



**Ulrich Keusen**  
Rechtsanwalt CAS  
Fachanwalt SAV Bau- und  
Immobilienrecht  
Partner, Bern  
Telefon +41 58 258 16 00  
ulrich.keusen@bratschi.ch



**Cyril Blattner**  
Rechtsanwalt  
Telefon +41 58 258 16 00  
cyril.blattner@bratschi.ch

## Baumängel? – Leider haben Sie die Frist verpasst!

Selten wird ein Bauwerk vollkommen mängelfrei erstellt, da nach wie vor jedes Bauwerk ein weitgehend handwerklich erstelltes Einzelobjekt ist. Meistens werden dafür Gewährleistungsrechte vereinbart und die Unternehmer bieten für eine kulante Instandstellung der mangelhaften Werkteile Hand. Dennoch gilt es, die massgebenden Rüge- und Verjährungsfristen unbedingt zu kennen und im Auge zu behalten, damit Gewährleistungsansprüche nötigenfalls auch durchgesetzt werden können. Insbesondere die Rügefristen bei Planungsmängeln oder bei bestimmten Werkverträgen sind äusserst kurz, so dass hier Unge- mach droht. Mit günstigen vertraglichen Abmachungen und zuverlässigen Handlungsabläufen können diese Risiken aber eingegrenzt werden.

### 1. Das guckt sich weg

Wer den Humor in Bezug auf Baumängel noch nicht verloren hat oder noch völlig unbelastet ist, dem empfehlen wir das Mängelquartett. Unter [www.maengelquartett.de](http://www.maengelquartett.de) kann dieses klassische Quartettspiel bezogen werden. Anstelle von farbigen Boliden werden auf den Spielkarten 36 mehr oder weniger haarsträubende Baumängel dargestellt. Anstelle der technischen Leistungskomponenten wird der Mangel bewertet, die Beseitigungskosten, der Frustrationsfaktor und die Erklärung des Bauleiters abgedruckt. So kann man das Quartett spielen. Mangel 4c in diesem Spiel ist eine durchhängende Decke, zu welcher der Bauleiter erklärt: «Das guckt sich weg».

In der Realität kann ein solcher Mangel zu einem langwierigen Ärgernis führen, indem nämlich eine solche Decke vielleicht bereits nach Einzug in die neue Wohnung wieder weggerissen und neu montiert werden muss, was dann auch Arbeiten des Elektrikers und des Malers nach sich zieht. Im Rahmen eines belastbaren Vertragsverhältnisses dürfte dies eine Nachbesserungsarbeit sein, die durch die Gewährleistungsrechte gedeckt ist.

Wie entdeckt man aber einen solchen Mangel, wie und wann rügt man ihn richtig, so dass keine Ansprüche verloren gehen? Auf diese beiden Fragen möchten wir uns hier konzentrieren.

## 2. Der Mangel und die Prüfung

Werkmangel im Rechtssinn ist eine Abweichung vom Vertrag. Wurde nicht oder qualitativ nicht hergestellt, was vertraglich vereinbart wurde, liegt ein Mangel vor. Das kann ein quantitativer Mangel sein, häufig ist es aber ein qualitativer Mangel des Werkteils. Welche Qualität konkret vereinbart wurde, ist oft schon Gegenstand von Diskussionen, wenn nämlich nichts vereinbart wurde und die Parteien am Schluss bei der Einhaltung der Regeln der Baukunde landen. Die vielfältigen technischen Baunormen können hier Indiz dafür sein, was gemeinhin erwartet werden kann, wenn ein konkreter Vertrag nicht weiterhilft. Neben dem eigentlichen Ausführungsmangel, wie bspw. die durchhängende Decke, können auch Planungsmängel auftreten. Der Unternehmer hat in diesem Fall das gebaut, was mittels Planung bestellt wurde, das vereinbarte Werk ist aber trotzdem mangelhaft, bspw. weil seine Funktionstüchtigkeit nicht gegeben ist oder eine Abstimmung verschiedener Werkteile untereinander nicht funktioniert.

## 3. Prüfbliedenheit

In der Praxis gibt es verschiedene «Vertrags-Welten», in denen gerade die Fragen der Gewährleistung auch verschieden vereinbart werden. Wir konzentrieren uns hier auf Verträge, bei denen das schweizerische Obligationenrecht (OR) oder die SIA-Norm 118 (SIA 118) subsidiär zur Anwendung kommen; bei der SIA 118 unterscheiden wir nicht zwischen den beiden gängigen Versionen (1977/91 und 2013).

Beim OR-Vertragsverhältnis muss der Besteller nach Ablieferung des bestellten Werkes dessen Beschaffenheit prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis setzen. Gerügt werden müssen alle **erkennbaren** Mängel. Die Gewährleistung entfällt, wenn erkennbare Mängel nicht gerügt wurden, was sogar gilt, wenn die Prüfung unterlassen wurde.

Bei den SIA 118-Verträgen wird das Werk gemeinsam geprüft innert einer vereinbarten Frist und es wird ein gemeinsames Protokoll über das Ergebnis der Prüfung aufgenommen. Dabei müssen Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung **offensichtlich** waren, angezeigt werden. Wird dies nicht getan, wird von einem Verzicht auf deren Geltendmachung ausgegangen. Offensichtlich sind Mängel dann, wenn sie ohne weiteres, d.h. gewissermassen auf den ersten Blick, erkennbar sind. Das bezieht sich allerdings auf das ganze Werk bspw. auf eine ganze Küche, eine ganze Wohnung, ein ganzes Haus, eine ganze Überbauung. Die Prüfbliedenheit kann sehr weit gehen.

Im einen Fall muss man also sorgfältig prüfen und alle erkennbaren Mängel rügen, während im anderen Fall nur die offensichtlichen Mängel bereits bei der Abnahme gerügt werden müssen. Die SIA-Norm 118 bietet während zweier Jahre die Gelegenheit, auch später noch aufgetauchte Mängel zu rügen und dafür Gewährleistung zu verlangen.

**Achtung:** Das Bundesgericht handhabt die Prüfbliedenheit streng, so dass im ersten Anwendungsfall auf jeden Fall sorgfältig geprüft und im zweiten Anwendungsfall unbedingt alle offensichtlich erkennbaren Mängel aufgelistet werden müssen, selbst wenn das eine mühsame Arbeit sein sollte.

#### 4. Rügeobliegenheiten

Wird das Werk zwar sorgfältig geprüft, unterbleibt aber einer Rüge, so ist die Prüfung ohne Wirkung. Die Mängel müssen auf jeden Fall nicht nur festgestellt, sondern dem Unternehmen auch angezeigt bzw. gerügt werden.

Im OR-Bereich müssen Mängel sofort nach deren Entdeckung angezeigt werden, wobei «sofort» gemäss aktueller Gerichtspraxis eine Rügefrist von 7 Tagen meint. Eine solche kurze Frist gibt wenig Zeit zum Überlegen oder Diskutieren, allerdings schadet eine einmal zu viel angebrachte Rüge auch nichts. Sie kann nötigenfalls sogar zurückgezogen oder berichtigt werden.

Im Bereich von SIA 118 gibt es demgegenüber eine Erleichterung insofern, als eine Rügefrist vorerst von 2 Jahren besteht. Diese Frist läuft ab dem Tag der Werkabnahme und bedeutet, dass nach der Abnahme, bei der alle offensichtlichen Mängel aufgenommen wurden, später alle weiteren Mängel innerhalb von 2 Jahren gerügt werden können. Zwar kann man theoretisch alle Mängel sammeln und sie kurz vor Ablauf von 2 Jahren auf einmal rügen. Sollte aber eine spätere Rüge zu einer Verschlechterung des Mangels führen, so ist das Zuwarten dem Besteller anzurechnen.

Treten Mängel erst nach der Rügefrist von 2 Jahren zu Tage, können sie als sogenannte verdeckte Mängel auch noch für weitere 3 Jahre bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gerügt werden. In dieser zweiten Phase müssen sie allerdings genauso schnell gerügt werden wie im Bereich des Obligationenrechts.

Neben den offenen und verdeckten Mängeln, spricht man schliesslich von **absichtlich verschwiegenen** Mängeln, für welche der Unternehmer im Bereich der SIA 118 für 10 Jahre gerade stehen muss.

#### 5. Beweisregeln

Gemäss dem allgemeinen Grundsatz des Zivilrechts muss jener das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen, der daraus Rechte ableitet. Das ist beim OR-Vertrag auch für den Mangel so. Wer den Mangel behauptet, muss die Abweichung vom Vertrag beweisen, er muss die Mängelrüge nachweisen und er muss auch beweisen, dass diese Mängelrüge rechtzeitig beim Unternehmer angekommen ist. Diese Beweise sind zum Teil schwierig, da sie einiges an technischem Verständnis voraussetzen und andererseits eine bewusste Organisation dieser Phase voraussetzen. So empfiehlt es sich jedenfalls, Mängelrügen beweisbar zuzustellen, sei es per Einschreiben, allenfalls Fax oder Übergabe gegen Quittung usw.

In der SIA 118 gibt es demgegenüber eine Beweislastumkehr, wonach die Beweislast für den Mangel beim Unternehmer liegt. Dieser scheinbar besseren Lage stehen aber die Anforderungen an die Mängelrüge gegenüber.

Eine Mängelrüge soll so konkret wie möglich erfolgen. Der Unternehmer muss daraus sehen, was an seinem Werk beanstandet wird. Der betroffene Werkteil soll so genau wie möglich bezeichnet

werden, damit klar wird, welche Arbeitsgattung, welcher Werkteil, wo genau im Haus und in welchem Umfang betroffen ist. Das kann bspw. etwa so aussehen: «Beim Badezimmer Ost ist der Putz auf der Isolation unterhalb des Fensterbanks auf einer Länge von ungefähr 123 cm in einer Breite bis zu 5 mm gerissen. Teilweise ist auch die darunter liegende Isolationsschicht gerissen. Im untersten Bereich des Risses tritt bei Regen Wasser aus».

Mit diesen Angaben kann die Gewährleistung verlangt und es können die entsprechenden nächsten Schritte an die Hand genommen werden.

## 6. Empfehlung

Die Rügefristen bei werkvertraglichen Verhältnissen sollte ebenso beachtet werden wie die Rügeobliegenheiten. Während bei der Bestellung eines speziell angefertigten Tisches die Abnahme sowie die Rüge übersichtlich sind, kann es bei einem ganzen Bauwerk zu grossen Herausforderungen führen. Die Rügefristen sind allerdings nicht objektiv gegeben. Sie werden vertraglich vereinbart. Diesbezüglich empfehlen wir, sowohl die Verjährungs- wie auch die Verwirkungsfristen vertraglich zu regeln und für die Prüfung und Meldung von Mängeln bestimmte Fristen zu vereinbaren, die über jene der Gerichtspraxis hinausgehen. Es ist ein leichtes, eine nicht geregelte Rügefrist, die gemäss Gerichtspraxis 7 Tage beträgt, in einem Vertrag auf 30 Tage festzusetzen. Dazu kann noch der Anfangszeitpunkt definiert werden, wie bspw. das Entdecken des Mangels, die Abnahme des Werks oder weitere voraussehbare Zeitpunkte.

Bei umfangreicheren Werken empfehlen wir, sich bei der Abnahme durch eine Fachperson begleiten zu lassen, die ein Auge für vertragsgemässe Ablieferungen eines Bauwerks hat. Es braucht schon eine gewisse Erfahrung, bei einem Bauwerk die mängelanfälligen Bauteile zu kennen, die richtigen Prüfungshandlungen zu machen und auch die Abweichungen vom Vertrag feststellen zu können. Gerade bei der Einhaltung von technischen Baunormen oder von Regeln der Baukunde verlassen auch Baufachanwälte sich auf das Urteil von solchen Spezialisten.

Zudem empfehlen wir, die massgebenden Termine und Fristen in einer Agenda zu führen und sich bei den wahrzunehmenden Handlungen an diese terminlichen Rahmenbedingungen zu halten. Lieber wird eine Rüge einmal zu viel zugestellt, als dass der Gewährleistungsanspruch für diesen Werkteil wegen Fristablaufs verwirkt.

---

**Bratschi AG** ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

<b>Basel</b> Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel Telefon +41 58 258 19 00 Fax +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	<b>Bern</b> Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern Telefon +41 58 258 16 00 Fax +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	<b>Lausanne</b> Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne Téléphone +41 58 258 17 00 Téléfax +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	<b>St. Gallen</b> Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen Telefon +41 58 258 14 00 Fax +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	<b>Zug</b> Gubelstrasse 11 CH-6300 Zug Telefon +41 58 258 18 00 Fax +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	<b>Zürich</b> Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich Telefon +41 58 258 10 00 Fax +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	---	---	---	---