

MERKBLATT November 2023

Die Mängelhaftung beim Bauwerkvertrag

Bei einem Bauwerkvertrag schuldet der Unternehmer dem Besteller ein mängelfreies Bauwerk. Ein Mangel liegt dann vor, wenn eine Abweichung des Werkes vom Vertrag vorliegt. In diesem Fall kommen die Mängelrechte zur Anwendung.

Dieses Merkblatt behandelt fünf Fragen, die gestellt werden müssen, um das Bestehen eines werkvertraglichen Gewährleistungsanspruchs beurteilen zu können. Zudem werden die einzelnen Mängelrechte erläutert. Dabei werden die Bestimmungen des Obligationenrechts und der Norm SIA 118 berücksichtigt.



Einleitung

Bei einem Bauwerkvertrag schuldet der Unternehmer dem Besteller¹ ein Bauwerk, und zwar ein mängelfreies. Geschuldet ist somit nicht nur ein sorgfältiges Tätigwerden, sondern vielmehr ein Arbeitserfolg. Mängel liegen vor, wenn der Unternehmer seinen Vertrag schlecht erfüllt hat. Nur dann kommen die Mängelrechte zum Zuge und nicht etwa bei einer Spät- oder Nichterfüllung. Bei Letzteren sind die Verzugsregeln relevant, auf welche hier jedoch nicht eingegangen wird.

In diesem Merkblatt zeigen wir Ihnen zuerst die fünf Fragen auf, die Sie sich stellen müssen, um das Vorliegen eines Gewährleistungsanspruchs aus Werkvertrag beurteilen zu können. Danach werden noch die einzelnen Mängelrechte erläutert. Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf den gesetzlichen Regelungen gemäss Obligationenrecht (OR) sowie auf der Norm SIA 118. Auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede wird hingewiesen. Es gilt zu beachten, dass die Norm SIA 118 nur anwendbar ist, wenn sie vertraglich vereinbart wurde.

1. Frage: Wurde das Werk abgeliefert/abgenommen?

Ein Werkmangel und damit die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Gewährleistung des Unternehmers können nur dann vorliegen, wenn das Bauwerk abgeliefert wurde – so hat es das Schweizerische Bundesgericht in einem Urteil formuliert². Es spielt dabei erstmal keine Rolle, ob das Werk an Mängeln leidet oder nicht. Bevor also der Frage nach einem allfälligen Mangel nachgegangen werden kann, muss abgeklärt werden, ob das Werk dem Besteller abgeliefert wurde.

Anwendbarkeit des Obligationenrechts

Hat der Unternehmer das Bauwerk gemäss den vertraglichen Vereinbarungen vollendet, so liefert er dieses durch Mitteilung an den Besteller ab. Dies kann schriftlich durch eine Vollendungsanzeige oder aber auch stillschweigend erfolgen. Ebenfalls als abgenommen gilt das Werk, wenn es vom Besteller in Gebrauch genommen wird (z. B. durch Weiterbau). Nach der Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer und somit der Abnahme durch den Besteller, hat letzterer die Obliegenheit das Werk zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen (dazu mehr unter 4. Frage).

Anwendbarkeit der Norm SIA 118

Freilich ist auch im Anwendungsbereich der Norm SIA 118 vorausgesetzt, dass das Werk vollendet wurde. Im Gegensatz zum Obligationenrecht, sehen die Art. 157–164 Norm SIA 118 ein genau definiertes Prozedere zur Werkabnahme vor.

Anzeige der Vollendung

Die Werkabnahme wird durch eine Vollendungsanzeige (Art. 158) eingeleitet, welche der Unternehmer an die Bauleitung (wenn keine solche vorhanden ist: den Bauherrn) richtet. Diese Anzeige löst eine 1-monatige Frist aus, innert welcher das Werk geprüft werden muss. Diese Prüfungsfrist wird ebenfalls ausgelöst, wenn der Bauherr das Werk in Gebrauch nimmt.

Gemeinsame Prüfung des Werkes

Im Unterschied zum Obligationenrecht, wo der Besteller das Werk selbst zu prüfen hat, findet bei Anwendbarkeit der Norm SIA 118 eine gemeinsame Prüfung durch Unternehmer und Bauleitung statt. Die Prüfung wird wie folgt abgeschlossen:

- Das Werk wird mängelfrei (Art. 159) oder mit unwesentlichen Mängeln, welche der Unternehmer im Anschluss zu beheben hat (Art. 160), abgenommen.
- Bei Vorliegen von wesentlichen Mängeln wird die Abnahme zurückgestellt, bis diese vom Unternehmer behoben wurden und das Werk in einer zweiten gemeinsamen Prüfung abgenommen wurde (Art. 161). Trotz wesentlicher Mängel gilt das Werk als abgenommen, wenn die festgestellten Mängel nach der Prüfung nicht sofort gerügt wurden und nicht sofort Frist zu deren Behebung angesetzt wurde; die Mängel bis zur zweiten Prüfung nicht behoben wurden und der Bauherr nicht unverzüglich auf einer Nachbesserung beharrt oder vom Vertrag zurücktritt; sowie wenn der Bauherr sein Minderungsrecht ausübt (Art. 162 und 163 Abs. 1).

Abnahme ohne gemeinsame Prüfung

Verlangt nach Vollendungsanzeige des Unternehmers (oder Ingebrauchnahme) keine Partei eine Prüfung oder unterbleibt eine solche, weil der Bauherr seine Mitwirkung unterlässt, so gilt das Werk dennoch nach Ablauf der Monatsfrist als abgenommen (Art. 164 Abs. 1). Keine Abnahme findet statt, wenn der Unternehmer seine Mitwirkung verweigert. In diesem Falle treten die Abnahmewirkungen nicht ein (Art. 164 Abs. 2).

2. Frage: Liegt ein Werkmangel vor?

Der Werkmangel ist kein technischer, sondern ein rechtlicher Begriff. Ein Werk kann nämlich technisch einwandfrei und trotzdem mangelhaft sein, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Der Mangelbegriff der Norm SIA 118 (Art. 166) entspricht dem gesetzlichen Begriff und besteht darin, dass dem Werk eine vertraglich vereinbarte Eigenschaft fehlt oder – obwohl vertraglich nicht zugesichert – eine Eigenschaft fehlt, die nach dem Vertrauensprinzip erwartet werden kann.

¹ Besteller (Bezeichnung im OR) und Bauherr (Bezeichnung in der Norm SIA 118) sind dieselbe Partei.

² BGer 4C.34/2005 vom 18.8.2005, E. 5.1.

Vorliegen eines Werkmangels

Fehlen einer vertraglich vereinbarten Eigenschaft

Wurde im Werkvertrag vereinbart, welche Merkmale ein Bauwerk aufweisen soll (z. B. Masse, Farbe, besondere Wetterfestigkeit), so ist dies durch den Unternehmer zu berücksichtigen. Weist das Werk diese Merkmale nicht auf, so liegt ein Mangel vor, auch wenn das Werk technisch in Ordnung und brauchbar ist.

Fehlen einer nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzten Eigenschaft

Auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung darf der Besteller erwarten, dass das Werk eine normale Qualität und eine übliche Gebrauchstauglichkeit aufweist (z. B. Abwasserleitung muss dicht sein).

Erscheinungsform von Werkmängeln

Werkmängel können in unterschiedlichen Erscheinungsformen auftreten. Die Form ist im Hinblick auf die Mängelrechte insbesondere bezüglich des Rügezeitpunkts relevant.

Offene Mängel

Bei den offenen Mängeln handelt es sich um solche, die schon bei der Prüfung des Werkes entdeckt wurden oder bei sorgfältiger Prüfung hätten entdeckt werden können (erkennbarer Mangel).

Verdeckte Mängel

Bei den verdeckten Mängeln handelt es sich um solche, welche auch bei sorgfältiger Prüfung nicht entdeckt werden konnten oder aber erst später auftreten.

Absichtlich verschwiegene Mängel

Dabei handelt es sich um Mängel, welche dem Unternehmer bekannt sind, die er dem Besteller aber in arglistiger Art und Weise verschweigt.

Kein Vorliegen eines Werkmangels

Keinen Werkmangel stellt die **Verschlechterung des Werkes nach Ablieferung** desselben dar. So haftet der Unternehmer beispielsweise nicht für den **Verschleiss** des Werkes, es sei denn, er habe im Vertrag eine bestimmte Dauerhaftigkeit zugesichert oder eine solche konnte nach dem Vertrauensprinzip erwartet werden. Ebenfalls kein Mangel liegt vor, wenn ein Schaden durch unsachgemässe Verwendung wie z. B. **fehlende Wartung** entsteht. Insbesondere nicht sachverständige Besteller sind jedoch je nach Werk auf einen solchen Wartungsbedarf hinzuweisen. Bei wartungsintensiven Anlagen kann es empfehlenswert sein, vertraglich zu vereinbaren, dass die Gewährleistungsdauer von 5 Jahren nur bei Abschluss eines Wartungsvertrages gewährt wird, um Streitigkeiten entgegenzuwirken.

3. Frage: Liegt ein Selbstverschulden des Bestellers vor?

Hat der Besteller oder eine seiner Hilfspersonen den Mangel am Werk ausschliesslich selbst verschuldet, so kann der Unternehmer nicht dafür haftbar gemacht werden (Art. 369 OR/Art. 166 Abs. 4 Norm SIA 118). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mangel am Baugrund vorliegt oder der Architekt fehlerhafte Pläne geliefert hat. Weiter liegt ein Selbstverschulden vor, wenn der Besteller dem Unternehmer fehlerhafte Ausführungsanweisungen gegeben hat. Dies liegt z. B. vor, wenn der Besteller ein bestimmtes Material verlangt, das für das herzustellende Werk nicht geeignet ist. Für die Bejahung des Selbstverschuldens des Bestellers muss jedoch immer noch geprüft werden, ob der Unternehmer eine **Abmahnungspflicht** gehabt hätte. Da der Unternehmer in der Regel sachkundiger ist als der Besteller, trifft ihn die Pflicht auf die fehlerhaften Weisungen und deren potenzielle Konsequenzen hinzuweisen und diese abzumahnern (so explizit Art. 365 Abs. 3 OR). Wenn der Besteller durch eine sachverständige Hilfsperson (z. B. Architekt, Bauleitung) vertreten ist, so fällt die Abmahnungspflicht grundsätzlich weg, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Anweisung weder erkannt hat noch erkennen musste oder wenn der Besteller auch bei durchgeführter Abmahnung an der Weisung festgehalten hätte. Der Unternehmer kann in einem solchen Fall grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Weisungen fachkundig erteilt wurden. Die Norm SIA 118 hält daher in Art. 25 Abs. 3 explizit fest, dass der Unternehmer die ihm übergebenen Pläne, den Baugrund sowie die bestehende Bausubstanz nur dann zu prüfen hat, wenn der Besteller weder durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachständig noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist.

4. Frage: Wurde der Mangel durch den Besteller genehmigt?

Die Gewährleistung des Unternehmers fällt des Weiteren dahin, wenn der Mangel durch den Besteller genehmigt wurde. Eine solche Genehmigung liegt insbesondere dann vor, wenn der Besteller keine bzw. keine rechtzeitige Mängelrüge vornimmt. Es bestehen dabei gewichtige Unterschiede bei Anwendbarkeit des OR oder der Norm SIA 118.

Anwendbarkeit des OR

Der Besteller hat gemäss Art. 367 OR das Werk nach dessen Ablieferung innert tunlicher Frist zu prüfen und bei Vorliegen eines erkennbaren Mangels zu rügen. Die Prüffrist richtet sich nach der Komplexität des Werkes und muss daher von Fall zu Fall definiert werden. Wird ein Mangel erkannt, muss dieser umgehend gerügt werden. In der Praxis muss dies innert sieben bis zehn Tagen erfolgen. Die Rügefrist ist somit äusserst kurz. Das

gleiche gilt für sogenannt verdeckte Mängel, welche erst nach der Prüfung erkennbar werden.

Anwendbarkeit der Norm SIA 118

Die Norm SIA 118 sieht eine im Vergleich zum OR differenziertere Regelung vor, bei welcher es drei relevante Zeitpunkte gibt.

- **Bei der gemeinsamen Prüfung** (s. oben 1. Frage) erkannte oder offensichtliche (d. h. auf den ersten Blick erkennbare) Mängel müssen sofort im Abnahmeprotokoll gerügt werden. Werden sie im Abnahmeprotokoll nicht gerügt, so wird vermutet, dass sie vom Bauherrn akzeptiert wurden und die Mängelrechte verirken (Art 163). Es liegt am Unternehmer zu beweisen, dass ein Mangel bei der gemeinsamen Abnahme vom Bauherrn erkannt wurde oder dass ein offensichtlicher Mangel vorliegt. Mängel, welche bei der gemeinsamen Abnahme nicht erkannt wurden, jedoch erkennbar gewesen wären – ohne dass sie dabei offensichtlich sind – können nur, aber immerhin, während der 2-jährigen Rügefrist gerügt werden (Art. 179 Abs. 3).
- Treten Mängel **während der 2-jährigen Rügefrist** ab Abnahme (Art. 172) auf, so müssen sie innerhalb dieser Frist gerügt werden. Danach gelten sie als akzeptiert (Art. 178). Die Mängel können während der 2-jährigen Rügefrist jederzeit gerügt werden. Die strenge Regel des Obligationenrechts, wonach der Mangel sofort zu rügen ist, wurde somit also entschärft. Bei Mängeln, die zur Schadensvermeidung einer sofortigen Anzeige bzw. Intervention bedürfen (z. B. bei Leckagen, die Wasserschäden verursachen können), muss trotzdem sofort gerügt werden, ansonsten der vermeidbare Schaden vom Bauherrn zu tragen ist (Art. 173 Abs. 2). Ebenfalls eine vom Obligationenrecht abweichende Regel liegt darin, dass der Unternehmer beweisen muss, dass ein während der Rügefrist gerügter Mangel keine Vertragsabweichung darstellt – den Mangel an sich muss aber nach wie vor der Bauherr substantiieren können (Art. 174 Abs. 3). Sowohl der Unternehmer wie auch der Bauherr können vor Ablauf der Rügefrist eine sog. Schlussprüfung verlangen, im Rahmen derer der Zustand des Werkes festgestellt und protokolliert wird (Art. 177).
- Für Mängel, die **nach der 2-jährigen Rügefrist** aber innerhalb der Verjährungsfrist von insgesamt fünf Jahren auftreten, gilt sodann wieder die strenge gesetzliche Regelung, d. h. sie müssen umgehend gerügt werden (Art. 179 Abs. 2). Die Beweispflicht, dass der Unternehmer für den Mangel haften soll, obliegt hier dem Bauherrn (Art. 179 Abs. 5).

5. Frage: Ist die Forderung verjährt?

Die Mängelrechte aus Bauwerkverträgen, d. h. von unbeweglichen Werken, verjähren mit Ablauf von 5 Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR). Die Verjährungsfrist beginnt mit Abnahme des Werkes. Bei absichtlich verschwiegenen Mängeln beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre (Art. 210 Abs. 6 OR analog). Eine Mängelrüge unterbricht die Verjährungsfrist nicht. Dafür ist eine Klage oder Stellung eines Betreibungsbegehrens notwendig, wobei für die Verjährungsunterbrechung des Nachbesserungsrechts in jedem Fall eine Klage eingereicht werden muss.

Das Gleiche gilt für die Norm SIA 118 (Art. 180).

Exkurs: Kauf von Produkten und Apparaten bei Herstellern/Lieferanten

Wenn der Bauunternehmer bei Herstellern/Lieferanten Produkte oder Apparate einkauft, handelt es sich typischerweise um einen Kauf- und nicht um einen Werkvertrag. Die Verjährungsfrist bei einem Kaufvertrag beträgt in der Regel zwei Jahre (Art. 210 Abs. 1 OR). Allerdings sieht das Gesetz vor, dass die Frist bei Sachen, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden sind und die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, fünf Jahre beträgt. Die Gewährleistungsverpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Bauunternehmer und die Verpflichtung des Bauunternehmers gegenüber dem Werkbesteller stimmen somit theoretisch überein. Zu beachten ist jedoch, dass der Beginn der Verjährungsfrist beim Kauf einer Sache mit deren Übergabe beginnt, während beim Werk die Ablieferung (OR) bzw. Abnahme (Norm SIA 118) ausschlaggebend ist. Beispielsweise bei Apparaten beginnt die Garantiefrist aus Kaufvertrag somit schon bei deren Ablieferung durch den Lieferanten, während die Garantiefrist des Unternehmers aus Werkvertrag erst später bei der Werkabnahme bzw. -ablieferung beginnt. Ein weiteres Problem ist, dass die Praxis gezeigt hat, dass die Hersteller/Lieferanten die Gewährleistungsfrist von fünf Jahren bei Einbau in ein festes Werk überwiegend wegbedingen bzw. von weiteren Verpflichtungen wie z. B. dem Abschluss von Wartungsverträgen abhängig machen. Dies bedeutet im Endeffekt, dass der Unternehmer länger für das eingebaute Produkt einstehen muss, als er seinerseits seinen Lieferanten für aufgetretene Mängel belangen kann. Der Unternehmer ist deshalb gut beraten, dies seinerseits in seinen Werkverträgen mit dem Kunden zu regeln.

Die Mängelrechte

Bei Vorliegen eines Werkmangels hat der Besteller folgende Mängelrechte:

- Wandelung
- Minderung
- Nachbesserung
- Schadenersatz

Bei der Wandelung, Minderung und Nachbesserung handelt es sich um Mängelrechte, welche dem Besteller alternativ zu stehen, d. h. er muss sich für eines dieser Rechte entscheiden. Sie entstehen unabhängig eines Verschuldens des Unternehmers (Kausalhaftung), es braucht also kein zumindest fahrlässiges Verhalten. Das Schadenersatzrecht steht dem Besteller zusätzlich zu den drei genannten Mängelrechten zu. Er kann damit Ersatz für einen allfälligen Mangelfolgeschaden verlangen, d. h. einen Schaden, welcher als weitere Folge des eigentlichen Werkmangels entstanden ist. Vorausgesetzt ist hier jedoch das Verschulden des Unternehmers.

Wandelungsrecht

Beim Wandelungsrecht handelt es sich um ein Rücktrittsrecht. Der Besteller kann die Annahme des Werkes verweigern, wenn der Werkmangel von einer solchen Erheblichkeit ist, dass das Werk unbrauchbar ist. Das Wandelungsrecht hat bei Bauwerkverträgen jedoch faktisch fast keine Bedeutung, da es durch Art. 368 Abs. 3 OR für «Werke, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können», ausgeschlossen wird.

Minderungsrecht

Beim Minderungsrecht hat der Besteller das Recht, den Werkpreis um den Betrag zu kürzen, um welchen das Werk aufgrund des Mangels weniger wert ist.

Nachbesserungsrecht

Beim Nachbesserungsrecht darf der Besteller vom Unternehmer verlangen, dass dieser den Mangel kostenlos nachbessert. Eingeschränkt wird dieses Recht dadurch, dass dem Unternehmer durch die Nachbesserung keine übermässigen und somit unverhältnismässigen Kosten entstehen dürfen. Der Massstab für eine Übermässigkeit ist jedoch sehr hoch anzusetzen, so dass dies in der Praxis selten relevant wird.

Nimmt der Unternehmer die Nachbesserung nicht innert der vom Besteller gestellten Frist vor, so kann Letzterer diese durch einen Dritten vornehmen lassen (sog. Ersatzvornahme). Die Ersatzvornahme muss dem Unternehmer jedoch explizit angedroht worden sein.

Schadenersatzrecht

Das Recht auf Schadenersatz tritt zusätzlich zu den vorgenannten drei Mängelrechten hinzu. Es dient einzig der Geltendmachung des Mangelfolgeschadens, d. h. nicht der Beseitigung des Mangels selbst, sondern der durch diesen verursachten Folgeschäden (z. B. Wasserschaden aufgrund mangelhafter installierter Wasserleitungen).

Mängelrechte gemäss Norm SIA 118

Die Mängelrechte gemäss Norm SIA 118 unterscheiden sich grundsätzlich nicht von denjenigen des Obligationenrechts. Die Norm SIA 118 sieht jedoch einen Vorrang des Nachbesserungsrechts vor. Dies bedeutet, dass der Bauherr zuerst ausschliesslich die Nachbesserung vom Unternehmer verlangen kann (Art. 169 Abs. 1). Dafür ist dem Unternehmer eine angemessene Frist zu setzen. Erst wenn dieser die Nachbesserung nicht innerhalb der Frist vornimmt, sich vollends weigert oder offensichtlich nicht imstande ist, den Mangel zu beheben, kann der Bauherr von seinem Wahlrecht Gebrauch machen und alternativ die Wandelung oder Minderung verlangen. Ebenfalls kann er auf der Nachbesserung beharren und diese auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten durchführen lassen (sog. Ersatzvornahme). Im Unterschied zum Obligationenrecht muss er die Ersatzvornahme nicht explizit androhen.

Weitere Informationen

- SIA, Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten»
- Schweizerisches Obligationenrecht

Hinweis

Rechtliche Begriffe können unterschiedlich interpretiert und von Gerichten und Behörden unterschiedlich beurteilt werden. suissetec übernimmt deshalb keine Haftung für Vollständigkeit, Inhalt und Korrektheit des Merkblattes. Bitte wenden Sie sich für die Beurteilung eines konkreten Falles jeweils an eine juristische Fachperson, z. B. bei der Abteilung Recht von suissetec.

Auskünfte

Für Fragen oder weitere Informationen steht Ihnen die Abteilung Recht von suissetec gerne zur Verfügung: +41 43 244 73 00, info@suissetec.ch

Autoren

Dieses Merkblatt (Text und Grafiken) wurde durch die Abteilung Recht von suissetec erstellt.

Dieses Merkblatt wurde überreicht durch: