

Die Mängelrüge im Baurecht – Eine Übersicht anhand aktueller Beispiele aus der Praxis zum Werkvertragsrecht nach OR

FABIA STÖCKLIN*

SCHLAGWÖRTER	Werkvertragsrecht – Mängelrüge – Baurecht – Werkmangel – SIA-Norm 118
ZUSAMMENFASSUNG	Die Mängelrüge ist essenziell für die Geltendmachung von Ansprüchen bei einem Werkmangel und stellt in der Praxis aufgrund der komplexen und detaillierten Rechtsprechung regelmässig eine Herausforderung dar. Der folgende Beitrag zeigt deshalb die Regelung der Mängelrüge im Baurecht anhand von Beispielen aktueller kantonaler und bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf.
RÉSUMÉ	L'avis des défauts est essentiel pour faire valoir des prétentions en cas de défaut de l'ouvrage et représente régulièrement un défi dans la pratique en raison de la jurisprudence complexe et détaillée. L'article suivant présente donc la réglementation de l'avis des défauts dans le droit de la construction à l'aide d'exemples de la jurisprudence actuelle des tribunaux cantonaux et fédéraux.
ABSTRACT	The notice of defects is essential for the assertion of claims in the event of a defect in the work and regularly poses a challenge in practice due to the complex and detailed case law. Therefore, the following article shows the regulation of the notice of defects in construction law based on examples of current cantonal and federal court case law.

I. Einleitung

Art. 367 Abs. 1 OR¹ besagt, dass der Besteller eines Werks nach dessen Ablieferung die Werkbeschaffenheit zu prüfen hat, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Über allfällig erkennbare Mängel habe er den Unternehmer sofort in Kenntnis zu setzen. Diese Benachrichtigung erfolgt rechtlich in Form der sogenannten Mängelrüge, welche besonders im Baurecht von immenser Bedeutung ist. Dies hängt insbesondere mit den zahlreichen involvierten Parteien und individuellen Werkleistungen zusammen, welche am Ende ein – in der Praxis leider nur selten komplett mängelfreies – Gesamtwerk erschaffen.

Der folgende Beitrag zeigt die Regelung der Mängelrüge im Baurecht anhand von Beispielen aktueller kantonaler und bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf.²

A. Inhalt der Rüge

Inhalt der Mängelrüge können sowohl Mängel als auch sonstige Vertragsabweichungen im Sinne von Art. 368 OR sein.³ Das Vorliegen eines Mangels muss im Einzelfall nach dem vertraglich Abgemachten etabliert werden. Die Frage, ob ein Werkmangel vorliegen kann, wenn ein Werkvertrag vorzeitig beendet und damit ein unvollständiges Werk übergeben wird, beantwortete das Bundesgericht in Urteil 4A_667/2016 vom 3. April 2017 folgendermassen:

«Le fait que l'ouvrage commencé, qui revient au maître, soit encore inachevé ne constitue pas un défaut. L'ouvrage inachevé peut cependant être défectueux parce qu'il lui manque une qualité qu'il devrait avoir, en dépit de son inachèvement, à ce stade de l'exécution.»⁴

Die Beurteilung, ob dem unvollendeten Werk im konkreten Fall tatsächlich eine Eigenschaft fehlt, die es trotz seiner Unvollständigkeit in diesem Stadium der Ausführung haben sollte, wird anhand der individuellen Parteienvereinbarung und der massgebenden Bauphase zu beurteilen sein.

* FABIA STÖCKLIN, MLaw, LL.M. (University of Edinburgh), wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht, Universität Basel.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9_03.

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

² Zur Verbesserung der Leserlichkeit wird bei der Zitierung von Rechtsprechung auf die Nennung der jeweiligen dort genannten, weiterführenden Quellen verzichtet.

³ PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 2127.

⁴ BGer 4A_667/2016 (3. April 2017), E. 4.3.1.

Die Mängelrüge muss inhaltlich sachgerecht substantiiert werden.⁵ Der Besteller hat somit jeden einzelnen Mangel spezifisch nach dessen Lage (z.B. «an der Westseite des Gebäudes im zweiten Obergeschoss») und Erscheinungsform (z.B. «Kratzer in den Glasfenstern») zu benennen, sodass der Unternehmer erkennen kann, was genau an seinem Werk beanstandet wird.⁶

Exemplarisch zeigt das Kantonsgericht Basel-Landschaft im Entscheid vom 10. September 2019 die Anforderungen, welche die Gerichte im Hinblick auf die Substanziierungspflicht einer Mängelrüge stellen:

«Aus Position 1 ‹Es sind Dichtungen nicht vorhanden› kann der Unternehmer indessen nicht erkennen, was konkret gerügt wird. Es bleibt unklar, um welche Dichtungen es sich handelt, ob diejenigen der Schiebetüren oder auch der Fenster. Weiter bleibt offen, welche Fenster vom Mangel betroffen sind – diejenigen im Untergeschoss, Obergeschoss oder Erdgeschoss? Dem Unternehmer stellt sich auch die Frage, ob an den Fenstern sämtliche Dichtungen oder lediglich die vertikalen oder horizontalen fehlen? Aufgrund dieser unbestimmten Mängelrüge wird dem Unternehmer nicht klar, was genau moniert wird. Es kann somit festgestellt werden, dass die [Mängelrüge] zu unbestimmt und allgemein formuliert ist, als dass der Unternehmer daraus lesen könnte, was er zu verbessern hat.»⁷

Eine ungenügend substantiierte Mängelrüge wie im vorherigen Beispiel genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht und gilt somit als nicht erfolgt. Damit wird die Substanziierung für den Besteller beziehungsweise dessen Anwalt regelmässig zu einer Gratwanderung: Auf der einen Seite muss die Mängelrüge genügend substantiiert werden, auf der anderen Seite darf sie aber auch nicht zu einschränkend formuliert sein, da ansonsten bei jedem weiteren Auftritt des Mangels eine ergänzende Rüge notwendig wird. Aus diesem Grund wird in der Praxis bei der Mängelrüge häufig übertrieben, zum Beispiel indem behauptet wird, es wären alle statt nur einer Wandisolation betroffen.⁸ Sollte später festgestellt werden, dass doch nicht alle gerügten Punkte zutreffen, hat das kaum Kon-

sequenzen, da man laut der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Mängelrüge bereits aufgrund einer blossen Vermutung anbringen darf.⁹

Der Besteller muss sich bei der Beschreibung des Mangels keiner technischen Sprache bedienen oder fachlich korrekte Einzelheiten schildern.¹⁰ Die Ursache des Mangels muss der Besteller in seiner Rüge ebenfalls nicht angeben, selbst wenn er fachkundig ist.¹¹ Tut er dies trotzdem und irrt sich, darf ihm daraus kein Nachteil erwachsen.¹² Allerdings darf vom Besteller erwartet werden, dass er im Laufe des nachfolgenden Gerichtsverfahrens mit zunehmendem Wissensstand die Mängel präziser umschreibt. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft erwog in seinem Urteil vom 10. September 2019 sogar ein Nichteintreten in Bezug auf den geltend gemachten Mangel zufolge einer fehlenden Präzisierung durch den Besteller:

«Der Berufungskläger beantragt in seiner Berufung vom 5. April 2019 mit Rechtsbegehren 3 das Folgende: ‹Es sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, in Nachbesserung des Werkes die Dichtungen bei den Fenstern fachgerecht anzubringen.› Der Berufungskläger stellt somit dasselbe Rechtsbegehren wie bereits bei der Vorinstanz. Die Expertise vom 5. Dezember 2017 hat jedoch gezeigt, dass es sich bei der vom Berufungskläger monierten, angeblich fehlenden Abdichtung um die fehlende Isolation der Fenster mit Polyurethanschaum handelt. Der Berufungskläger hat sein Rechtsbegehren dessen ungeachtet so belassen und nicht entsprechend verdeutlicht. Die Vorinstanz hingegen hat in Ziffer 3 des Urteilsdispositivs zu Recht nicht die Formulierung des Berufungsklägers gewählt, sondern die Berufungsbeklagte verurteilt, ‹... bei der kontrollierten Stelle im Erdgeschoss des Beklagten nachträglich noch die fehlende Ausschäumung anzubringen.› Spätestens nach Vorliegen des vorinstanzlichen Urteils hätte vom anwaltlich vertretenen Berufungskläger erwartet werden dürfen, sein unbestimmtes Rechtsbegehren in der Berufung zu konkretisieren, so dass es auch zum Urteilsdispositiv erhoben werden kann. [...] Um nicht das Verbot des überspitzten Formalismus zu verletzen, wird auf die Berufung auch hinsichtlich des formell mangelhaften Rechtsbegehrens 3 eingetreten.»¹³

⁵ BGE 107 II 172, 175, E. 1a; BGer 4A_53/2012 (31. Juli 2012), E. 6.2.

⁶ BGer 4A_51/2007 (11. September 2007), E. 4.5; 4C.231/2004 (8. Oktober 2004), E. 2.3.1.

⁷ KGer BL 400 19 86 (10. September 2019), E. 6.3.

⁸ THOMAS SIEGENTHALER, Die Substanziierung der Mängelrüge – eine Gratwanderung, BR/DC 2022, 142 f., 143.

⁹ BGer 4A_293/2017 (13. Februar 2018), E. 2.2.3; kritisch dazu GAUCH (Fn. 3), N 2147a.

¹⁰ BGer 4C.130/2006 (8. Mai 2007), E. 4.2.1.

¹¹ BGer 4A_251/2018 (11. September 2018), E. 3.2; 4A_293/2017 (13. Februar 2018), E. 2.2.2.

¹² GAUCH (Fn. 3), N 2129.

¹³ KGer BL 400 19 86 (10. September 2019), E. 2.2.

Es empfiehlt sich demzufolge für die Parteien, im laufenden Verfahren ihre Rechtsbegehren bezüglich des Mangels den neuen Befunden entsprechend zu konkretisieren. Da es sich lediglich um eine Umformulierung des Rechtsbegehrens zwecks Verdeutlichung handelt, liegt in einem solchen Fall keine inhaltliche Änderung der Klage und damit keine zivilprozessual unzulässige Klageänderung vor.¹⁴

GAUCH kritisiert, dass der Wortlaut von Art. 367 Abs. 1 OR insofern unvollständig ist, als dass zum notwendigen Inhalt der Mängelrüge zusätzlich immer auch die Willenskundgabe des Bestellers gehöre.¹⁵ Das Bundesgericht sieht dies ebenso und präzisiert, dass die Willenskundgabe beinhalten muss, dass der Besteller das Werk aufgrund des angezeigten Mangels als nicht vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer dafür haftbar machen möchte.¹⁶ Nicht notwendig ist hingegen die Ausübung der Mängelrechte bereits zum Zeitpunkt der Mängelrüge.¹⁷

Bei der Prüfung durch einen sachverständigen Dritten ist noch zu beachten, dass die Zustellung des Prüfungsbesandes mit den detailliert beschriebenen Mängeln an den Unternehmer noch keine Mängelrüge dazustellen vermag.¹⁸ Vielmehr wird zusätzlich zum Gutachten vom Besteller die Abgabe einer Willenserklärung gefordert.¹⁹ Es ist allerdings möglich, die besagte Erklärung bereits vor der Expertenprüfung im Hinblick auf allfällig zu findende Mängel abzugeben – die unvollständige Mängelrüge wird dann mit der Übermittlung der entsprechenden Expertise vollendet.²⁰

B. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

Die Frage nach der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge muss mit Blick auf die Umstände im Einzelfall beantwortet werden, insbesondere mit Berücksichtigung der Art des Mangels.²¹ Grundsätzlich gilt trotz fehlenden expliziten

Gesetzeswortlauts, dass die Mängel «sofort» nach Kenntnisnahme zu rügen sind.²² Die Kenntnis eines Mangels bedingt, dass der Besteller einerseits den Zustand des vom Unternehmer hergestellten Werks kennt und sich andererseits der Tatsache bewusst ist, dass dieser Zustand nicht dem Vertrag entspricht.²³ Bei nicht rechtzeitiger Rüge eines Mangels gilt das Werk gemäss Art. 370 Abs. 2 und 3 OR in Bezug auf diesen Mangel durch unwiderlegbare Vermutung als genehmigt.²⁴

Bei der Abnahme klar erkennbare Mängel wie beispielsweise eine fehlende Hauswand (sog. offene oder offensichtliche Mängel) hat der Besteller unverzüglich nach der Entdeckung zu rügen.²⁵ Einzig wenn die Prüfung durch einen Sachverständigen unmittelbar bevorsteht und voraussichtlich nur kurze Zeit in Anspruch nehmen wird, darf mit der Rüge noch bis nach der Prüfung zugewartet werden.²⁶ Die Prüfungspflicht beginnt ohne anderweitige vertragliche Abmachung erst mit der schlüsselfertigen Übergabe und Abnahme des Werks.²⁷ Verdeckte oder geheime Mängel, die bei der Abnahme und der ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar sind, wie zum Beispiel Asbest in der Bausubstanz, hat der Besteller sofort nach der Entdeckung zu rügen.²⁸

Die Charakterisierung eines Mangels als offensichtlich beziehungsweise verdeckt kann im Einzelfall strittig sein. Das Bundesgericht hat sich vor Kurzem mit einem Fall befasst, in welchem Rotguss-Fittings anstelle von Chromstahl-Fittings für Sanitärinstallationen eingesetzt wurden. Damit wurden die Vorgaben missachtet, welche im rund 380 Seiten langen und Tausende von Positionen umfassenden Leistungsverzeichnis festgehalten wurden. Das Bundesgericht befand zur Offensichtlichkeit des Mangels in Urteil 4A_646/2016 vom 8. März 2017:

¹⁴ Art. 230 ZPO i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1379.

¹⁵ GAUCH (Fn. 3), N 2133.

¹⁶ BGE 107 II 172, 175, E. 1a; BGer 4A_251/2018 (11. September 2018), E. 3.2; 4A_293/2017 (13. Februar 2018), E. 2.2.2.

¹⁷ BGer 4A_293/2017 (13. Februar 2018), E. 2.2.2.

¹⁸ So zumindest GAUCH (Fn. 3), N 2137; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016, N 3817.

¹⁹ BGer 4A_667/2016 (3. April 2017), E. 4.3.2 f.

²⁰ GAUCH (Fn. 3), N 2137; TERCIER/BIERI/CARRON (Fn. 18), N 3817.

²¹ BGer 4A_53/2012 (31. Juli 2012), E. 6.2; GAUCH (Fn. 3), N 2180; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 16.

²² Art. 201 Abs. 3 OR; BGer 4A_245/2018 (4. Juli 2018), E. 2.2.1.

²³ GAUCH (Fn. 3), N 2182; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 8.

²⁴ BGer 4A_231/2016 (12. Juli 2016), E. 2.2; GAUCH (Fn. 3), N 2148.

²⁵ GAUCH (Fn. 3), N 2074, 2126 und 2141; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 367 N 20; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 5 f. und 8.

²⁶ BGer 4C.125/2005 (2. Juni 2006), E. 3.1; 4C.301/2003 (4. Februar 2004), E. 4.3.

²⁷ Art. 367 Abs. 1 OR, vgl. auch GAUCH (Fn. 3), N 2107 ff.

²⁸ ZK OR-BÜHLER, Art. 370 N 19 und 41 ff.; GAUCH (Fn. 3), N 2075 und 2179; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 7 und 15 f.

«Offensichtlich müssen sowohl die tatsächliche Beschaffenheit des Werks wie auch der Umstand sein, dass diese Beschaffenheit vertragswidrig ist. Dies bedeutet entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht, dass der Besteller oder seine Hilfspersonen den Vertrag nicht zu kennen brauchten. Vielmehr ist erforderlich, dass die Abweichung vom – den Parteien und insbesondere dem Besteller selbstverständlich bekannten – Vertrag offensichtlich ist.»²⁹

Theoretisch bedeutet dies, dass der Besteller bei der Werkabnahme jedes Einzelteil des Werks mit dem Leistungsverzeichnis abgleichen müsste, um offensichtliche Abweichungen sofort rügen zu können. Dies wird bei grösseren Bauprojekten faktisch unmöglich sein, sodass sich eine vertragliche Vereinbarung, Teilabnahmen oder Zwischenkontrollen während der Bauphasen anbieten würden.

Weiter stellt sich die Frage, ab wann genau ein Mangel als entdeckt gilt. Das Bundesgericht erachtet einen Mangel grundsätzlich erst mit seiner zweifelsfreien Feststellung als entdeckt.³⁰ Bei Mängeln mit einer graduellen Verschlimmerung, welche erst mit der Zeit langsam erkennbar werden, genügen erste Anzeichen noch nicht für die Entdeckung. Erst wenn die Ernsthaftigkeit des Mangels deutlich wird und der Besteller vom Mangel eine solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Mängelrüge erheben kann, gilt der Mangel als entdeckt.³¹ Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die Entdeckung eines Mangels bereits bei dessen Erkennbarkeit nach objektiven Kriterien anzunehmen ist.³² Während das Bundesgericht dies früher klar verneinte,³³ gab es in jüngster Zeit eine Relativierung der Rechtsprechung. Neu gilt ein Mangel als entdeckt, wenn der Besteller den Mangel zwar nicht erkannt hat, aber nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen.³⁴ Dieser Rechtsprechung folgte auch das Appellationsgericht Basel-Stadt in seinem Urteil vom 24. Mai 2020 und weitete die Rechtsprechung von reinen Baumängeln auf Planungsmängel aus, als es sich mit einer Rüge bezüglich mangelhafter Architekturplanung beschäftigen musste:

«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. Wenn die übungsgemässe Prüfung den Verdacht eines Mangels erweckt, hat der Besteller die ihm zumutbaren Schritte zu unternehmen, um den Verdacht abzuklären. Verdachtsgründe genügen aber noch nicht, um eine Pflicht des Bestellers zum Beizug eines Sachverständigen zu begründen. 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. 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.»³⁵

Wie lange nach der Entdeckung eines Mangels man noch von einer «sofortigen» Rüge sprechen kann, muss mittels Auslegung bestimmt werden. Besonders kurz muss eine Rügefrist in der Regel bemessen werden, wenn es sich um einen Werkmangel mit der Gefahr handelt, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann.³⁶ Grundsätzlich hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen.³⁷ In der Lehre wird für eine Frist von sieben bis zehn Tagen und eine grosszügigere Rechtsprechung durch das Bundesgericht plädiert.³⁸ Das Bundesgericht selbst hat inzwischen auch festgehalten, dass eine starre Beschränkung auf eine Woche nicht in jedem Fall gerechtfertigt erscheint.³⁹

²⁹ BGer 4A_646/2016 (8. März 2017), E. 2.3.

³⁰ BGE 118 II 142, 148, E. 3b; 107 II 172, 175, E. 1a.

³¹ BGE 118 II 142, 148, E. 3b; BGer 4A_53/2012 (31. Juli 2012), E. 6.2.

³² BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 19.

³³ BGE 117 II 425, 426, E. 2.

³⁴ BGE 131 III 145, 150, E. 7.2; BGer 4A_251/2018 (11. September 2018), E. 3.3; ALEXANDRA JUNGO, Zur Beweislast bei der Mängelrüge, BRDC 2019, 173 ff., 173.

³⁵ AppGer BS ZB.2019.24 (24. Mai 2020), E. 3.3.2.

³⁶ BGer 4A_53/2012 (31. Juli 2012), E. 6.2; 4A_336/2007 (31. Oktober 2007), E. 4.4; 4C.82/2004 (3. Mai 2004), E. 2.3.

³⁷ BGer 4A_336/2007 (31. Oktober 2007), E. 4.4; 4C.82/2004 (3. Mai 2004), E. 2.3.

³⁸ ZK OR-BÜHLER, Art. 370 N 48; GAUCH (Fn. 3), N 2181; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 16.

³⁹ BGer 4A_399/2018 (8. Februar 2019), E. 3.2.

C. Der Adressat einer Mängelrüge

Bei grösseren Bauprojekten sind häufig zahlreiche Parteien beteiligt, vom Generalunternehmer zum Architekten und von Fachplanern bis zu zahlreichen Handwerkern. Jede Partei erbringt ihre eigene Werkleistung und ist damit an der Errichtung des Gesamtwerks beteiligt. Tritt nun ein Fehler am Gesamtwerk auf, muss der Besteller konkret wissen, welche Partei mangelhaft geleistet hat. Bevor er dies weiss, ist ihm der Mangel noch nicht ausreichend bekannt, um substantiiert eine Mängelrüge erheben zu können. Eine Rüge an alle Beteiligten kann laut herrschender Lehre nicht verlangt werden.⁴⁰ In der Praxis gestaltet es sich erfahrungsgemäss regelmässig als sehr schwierig und aufwendig, den Mangel einer bestimmten Partei zuzuordnen. Etwas vereinfacht wird das Erheben einer Mängelrüge dadurch, dass diese immer an den Unternehmer, oft den involvierten Generalunternehmer, zu richten ist, auch wenn die zum Mangel führende Arbeit von einem seiner Subunternehmer durchgeführt wurde.⁴¹ Ausnahmen können sich aus vertraglichen Vereinbarungen ergeben.⁴²

D. Form der Mängelrüge

Das Gesetz sieht keine Formvorschrift für die Mängelrüge vor, womit die Rüge theoretisch sogar mündlich oder stillschweigend erfolgen könnte.⁴³ In der Praxis wird trotzdem regelmässig die Schriftform verwendet.⁴⁴ Für die Gültigkeit einer schriftlichen Mängelrüge bedarf es lediglich einer ordnungsgemässen Absendung; Zugang oder gar Kenntnisnahme durch den Adressaten ist dagegen nicht erforderlich.⁴⁵ Die *ratio legis* dieser Risikoverteilung ist, dass der Unternehmer durch die Ablieferung eines mangelhaften Werks überhaupt erst die Notwendigkeit einer Rüge geschaffen hat und damit auch das Risiko tragen soll.⁴⁶

E. Verteilung der Beweislast

Die Genehmigung des mangelhaften Werks durch eine verspätet erfolgte Mängelrüge führt zur Verwirkung der betroffenen Mängelrechte.⁴⁷ Damit erhält die Frage nach der Behauptungs- und Beweislast für die Verspätung der Mängelrüge enorme praktische Bedeutung. Die Lehre ist sich hier in vielen Punkten uneinig.⁴⁸ Das Bundesgericht hingegen hat in Urteil 4A_405/2017 vom 30. November 2017 seine bisherige Rechtsprechung bestätigt:

«Depuis lors, le Tribunal fédéral a appliqué régulièrement et sans réserve le principe énoncé aux ATF 107 II 50 et 118 II 142, à savoir que lorsque le maître de l'ouvrage (ou l'acheteur) émet des prétentions en garantie et que l'entrepreneur (ou le vendeur) veut objecter que l'ouvrage a été accepté en dépit de ses défauts, celui-ci doit faire l'allégation topique; il incombe alors au maître (ou à l'acheteur) de prouver qu'il a donné l'avis des défauts et qu'il l'a fait en temps utile. [...] Force est ainsi de constater que la question juridique précédemment tranchée par le Tribunal fédéral a depuis lors été régulièrement réaffirmée, malgré des critiques doctrinales. On dénote au demeurant des dissensions entre les auteurs et l'absence de consensus quant à une solution alternative.»⁴⁹

Vereinfacht ausgedrückt hat also der Besteller die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu beweisen. Dem Unternehmer obliegt es sodann, die durch Verzögerung der Mängelrüge eingetretene Genehmigung des entsprechenden Werks zu belegen. Da für die Gültigkeit der praktisch relevanten schriftlichen Mängelrüge die ordnungsgemässe Absendung durch den Besteller genügt (siehe Abschnitt V.), ist nicht ersichtlich, was dem Unternehmer für Möglichkeiten verbleiben, um anschliessend an die Beweislegung des Bestellers noch die Verzögerung der Mängelrüge geltend zu machen.

F. Exkurs: SIA-Norm 118

Es besteht die Möglichkeit, von den gesetzlichen Regelungen des OR vertraglich weitgehend abzuweichen, was in der Praxis häufig gemacht wird. Die SIA-Norm 118 («Allgemeine Bedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten

⁴⁰ GAUCH (Fn. 3), N 2182; CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 370 N 4; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 367 N 20; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 370 N 18.

⁴¹ BGer 4C.371/2006 (19. Januar 2007), E. 6; 4C.125/2005 (2. Juni 2006), E. 3.1; GAUCH (Fn. 3), N 2145.

⁴² Siehe dazu BGE 94 II 166.

⁴³ BGer 4A_231/2016 (12. Juli 2016), E. 2.2.

⁴⁴ BSK OR I-WEBER, Art. 267a N 2 f.; ZK OR-HIGI/WILDISEN, Art. 267a N 31.

⁴⁵ GAUCH (Fn. 3), N 2147; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 N 24b; ROGER BRÄNDLI, Eine Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich 2007, N 354; a.M.: OGer ZH PD200015-O/U (23. Juni 2021), E. 6b, wobei das Gericht sich hier auf einen BGE stützt, welcher statt einer Mängelrüge eine Mietkündigung zum Gegenstand hat.

⁴⁶ BK OR-GIGER, Art. 201 N 91.

⁴⁷ Art. 370 Abs. 1 OR.

⁴⁸ Ausführlich GAUCH (Fn. 3), N 2146 ff.; FABIENNE HOHL, L'avis des défauts de l'ouvrage: Fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, RFJ 1994, 235 ff.

⁴⁹ BGer 4A_405/2017 (30. November 2017), E. 3.3 f.

ten») stellt dabei für die Schweizer Bauwirtschaft die wohl mit Abstand wichtigste Werkvertragsgrundlage dar.⁵⁰

Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 sind nur anwendbar, wenn die Parteien ausdrücklich oder konkludent ihre Anwendbarkeit vereinbart haben.⁵¹ Die Anwendbarkeit dieser Normen bewirkt einige essenzielle Abweichungen von den Rechtsfolgen des OR.

Die wichtigste Differenz zu den gesetzlichen Regelungen stellt die verlängerte Rügefrist dar.⁵² Während zwei Jahren seit der Abnahme des Werks kann der Besteller alle Mängel jederzeit rügen, sofern er diese bei der Abnahme nicht genehmigt hat, unabhängig vom Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels.⁵³ Bei Teilabnahmen kann es sodann sein, dass für unterschiedliche Leistungen am selben Bauwerk verschiedene Mängelfristen gleichzeitig laufen.⁵⁴ Auch gilt gemäss Art. 163 der SIA-Norm 118 das Werk für einen Mangel als genehmigt, soweit er erkannt wurde, wenn die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung auf dessen Geltendmachung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet. Abs. 2 besagt weiter, dass stillschweigender Verzicht vermutet wird für Mängel, die bei der gemeinsamen Werkprüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. In einem solchen Fall ist die Vermutung unwiderlegbar. Ein weiterer zentraler Unterschied ist die einheitliche Verjährungsfrist von fünf Jahren nach der Abnahme sowohl für unbewegliche wie auch für bewegliche Werke.⁵⁵

G. Fazit

Die Mängelrüge ist essenziell für die Geltendmachung von Ansprüchen bei einem Werkmangel. Das Konzept der Mängelrüge ist grundsätzlich simpel, doch gibt es in der Praxis einiges zu beachten, namentlich die nach OR extrem kurze Rügefrist, die substantiierte Beschreibung des Mangels und allenfalls vertraglich vereinbarte Eigenheiten. Die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert die gesetzlichen Regelungen insbesondere im Baurecht stetig weiter, weshalb sich die Beschäftigung mit den jeweils neusten Gerichtsurteilen in der Praxis als unumgänglich erweist.

⁵⁰ Siehe für mehr Informationen <https://www.sia.ch/de/dienstleistungen/normen/>, abgerufen am 1. November 2022. Ebenfalls von praktischer Relevanz sind die Musterverträge der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB), welche eher bauherrenfreundlich ausgestaltet sind. Für mehr Informationen dazu siehe <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home.html>, abgerufen am 1. November 2022.

⁵¹ BGE 118 II 295, 296, E. 2.

⁵² PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 157 N 13.

⁵³ Art. 172 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SIA-Norm 118.

⁵⁴ CHRISTOPH LOCHER, Die Bauleitung, in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich/Basel/Genf 2019, 431 ff., 465.

⁵⁵ Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118. Eine Ausnahme gibt es bei der Verschweigung absichtlicher Mängel durch den Unternehmer. In solchen Fällen beträgt die Rügefrist 10 Jahre (Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118).