



DIE TÜCKEN DES SACHGEWÄHRLEISTUNGSRECHTS IM WERKVERTRAG

Sabina Schellenberg | Romina Brogini

Bei der Erstellung von Werken bzw. der Ausführung von Bauarbeiten treten in der Praxis immer wieder Werkmängel auf. Während ein fehlerhaftes Produkt nach dessen Erwerb durch den Verkäufer in der Regel einfach ausgetauscht werden kann, ist dies bei Werken, die in ein Gebäude eingebaut werden nicht (bzw. nicht immer) möglich.

Doch was qualifiziert eigentlich als Werkmangel und was ist bei der Geltendmachung von Werkmängeln zu beachten? Inwiefern unterscheidet sich die Geltendmachung eines Werkmangels bei einem dem Werkvertragsrecht des Obligationenrechts (OR) bzw. der SIA Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) unterstehenden Vertrages?

Der nachfolgende Beitrag setzt sich mit den Fragen der Definition eines Werkmangels, den Tücken der Geltendmachung von Werkmängeln sowie den dem Besteller zustehenden Rechtsbehelfen auseinander und soll Licht in den Dschungel des Sachgewährleistungsrechts im Bereich des Werkvertrages bringen.

1. Rechtliche Grundlagen des Werkvertrages

Beim Abschluss eines Werkvertrages sind die Parteien grundsätzlich frei, die Grundlage und die anwendbaren Bestimmungen ihrer Zusammenarbeit zu vereinbaren. Treffen die Parteien keine besondere Regelung, kommen bei einem Werkvertrag automatisch die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung.

In der Praxis entscheiden sich Parteien jedoch oftmals dafür, die Bestimmungen des Branchenverbandes der SIA, d.h. die SIA Norm 118, zur Anwendung zu bringen. Dies können sie ohne weiteres durch eine entsprechende Vereinbarung im Werkvertrag tun.

Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Konsequenzen die Wahl der entsprechenden Regelung (OR oder SIA Norm 118) im Falle eines Werkmangels auf die vertragliche Beziehung zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer haben kann und welche Rechte und Pflichten den Parteien im jeweiligen Fall zukommen.

2. Der Begriff des Werkmangels

Der Begriff des Werkmangels ist gemäss den Bestimmungen im OR wie auch denen der SIA Norm 118 einheitlich zu verstehen (siehe Art. 368 OR sowie Art. 166 Abs. 1 und 2 SIA Norm 118, welcher auf die Bestimmungen des OR verweist).

Unter einem Werkmangel ist gemeinhin jede Abweichung des Werkes vom vereinbarten Vertragsgegenstand zu verstehen. Eine Abweichung liegt dann vor, wenn das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist oder dem Werk eine vorausgesetzte Eigenschaft fehlt.

Zu unterscheiden sind somit im Wesentlichen zwei Fälle:

- (1) Das abgelieferte Werk entspricht nicht den im Baubeschrieb oder dem Werkvertrag festgehaltenen bzw. den vom Unternehmer zugesicherten Eigenschaften. Massgebend ist dabei, was zwischen den Parteien vereinbart wurde. In der Regel empfiehlt es sich im Werkvertrag explizit festzuhalten, welche Abweichungen nicht als Mängel gelten sollen (bspw. Festlegen von Toleranzgrenzen). In der Praxis ist es auch üblich bspw. Haarrisse, leichte Verfärbungen oder unschöne Fugen, vertraglich explizit von einer Mangelhaftung auszuschliessen. Gerade bei optischen "Mängeln" ist jedoch ohnehin zu bedenken, dass nicht massgebend ist, was der Besteller als unschön empfindet, sondern einzig, ob tatsächlich eine Abweichung vom vertraglich vereinbarten Zustand vorliegt.
- (2) Dem Werk fehlt eine vorausgesetzte Eigenschaft, die der Besteller auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte. Darunter fällt bspw. dass eine Türe abschliessbar und ein Dacht dicht sein muss und das Werk in seinem bestimmungsgemässen Gebrauch für Menschen oder Sachen nicht gefährlich ist. Als Faustregel muss ein Werk mindestens mittlere Qualität aufweisen und für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch tauglich sein.

Werkmängel können in der Regel erst nach der Ablieferung des Werkes geltend gemacht werden (Art. 367 OR). Vorher kann ein Bauherr lediglich die (wenn auch gehörige) Erfüllung des Werkvertrages vom Unternehmer verlangen. Zeichnen sich Werkmängel jedoch bereits während der Erstellung des Werkes ab, kann der Bauherr ausnahmsweise bereits in diesem Zeitpunkt eine Verbesserung des Werkes verlangen (siehe dazu unten Ziff. 3.1).

3. Die Sachgewährleistung

Die Sachgewährleistung (oder umgangssprachlich die Mängelrechte im Werkvertragsrecht) bezeichnet die Haftung des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn für den Fall, dass tatsächlich ein Werkmangel vorliegt.

3.1. Einhaltung von Rügefristen

Damit Mängelrechte überhaupt wahrgenommen werden können, ist der Unternehmer fristgerecht über die (behaupteten) Mängel des Werkes zu informieren und zu deren Behebung anzuhalten. Dabei hat der Besteller teilweise strenge Fristen und Prüfungsobliegenheiten einzuhalten, ansonsten er sein Recht auf die Geltendmachung der Mängelrechten verliert. Zu unterscheiden sind – je nach Vereinbarung der Parteien – die massgebenden Vorschriften des Werkvertragsrechts des OR und der SIA Norm 118.

3.1.1. Prüfungsobliegenheiten und Rügefristen nach Obligationenrecht

Nach der Ablieferung des Werkes (d.h. der formellen Übergabe des Werkes vom Unternehmer an den Bauherrn) hat der Besteller die Beschaffenheit des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu prüfen und dem Unternehmer allfällige Mängel unverzüglich mitzuteilen (Art. 367 Abs. 1 OR).

Der **Zeitraum der Prüfung** bestimmt sich in der Praxis nach der Verkehrsübung und kann daher nicht pauschalisiert für sämtliche Geschäftsbereiche definiert werden. Dem Besteller ist aber mindestens derjenige Zeitraum einzuräumen, welcher üblicherweise erforderlich ist, um ein Werk der betreffenden Art sorgfältig zu prüfen. Diese Prüfungsfrist ist tendenziell (vor allem im nichtkaufmännischen Verkehr) grosszügig zu bemessen; insbesondere bei komplizierten technischen Prüfungen. Ziel der Prüfung ist es, herauszufinden, ob das abgelieferte Werk die vorausgesetzten Eigenschaften aufweist.

Auch die Methode und die Intensität der Prüfung richten sich nach der Art und der Bedeutung des jeweiligen Werkes. So kann bei maschinell hergestellten, serienmässigen Werklieferungen eine Stichprobenprüfung zur Erfüllung der Prüfungsobliegenheit bereits ausreichend sein.

Hat der Besteller einen Mangel identifiziert, hat er diesen dem Unternehmer **umgehend** als solchen **zu rügen**. Die Frist für die Erhebung der Mängelrüge beträgt gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts einzig einige wenige Tage. Nach Ablauf dieser Frist kann der Besteller bei der Prüfung entdeckte Mängel nicht mehr gegenüber dem Unternehmer geltend machen, da diese als genehmigt gelten (Art. 370 Abs. 2 und 3 OR), und eine entsprechende Haftung des Unternehmers entfallen lassen.

Davon ausgenommen sind erst später entdeckte (versteckte), bei der Werkprüfung nicht erkennbare Mängel sowie vom Unternehmer absichtlich verschwiegene Mängel (Art. 370 OR). Diese können bei Bauwerken während fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes bzw. im Falle von absichtlich verschwiegenen Mängeln während zehn Jahren noch vorgebracht werden.

Die Mängelrüge kann mündlich oder gar konkludent erhoben werden. Aus Beweisgründen empfiehlt sich allerdings eine schriftliche bzw. eingeschriebene Mängelrüge. In der Mängelrüge hat der Besteller konkret darzulegen, in welchen Teilen und in welchem Umfang er das Werk als mangelhaft erachtet und den Unternehmer dafür haftbar machen will. Eine pauschale Mängelrüge (bspw. "Die Gipserarbeiten wurden mangelhaft ausgeführt.") ist nicht ausreichend.

3.1.2. Prüfungsobliegenheiten und Rügefristen nach der SIA Norm 118

In Abweichung zu den obligationenrechtlichen Bestimmungen kommt dem Besteller unter der SIA Norm 118 eine jederzeitige Rügefrist von zwei Jahren für allfällige Mängel des Werkes zu, welche mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt (Art. 172 SIA Norm 118). Das heisst, dass der Besteller Mängel aller Art während dieser Rügefrist jederzeit rügen kann (Art. 173 Abs. 1 SIA Norm 118). Er kann aber auch zuwarten und sämtliche entdeckten Mängel am Ende der zweijährigen Rügefrist rügen. Anders als unter den werkvertraglichen Bestimmung des OR hat der Besteller somit nicht die Pflicht, den Unternehmer unverzüglich nach Entdeckung über einen Mangel des Werkes in Kenntnis zu setzen, sondern hat dafür in der Regel zwei Jahre (seit Abnahme des Bauwerkes) Zeit. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass keine gemeinsame Abnahme des Werkes (d.h. eine gemeinsam durchgeführte Übergabe des Werkes vom Unternehmer an den Besteller unter gleichzeitiger eingehender Prüfung des Werkes auf allfällige Mängel) stattgefunden hat bzw. der Besteller das Werk nicht ohne Abnahme einfach in Gebrauch genommen hat (Art. 158 und Art. 164 Abs. 1 SIA Norm 118).

Findet eine gemeinsame Abnahme des Bauwerkes durch den Unternehmer und den Besteller statt, hat der Besteller bereits anlässlich dieser Abnahme sämtliche erkannten und offensichtlichen Mängel gegenüber dem Unternehmer zu rügen. Nach der gemeinsamen Abnahme kann der Besteller einzig noch solche Mängel gegenüber dem Unternehmer rügen, welche bei der gemeinsamen Abnahme gerade nicht erkannt bzw. nicht offensichtlich waren (Art. 163 Abs. 1 und 2 SIA Norm 118). Mit anderen Worten gilt das Werk in Bezug auf Mängel, welche im Abnahmeprotokoll nicht aufgeführt wurden, bei der Abnahme aber offensichtlich waren, als genehmigt und eine Haftung des Unternehmers für solche Mängel ist ausgeschlossen (Art. 174 Abs. 1 SIA Norm 118).

Verdeckte Mängel, d.h. Mängel, welche nicht offensichtlich oder bei der Abnahme erkennbar waren, und vom Besteller erst nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entdeckt werden (Art. 179 Abs. 1 SIA Norm 118), können noch während drei weiteren Jahren gerügt werden (d.h. insgesamt während fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes, Art. 180 Abs. 1 SIA Norm 118). Eine Haftung des Unternehmers ergibt sich aber nur dann, wenn solche verdeckten Mängel sofort nach deren Entdeckung gerügt werden (Art. 179 Abs. 1 und 2 SIA Norm 118). Die Unverzüglichkeit der Rüge für verdeckte Mängel bemisst sich analog der Bestimmungen im OR, weshalb an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verwiesen wird.

Im Falle von durch den Unternehmer absichtlich verschwiegenen Mängeln, hat der Besteller gleich wie bei den obligationenrechtlichen Regeln das Recht, diese während 10 Jahren seit der Abnahme des Werkes vorzubringen (Art. 180 Abs. 2 SIA Norm 118).

3.2. Wer hat den Werkmangel zu beweisen?

Eine weitere Abweichung der Bestimmungen der SIA Norm 118 von den Bestimmungen des OR findet sich im Rahmen der Beweislastverteilung. Wo das OR es vorsieht, dass der Besteller für den Nachweis eines Mangels beweispflichtig ist, ist es unter der SIA Norm 118 der Unternehmer, welcher beweisen muss, dass ein Werk vertragskonform und damit mängelfrei ist (Art. 174 Abs. 3 SIA Norm 118). Dies gilt allerdings nur für offene bzw. erkennbare Mängel. Bei verdeckten Mängeln ist es in der SIA Norm 118 wie im OR der Besteller, welcher den Nachweis des

verdeckten Mangels und dessen Abweichung zum vertraglich Vereinbarten erbringen muss (Art. 179 Abs. 5 SIA Norm 118).

In Bezug auf die Form und den Inhalt der Mängelrüge wird auf die obigen Ausführungen zu den Bestimmungen des OR verwiesen.

4. Die Mängelbehelfe

Steht einmal fest, dass ein Mangel vorliegt und dass dieser fristgerecht beim Unternehmer gerügt wurde, hat der Besteller zu entscheiden, welches Mängelrecht er gegenüber dem Unternehmer geltend machen will. Auch in diesem Fall finden sich unterschiedliche Bestimmungen je nachdem, ob ein Werkvertrag dem OR oder der SIA Norm 118 unterstellt wurde.

In der Regel und je nach der spezifischen Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Unternehmer (SIA Norm 118 oder OR), hat der Besteller das Recht zwischen Nachbesserung, Wandelung (d.h. Rückabwicklung des Vertrages, d.h. Rückgabe des Werkes unter gleichzeitiger Rückerstattung des Werkpreises) oder Minderung zu wählen (siehe unten).

4.1. Die Mängelbehelfe nach Obligationenrecht

Leidet ein Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es so sehr vom Vertrag ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme nicht zugemutet werden kann, hat dieser das Recht, vom Werkvertrag zurückzutreten, d.h. sich für eine Rückabwicklung des Werkvertrages (sogenannte Wandelung) zu entscheiden (Art. 368 Abs. 1 OR).

Gerade bei Bauwerken auf dem Grund und Boden des Bestellers kann eine Rückabwicklung des Werkvertrages unter Umständen weitreichende Konsequenzen haben (d.h. die Zerstörung des Werkes durch Entfernung vom Grundstück), weshalb diese in der Praxis nur dann als zulässig erachtet wird, wenn die Art und das Ausmass des Mangels, die Anzahl der Mängel sowie sonstige Umstände (z.B. grobes Verschulden des Unternehmers) die Wahl dieses Mängelbehelfs im Einzelfall als gerechtfertigt erscheinen lassen. Erweist sich eine vom Besteller geltend gemachte Wandelung im Einzelfall als nicht gerechtfertigt, kann der Richter auf einen milderen Mängelbehelf wie bspw. die Minderung des Werklohnes (siehe unten) erkennen.

Eine vorgängige Androhung der Ausübung des Wandelrechts ist nicht erforderlich. In Bezug auf den Zeitpunkt der Ausübung des Wandelrechts hat der Besteller allerdings abzuwarten, bis der Unternehmer ihm das Werk formell abgeliefert hat (ausser der Unternehmer beginnt nicht rechtzeitig mit der Werkerstellung bzw. verzögert diese in vertragswidriger Weise (siehe unten)).

Sind die vom Besteller festgestellten Mängel des Werkes minder erheblich, d.h. nicht derart, dass ihm die Annahme des Werkes nicht zugemutet werden kann, kann der Besteller (an Stelle der Wandelung) eine Minderung des Werklohnes verlangen oder, sofern dies nicht übermässige Kosten verursacht, den Unternehmer zur Verbesserung des Werkes anhalten (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Minderwert des Werkes bestimmt sich gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nach der Differenz zwischen dem objektiven Wert des Werkes im mangelfreien Zustand und dem Wert im mangelhaften Zustand.

Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst wie vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bereits voraussehen, so kann der Besteller eine angemessene Frist (was angemessen ist bestimmt sich nach der Verkehrsübung) zur Abhilfe ansetzen mit Androhung, dass im Unterlassungsfall eine Ersatzvornahme ergriffen wird (Art. 366 Abs. 2 OR). Als Ersatzvornahme gilt die Übertragung der Werkausführung auf eine Drittpartei. Eine richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme ist, anders als bspw. im Mietrecht, nicht erforderlich. Eine Ersatzvornahme kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in analoger Anwendung von Art. 366 OR auch nach der Werkübergabe angewendet werden.

4.2. Die Mängelbehelfe nach der SIA Norm 118

In Abweichung zu den Bestimmungen des Obligationenrechts hat der Bauherr unter dem Regime der SIA Norm 118 zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Nachbesserung des Werkes innerhalb einer bestimmten Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 2 SIA Norm 118).

Erst wenn der Unternehmer die Mängel innerhalb der ihm angesetzten Frist nicht behebt, ist der Besteller berechtigt, nach seiner Wahl folgende Mängelbehelfe auszuüben:

- (1) Nach wie vor die Nachbesserung des Werkes verlangen (allerdings nur, sofern diese im Verhältnis zum Interesse des Bauherrn an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht, Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA Norm 118 i.v.m. Art. 368 Abs. 2 OR) oder die Verbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten ausführen lassen (Art. 170 Abs. 1 SIA Norm 118). Die SIA Norm 118 gesteht dem Besteller ein leicht über das Obligationenrecht hinausgehendes Recht auf Ersatzvornahme zu, da die Ersatzvornahme dem Besteller gegenüber nicht vorgängig angedroht werden muss (es genügt, dass eine angemessene Nachfrist nicht genutzt wurde).
- (2) Den Minderwert des Werkes von der zu bezahlenden Vergütung in Abzug bringen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA Norm 118 i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR).
- (3) Dem Unternehmer den Rücktritt vom Werkvertrag erklären (Wandelung). Dies jedoch nur dann, wenn die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme des Werkes dem Besteller nicht zugemutet werden kann. Die SIA Norm 118 verweist dabei auf die entsprechenden Bestimmungen des OR (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR). Auch unter der SIA Norm 118 ist eine Wandelung des Werkvertrages daher nicht ohne weiteres gerechtfertigt und gerade bei Bauwerken einzig restriktive anzuwenden (insbesondere bei nicht leicht zu demontierenden Bauteilen, wie Aufzügen oder Sanitärinstallationen).

5. Zusammenfassende Bemerkungen

Wie die obigen Ausführungen deutlich machen, ist es nicht immer einfach, sich im Dschungel des Sachgewährleistungsrechts im Bereich des Werkvertrages zurecht zu finden.

Ein besonderes Augenmerk ist zudem auf die Einhaltung der formellen Regeln und Fristen der strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten zu legen. Das heisst, dass vor Ergreifung eines Mängelbehelfs stets abgewogen werden muss, welcher Behelf (Wandelung, Minderung,

Nachbesserung) am besten zur Wahrung der Rechte des Bauherrn geeignet ist. Einmal ausgeübt, kann diese Wahl nämlich in der Regel nicht mehr abgeändert werden. Der gleiche oder ein noch höherer Sorgfaltsmassstab ist in Bezug auf die Frist innerhalb derer ein Mangel gegenüber dem Unternehmer gerügt werden kann anzuwenden. Insbesondere im Bereich des Obligationenrechts ist stets doppelt und dreifach zu prüfen, dass nicht zu viel Zeit seit der Übergabe und der Prüfung des Werkes verstreicht und dass ein allfälliger Mangel sofort gerügt wird. Leider ist es in der Praxis oft so, dass eine Mängelrüge unvollständig oder nicht umgehend vorgebracht wird, was unweigerlich einen erheblichen Rechtsverlust des Bestellers zur Folge hat.

WER IST FRORIEP?

Gegründet 1966 in Zürich, ist Froriep eine der führenden Schweizer Wirtschaftsanwaltskanzleien mit Standorten in Zürich, Genf, Zug, London und Madrid.

Unsere nationale und internationale Klientenschaft umfasst sowohl grosse weltweite Unternehmen als auch Privatpersonen. Unsere einzigartige, voll integrierte Struktur spiegelt unseren starken grenzüberschreitenden Fokus wieder. Wir legen besonderen Wert auf Kontinuität in unseren Klientenbeziehungen. Unsere Teams sind auf die individuellen Bedürfnisse unserer Klienten massgeschneidert und bei Bedarf ziehen wir unsere Spezialisten aus den verschiedenen Fachbereichen sowie aus unserem Büronetzwerk bei.

Viele unserer Anwälte sind national und international als Spezialisten in Ihrem Fachgebiet anerkannt. Unsere Klienten profitieren von diesem professionellen Wissen und der grossen Diversität an Talenten, Sprachen und Kulturen, welche unsere Anwälte vielseitig und flexibel macht.

ZÜRICH

Bellerivestrasse 201
CH-8034 Zurich
Tel. +41 44 386 60 00
Fax +41 44 383 60 50
zurich@froriep.ch

GENEVA

4 Rue Charles-Bonnet
CH-1211 Geneva 12
Tel. +41 22 839 63 00
Fax +41 22 347 71 59
geneva@froriep.ch

ZUG

Grafenastrasse 5
CH-6302 Zug
Tel. +41 41 710 60 00
Fax +41 41 710 60 01
zug@froriep.ch

LONDON

17 Godliman Street
GB-London EC4V 5BD
Tel. +44 20 7236 6000
Fax +44 20 7248 0209
london@froriep.ch

MADRID

Antonio Maura 10
ES-28014 Madrid
Tel. +34 91 523 77 90
Fax +34 91 531 36 62
madrid@froriep.ch