmer zu richten mit der unmissverständlichen Kundgabe, dass gerade er für den betreffenden Mangel bzw. Mangelfolgeschaden verantwortlich gemacht wird. Dies war vorliegend nach Aussage von F._ nicht der Fall. Obschon der Berufungsklägerin die Mängel zwar bekannt gewesen seien, habe sie nicht davon ausgehen können, dass diese in erster Linie sie treffen würden. Der Fokus sei nämlich auf einem Ausführungsfehler gelegen. Demnach konnte die Berufungsklägerin aus der Anzeige der bestehenden Bauwerksmängel an den Bausitzungen allein nicht ableiten, dass sie als Planerin dafür haftbar gemacht wird. Der Architekt B._ sagte aus, es sei Thema an den Sitzungen gewesen, dass die Risse ihren Ursprung in den mangelhaften Plänen haben könnten. Die Frage, ob diesbezüglich Mängelrüge gegenüber der Berufungsklägerin erhoben worden sei, bejahte er (vgl. Einvernahmeprotokoll Vorinstanz act. V./2 S. 2 f.). Nachfolgend präziserte er, dass er gegenüber von G._ Mängelrüge erhoben habe, indem er ihm die Expertise D._ ausgehändigt und ihn zur Stellungnahme aufgefordert habe (vgl. Einvernahmeprotokoll S. 4). Die Aussagen der beiden Zeugen stimmen damit nicht gänzlich überein. Allerdings legte B._ nicht genau dar, wie er die angebliche Mängelrüge an den Bausitzungen formuliert hatte. Seine

PKG 2017 6 65 Aussage erscheint diesbezüglich unvollständig und gibt keinen näheren Aufschluss über die an den Sitzungen angeblich erhobene Rüge. Konkret äusserte er sich lediglich dahingehend, dass die Mängelrüge in der Zustellung des Gutachtens liege. Unter Gesamtwürdigung der beiden Zeugenaussagen erscheint es nicht rechtsgenügend erstellt, dass die Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin während der Bausitzungen mündlich eine den inhaltlichen Anforderungen genügende Mängelrüge ausgesprochen hat. Der Berufungsbeklagten ist es nicht gelungen, den Beweis hierfür zu erbringen. Zum einen ist nicht klar, an welchen Sitzungen der Vertreter der Berufungsklägerin überhaupt anwesend war. Zum anderen wurde über die Sitzungen jeweils kein Protokoll geführt. Auch aus dem Umstand, dass die Berufungsklägerin gemäss Aktennotiz des Architekten vom 14. Februar 2011 aufgefordert worden sein soll, die Statikpläne an die Sitzung vom 22. Februar 2011 mitzubringen (vgl. Vorinstanz act. II./10), lässt sich entgegen der Auffassung

der Berufungsbeklagten nicht darauf schliessen, dass die Pläne als mangelhaft gerügt wurden. So konnte insbesondere der an der Sitzung anwesende F. nicht sagen, weshalb sich G. gezwungen gesehen habe, die Pläne an die Besprechung mitzubringen (vgl. Einvernahmeprotokoll S. 5). dd) Ferner moniert die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang, sie habe sich abweichend von der vorinstanzlichen Feststellung durch das Fernbleiben an den Sitzungen nicht wider Treu und Glauben verhalten. Dadurch habe sie keine Mängelrüge verhindern können, sondern der Berufungsbeklagten seien sämtliche Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, um eine fristgerechte Rüge zu erheben. Die entsprechend gegensätzliche Argumentation der Vorinstanz erscheine willkürlich. Die Berufungsbeklagte pflichtet der Vorinstanz hingegen darin bei, dass das bewusste Fernbleiben an Besprechungen keinen Rechtsschutz verdiene. Aus der Berufung gehe überdies nicht hervor, inwiefern diese Folgerung der Vorinstanz willkürlich sein solle, womit den Begründungsanforderungen nicht Genüge getan werde. Wie dargelegt (vgl. E. 1b) kommt der Berufungsinstanz gemäss Art. 310 ZPO sowohl in Sach- als auch in Rechtsfragen volle Kognition zu, so dass sie nicht erst bei Vorliegen von Willkür eingreifen kann. Vorliegend ist nicht klar, an welchen Sitzungen der Vertreter der Berufungsklägerin genau teilgenommen hat. Jedenfalls ist er nach Aussagen der Zeugen nicht sämtlichen Sitzungen ferngeblieben. Von einem Verhalten gegen Treu und Glauben kann aufgrund teilweiser Sitzungsabwesenheit noch nicht gesprochen werden. Die Berufungsbeklagte hatte jederzeit die Möglichkeit, die Mängel gegenüber der Berufungsklägerin schriftlich zu rügen. Ein Fernbleiben an den Sitzungen ist damit höchstens als mangelnde Kooperation zu werten; es stand der Erhebung einer Mängelrüge aber nicht entgegen. c/aa) Da eine mündliche Mängelrüge nach dem Gesagten nicht als nachgewiesen gilt, fragt sich, ob die Zustellung des Gutachtens als

6 PKG 2017 66 Mängelrüge qualifiziert werden kann. In der Klageschrift wurde zunächst ausgeführt, dass die am 16. Januar 2012 erfolgte Weiterleitung des Gutachtens einzig noch der Information der Beklagten gedient habe, da ihr gegenüber anlässlich der Bausitzungen bereits mehrfach mündlich rechtswirksam Mängelrüge erhoben worden sei (vgl. Vorinstanz act. I./1, Klage S. 14 Ziff. 12). Nachdem die Beklagte jedoch bestritt, dass ihr gegenüber jemals eine mündliche Rüge abgegeben worden sei, stellte sich die Klägerin in ihrer Replik auf den Standpunkt, dass die Zustellung des Gutachtens ebenfalls als Mängelrüge zu verstehen sei (vgl. Vorinstanz act. I./4, Replik S. 5 Ziff. 1.4). Dem ist die Vorinstanz gefolgt und hat in der Weiterleitung des Gutachtens eine rechtsgenügende Mängelrüge erblickt. Sie hielt fest, durch die Antwort, sie habe die Angelegenheit ihrer Versicherung gemeldet und eine Besprechung mache keinen Sinn mehr, habe die Berufungsklägerin zu verstehen gegeben, dass sie die Schlussfolgerungen des Gutachters akzeptiere und die Verantwortungszuweisung verstanden habe. Die Berufungsklägerin wendet sich dagegen und macht geltend, dass die kommentarlose Weiterleitung eines Gutachtens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Mängelrüge ausreiche. Im Begleitmail vom 16. Januar 2012 sei keine substantiierte Rüge enthalten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Zustellung der Expertise D. als Mängelrüge anerkannt habe. Es sei unhaltbar und willkürlich, einen solchen Schluss aus ihrem Verhalten zu ziehen. Dass sie den Fall ihrer Haftpflichtversicherung gemeldet habe, bedeute nicht, dass sie die Zustellung des Gutachtens als Mängelrüge verstanden habe, zumal die Versicherung auch zur Abwehr von unberechtigten Ansprüchen verpflichtet sei. Die Berufungsbeklagte hält hingegen dafür, dass die Mängelrüge den inhaltlichen Anforderungen genüge. Lehre und Rechtsprechung

würden die Weiterleitung eines Gutachtens durch den Besteller an den Unternehmer als Mängelrüge anerkennen. Vorliegend habe die Berufungsklägerin die Zustellung der Expertise nur als Mängelrüge verstehen können, da diese die Verantwortung für den Schaden im Wesentlichen ihr alleine zuweise. Die Mängelrüge sei von der Berufungsklägerin denn auch als solche verstanden worden, ansonsten sie den Fall nicht – wie in der Berufung selbst ausgeführt werde – zur Abwehr unberechtigter Ansprüche ihrer Versicherung gemeldet hätte. Die Berufungsklägerin habe erkannt, dass gegen sie aus Mängeln Ansprüche erhoben würden. So habe sie in ihrer Berufung selbst eingeräumt, dem Gutachten entnommen zu haben, dass sie für den Mangel verantwortlich gemacht werde.

bb) Die Rügepflicht des Bestellers besteht auch im Falle einer sachverständigen Prüfung durch einen Dritten. Die amtliche, vom Richter veranlasste Zustellung des Prüfungsbefunds an den Unternehmer vermag die Mängelrüge nicht zu ersetzen, da es bereits an der erforderlichen Willens-

PKG 2017 6 67 kundgabe des Bestellers fehlt. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn ein privater Sachverständiger seinen Prüfungsbefund direkt dem Unternehmer mitteilt, es sei denn, er rügt zugleich die festgestellten Mängel und ist vom Besteller hierzu ermächtigt worden. Der Besteller kann die Mängel dadurch rügen, indem er das Gutachten dem Unternehmer selbst übermittelt und dabei den Willen zum Ausdruck bringt, das Werk nicht als vertragsgemäss gelten zu lassen und den Unternehmer dafür haftbar zu machen (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2138 f. insbes. mit Verweis auf BGE 107 II 50 E. 2a). Ferner ist für die Mängelhaftung unerheblich, ob der Unternehmer einer Mängelrüge widerspricht oder nicht darauf antwortet (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2135). Bei einer ungenügenden Substantiierung der Rüge sprechen sich gewisse Autoren für eine Rückfragepflicht des Unternehmers aus (David Rüetschi, Substantiierung der Mängelrüge, in: recht 3/2003, S. 121; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 612).

cc) Wie die Berufungsklägerin zutreffend vorbringt, ist im Begleitmail des Architekten vom 16. Januar 2012 keine ausdrückliche Mängelrüge enthalten. Die Berufungsklägerin und die Bauunternehmung C. werden darin lediglich zur Stellungnahme aufgefordert und zu einer Besprechung eingeladen (vgl. Vorinstanz act. II./14 und act. II./32). Doch kann sich der Wille, das Werk nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer dafür haftbar zu machen, auch allein aus der Zustellung des Gutachtens ergeben. Denn dieser Wille muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend kundgetan werden (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2134; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 17 zu Art. 367 OR). Im entsprechenden Gutachten von D. wird die Rissbildung im Dachgeschoss auf einen Planungsfehler zurückgeführt und die Verantwortlichkeit hierfür zu 100% der Berufungsklägerin zugewiesen. Ausführungsfehler seien hingegen nicht erkennbar (vgl. Vorinstanz act. II./13 S. 39). Die Berufungsklägerin wusste um das Bestehen der Risse und war orientiert darüber, dass ein Gutachten zur Klärung ihrer Ursachen in Auftrag gegeben werden sollte (vgl. Vorinstanz act. II./12). Das betreffende Gutachten beinhaltet eine klare Schlussfolgerung und bezeichnet einen Planungsfehler als ursächlich für die aufgetretene Rissbildung und weist die Verantwortung dafür unmissverständlich der Berufungsklägerin zu. Aufgrund dessen wird mit der Zustellung desselben hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass das Werk nicht akzeptiert wird und der gemäss Expertise verantwortliche Ingenieur haftbar gemacht wird. Dass der Architekt das Gutachten übermittelt hat, schadet nicht, zumal er dies explizit im Namen und Auftrag der Berufungsbeklagten tat (vgl. Vorinstanz act. II./14 und act. II./32), so dass ihr die entsprechende Erklärung zuzurechnen ist. Sodann ist nicht entscheidend, ob die Berufungsklägerin die Weiterleitung

der Expertise tatsächlich als Mängelrüge verstanden hat. Massgebend erscheint vielmehr, ob sie diese nach

6 PKG 2017 68 Treu und Glauben als solche verstehen konnte. Es obliegt nämlich dem Unternehmer, die Mitteilung des Bestellers fach- und werkgerecht zu interpretieren und sich mit aller Sorgfalt darum zu bemühen, den Besteller richtig zu verstehen, da die gesetzliche Rügepflicht des Bestellers dem Schutz des Unternehmers dient (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2132). Im Lichte der vorstehenden Ausführungen konnte bzw. musste die Übermittlung des Gutachtens bei sachgemässer Interpretation als Mängelrüge verstanden werden. Dies gilt umso mehr angesichts der Vorgeschichte, wonach die Ursache der Baumängel das Hauptthema an den Bausitzungen darstellte und die Berufungsklägerin diesbezüglich von der Berufungsbeklagten ausdrücklich angefragt wurde, ob sie mit der Einholung einer Expertise einverstanden sei (vgl. Vorinstanz act. II./12). Zudem zeigt sich anhand der Reaktion der Berufungsklägerin, dass sie die Zustellung des Gutachtens auch tatsächlich als Verantwortlichkeitszuweisung für die ihr bekannten Mauerrisse interpretierte. Denn sie sah sich mit möglichen Forderungen konfrontiert und beabsichtigte deshalb, ihre Versicherung zu informieren. Der Berufungsklägerin ist zwar darin beizupflichten, dass eine Meldung an die Versicherung auch zur Abwehr von unberechtigten Ansprüchen erfolgen muss. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass sie erkannte, dass Ansprüche – unabhängig davon, ob diese nun als rechtmässig oder unrechtmässig zu beurteilen sind – gegen sie erhoben werden und sie haftbar gemacht wird. Nicht halten lässt sich hingegen die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Berufungsklägerin durch ihre Antwort die Schlussfolgerung des Gutachtens akzeptiert haben soll. Mit der Versicherungsmeldung geht nicht zugleich eine Anerkennung der Verantwortlichkeit einher. Allerdings ist für die Gültigkeit der Mängelrüge wie erwähnt unerheblich, ob der Unternehmer die Verantwortung akzeptiert oder ihr widerspricht (vgl. Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2135). Es kann somit festgehalten werden, dass die Zustellung des Gutachtens vorliegend als Mängelrüge gilt. An dieser Beurteilung vermag auch der von der Berufungsklägerin angeführte Bundesgerichtsentscheid 4D_25/2010 nichts zu ändern, denn diesem Entscheid lag ein anderer Sachverhalt zugrunde. Ein Unternehmer hatte für ein Ehepaar einen Parkettbelag in dessen Wohnung eingebaut. Der Architekt teilte dem Parkettunternehmer mit, dass die Bauherrschaft mit dem Werk nicht zufrieden sei und dass ein Experte mit der Prüfung beauftragt werde, ob das Parkett nach den Regeln der Baukunst verlegt worden sei. Der Experte erstattete seinen Bericht am 1. September 2006, wobei eine Kopie desselben direkt an den Unternehmer ging. Der Unternehmer schrieb am 5. Oktober 2006 an seinen Lieferanten und machte ihn für die Schäden verantwortlich. Der Lieferant bestritt indessen, dass ein Mangel des von ihm gelieferten Materials vorliege. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Zusendung eines Expertenberichts zur Kenntnis und zur Stellungnahme in keiner Weise den Willen des Parkettunternehmers aus-

PKG 2017 6 69 drücke, den Lieferanten verantwortlich zu machen, zumal in diesem Bericht kein entsprechender Wille des Parkettunternehmers zum Ausdruck gebracht werde. Entsprechend wurde dies nicht als genügende Mängelrüge gewertet (vgl. dazu Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichts in den Jahren 2008-2011, in: Jusletter vom 6. Februar 2012, S. 24 f.). Im vorliegenden zu beurteilenden Fall verhielt es sich jedoch so, dass die Bestellerin das Gutachten einholte und dieses direkt dem darin als verantwortlich bezeichneten Unternehmer zustellte. Daraus ist wie dargelegt ihr Wille ersichtlich, den betreffenden

Unternehmer haftbar zu machen. d/aa) Sofern die Weiterleitung des Gutachtens als rechtsgenügende Mängelrüge angesehen wird, hält die Berufungsklägerin diese für verspätet. Denn das Gutachten sei der Berufungsbeklagten mit E-Mail vom 6. Januar 2012 zugestellt, der Berufungsklägerin hingegen erst mit E-Mail vom

E. 16

Januar 2012 weitergeleitet worden. Die Vorinstanz habe dies entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als rechtzeitig qualifiziert. Es gebe keinen Grund, vorliegend von einer Frist von mehr als sieben Tagen auszugehen. Dem Architekten habe klar sein müssen, dass die im Gutachten genannten Mängel sofort bei der Berufungsklägerin zu rügen gewesen wären. Mangels rechtzeitiger Mängelrüge seien die Ansprüche der Berufungsbeklagten untergegangen. Die Berufungsbeklagte führt ihrerseits aus, dass der Architekt das Gutachten von D. infolge Ferienabwesenheit am 9. Januar 2012 und sie selbst am 10. Januar 2012 empfangen habe. Der Architekt habe das Gutachten sodann im Sinne einer Mängelrüge am 16. Januar 2012 an die Berufungsklägerin weitergeleitet. Damit sei das Gutachten innerhalb von fünf Arbeitstagen zugestellt worden. Bei der Mängelrügefrist werde lediglich auf Arbeitstage abgestellt. Da keine unmittelbare Vergrößerung des Schadens gedroht habe, sei vorliegend eine Frist von sieben Tagen massgebend, womit die Berufungsbeklagte fristgerecht Mängelrüge erhoben habe. bb) Gemäss Art. 370 Abs. 3 OR sind versteckte Mängel sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen. Der Zweck der kurzen Rügefrist liegt im Bestreben nach rascher Schaffung von Rechtssicherheit. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass bei der Beurteilung, ob eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist, auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel, abzustellen ist. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn die Gefahr besteht, dass der betreffende Mangel bei einem Zuwarten zu einem grösseren Schaden führt. Wo eine Verzögerung nicht die Gefahr einer Schadensvergrößerung beinhaltet, gilt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine siebentägige Rügefrist als angemessen (Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2 sowie 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 7.2 jeweils insbes. mit Verweis auf die Urteile 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1 und 4C.82/2004

6 PKG 2017 70 vom 3. Mai 2004 E. 2.3; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.4, 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4 und 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5). Eine längere Dauer ist nur ganz ausnahmsweise als fristwährend erachtet worden (Alfred Koller, a.a.O., Rz. 609 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2001 vom 3. April 2002 E. 2b, wonach der vorinstanzliche Entscheid, der ausgehend von einer Entdeckung des betreffenden Mangels anfangs Dezember die einige Tage vor dem 15. Dezember erfolgte Rüge als rechtzeitig qualifizierte, gestützt wurde, zumal nicht geltend gemacht worden sei, es habe wegen der verzögerten Rüge das Risiko bestanden, dass sich der Schaden vergrössere). Eine 14 Tage nach Entdeckung des Mangels erhobene Rüge wurde beispielsweise als verspätet beurteilt mit der Begründung, dass die Art des Mangels (Undichtigkeit der Schläuche) relativ einfach feststellbar gewesen sei und keine besonderen Umstände dargetan worden seien, die ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen vermöchten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung eine Frist von sieben Tagen – vorbehältlich besonderer Umstände – als maximale Obergrenze der «Sofortigkeit» definiert (Thomas Siegenthaler, a.a.O., S. 196). Diese Rechtsprechung umfasst insbesondere auch den vorliegend betroffenen Bereich der

Ingenieurdienstleistungen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 sowie 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012). In der Literatur wird eine Frist von sieben bis zehn Tagen in der Regel als angemessen bezeichnet (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/ Betrand G. Schott, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR und N 16 zu Art. 370 OR). Die Mehrheit der Autoren halten die bundesgerichtliche Rechtsprechung – insbesondere in Bezug auf Planerverträge – für zu streng und plädieren für eine eher grosszügige Handhabung des sofortigen Rügeerfordernisses (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2177 und 2181; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 610 f.; Thomas Siegenthaler, a.a.O., S. 193 und 196). Die absolute Rügefrist deckt sich mit der Verjährungsfrist, womit die Rüge bei unbeweglichen Werken gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, spätestens innert fünf Jahren nach der Ablieferung des Werks erhoben werden muss (Art. 371 Abs. 2 OR; vgl. Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2295; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 592). Bei verspäteter Rüge gilt das Werk als genehmigt (vgl. Art. 370 Abs. 2 und 3 OR). Dies bedeutet, dass die Mängelrechte hinsichtlich der betroffenen Mängel aufgrund der Verletzung der Rügepflicht verwirkt sind (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2185; Alfred Koller, a.a.O., Rz. 591). cc) Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die Mängelrüge seitens der Berufungsbeklagten rechtzeitig erhoben worden ist. Die Vorinstanz erwog, das Gutachten sei der Baufirma und der Berufungsklägerin rund zehn Tage nach Erhalt zur Stellungnahme zugestellt worden. Sie qua-

PKG 2017 6 71 lifizierte dies als rechtsgenügeliche und rechtzeitige Rüge. Die Berufungsbeklagte hält zwar selbst eine Frist von sieben Tagen als massgebend, sie möchte bei der Mängelrügefrist jedoch wie dargelegt lediglich auf Arbeitstage abstellen. Diese Argumentation verfängt nicht. Die Berufungsbeklagte verweist auf ein Urteil des Handelsgerichts Zürich sowie eine Literaturstelle, doch findet sich eine solche Aussage bei eingehender Betrachtung weder an der einen noch der anderen Stelle. Vielmehr heisst es im besagten Urteil, dass dem Besteller eine Erklärungsfrist von fünf Tagen, wovon nur drei Tage Arbeitstage gewesen seien, zugestanden werde müsse (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080290 vom 17. November 2011 E. 3.4.3.2). Auch der Verweis auf Peter Gauch (a.a.O., Rz. 2180a) überzeugt nicht. Dieser bezieht sich auf einen Bundesgerichtsentscheid und hält fest, es werde für ausreichend erachtet, «wenn ein Mangel innerhalb von drei, à la rigueur von sieben Arbeitstagen nach seiner Entdeckung gerügt wird». Der von ihm zitierte französische Entscheid spricht indessen von «deux ou trois jours ouvrables après la découverte» und in der Folge von «à la rigueur d'une communication intervenue sept jours après la découverte» (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.2, übersetzt in AJP 10/2007 S. 1318). Gemäss diesem Entscheid ist von sieben Tagen und nicht von sieben Arbeitstagen die Rede, was sich auch aus dem darin enthaltenen Verweis auf das Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 (E. 2.3) ergibt. Daher ist im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer massgebenden Frist von sieben Kalendertagen auszugehen. Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Klägerin in ihrer Replik geltend, dass der Architekt das am 6. Januar 2012 übermittelte Gutachten infolge der bis zum 8. Januar 2012 dauernden Betriebsferien am 9. Januar 2012 zur Kenntnis genommen habe. Sie selbst habe davon am 10. Januar 2012 Kenntnis erhalten. Indem der Architekt das Gutachten am 16. Januar 2012 an die Beklagte weitergeleitet habe, habe er rechtzeitig innert der siebentägigen Frist Mängelrüge erhoben (vgl. Vorinstanz act. I./4, Replik S. 5 Ziff. 1.4). Die Gegenpartei hat den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme des Gutachtens nicht bestritten. In der Duplik brachte sie lediglich vor, dass die Mängelrüge – sofern in der Weiterleitung des Gutachtens eine solche

erblickt werden sollte – nicht rechtzeitig erfolgt sei, zumal der Architekt bereits am 28. Oktober 2009 um die angebliche Mangelhaftigkeit der Pläne gewusst habe (vgl. Vorinstanz act. I./6, Duplik S. 4 f.). Infolge fehlender Be- streitung gilt es somit als anerkannt, dass der Architekt das Gutachten am 9. Januar 2012 und die Berufungsbeklagte am 10. Januar 2012 zur Kenntnis nahm. Erst durch die tatsächliche Kenntnisnahme des Gutachtens durch den Architekten als Vertreter der Berufungsbeklagten gilt der darin fest- gestellte Planungsfehler als entdeckt. Denn erst diese erlaubte eine Verant- wortungszuweisung an den Ingenieur (vgl. dazu vorstehend E. 3a/bb und 6 PKG 2017 72 cc). Ausgehend vom Zeitpunkt der effektiven Kenntnisnahme am 9. Januar 2012 ist die Mängelrüge vom 16. Januar 2012 innert sieben Tagen erfolgt und muss daher als rechtzeitig gelten. ZK2 16 2 Urteil vom 7. Juni 2017

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