

Werkabnahme gemäss SIA-Norm 118 und die Mängelhaftung

Roland Hürlimann , Dr. iur. Rechtsanwalt LL.M., Zürich und Baden*

- I. Problemübersicht**
- II. Voraussetzungen der Werkabnahme**
 - A Vollendung des Werkes
 - B Anzeige der Vollendung
 - C Prüfung des Werkes
- III. Wirkungen der Abnahme**
 - A Abgrenzung der Abnahme von der Genehmigung des Werkes
 - B Übergang von Nutzen und Gefahr
 - C Beginn der zweijährigen Rügefrist
 - D Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist
 - E Weitere Wirkungen der Werkabnahme
 - F Abgrenzungen
- IV. Sonderfragen**
 - A Die Pflicht des Planers zur Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung der Abnahme
 - B Abnahme und Bauwesenversicherung
 - C Abnahme und Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmers
 - D Abnahme und Sicherheitsleistung (Solidarbürgschaft)

* Ich danke meinem Mitarbeiter Rechtsanwalt Dr. Martin Beyeler, der mich bei der Vorbereitung der schriftlichen Tagungsunterlage und bei der Kontrolle der Zitate unterstützt hat.

Literaturauswahl:

BÜHLER Theodor, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teilband 5 2d, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1998; GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; GAUCH Peter, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157 – 190, Zürich 1991; GAUCH Peter/TERCIER Pierre, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995; HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003; HUBER, Versicherungsfragen des Baus, in: MÜNCH/KARLEN/GEISER (Hrsg.), Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel 1998, Rz. 18.1 ff.; HÜRLIMANN Roland, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, Festschrift Prof. Gauch, Zürich 2004, S. 815 ff.; HÜRLIMANN Roland, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, in: MÜNCH/KARLEN/GEISER, Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel 1998; S. 435 ff.; KOLLER Alfred, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 2. Abteilung, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Bern 1998; LENZLINGER-GADIANT Annette, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Diss. Zürich 1994; MIDDENDORF Patrick, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002; SAXER Rainer, Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Zürich 1999; SCHERRER Erwin, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994; SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Sachenrecht, Nr. 1713 ff., 2. Auflage, Zürich 2003; SCHUMACHER Rainer, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004; SCHUMACHER Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, systematische Darstellung der Praxis, 2. Auflage, Zürich 1982; SIEGENTHALER Thomas, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach schweizerischen Obligationenrecht und unter der Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Freiburg 2000; TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995; TRÜMPY, Daniel, Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, in: LENDI/NEF/TRÜMPY, Das private Baurecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1995; TRÜMPY, Daniel, Die Abnahme des Bauwerks nach der SIA-Norm 118, in: KOLLER, Alfred, St. Galler Baurechtstagung 2000; S. 47 ff.; TRÜMPY/HÜRLIMANN, Die Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe; Zeitschrift Baurecht 1/1999, S. 83 ff.



I. Problemübersicht

1. Die Verpflichtung des Unternehmers im Werkvertrag umfasst nicht nur die Herstellung des Werkes, sondern zugleich auch dessen Ablieferung. Die Ablieferung des Werkes besteht in der Übergabe des vollendeten Werkes an den Besteller, der – aus seiner Sicht – das Bauwerk abnimmt. *Ablieferung* und *Abnahme* sind also *korrelative* Begriffe, die ein und denselben Vorgang, von zwei Seiten aus betrachtet, bezeichnen.
2. Ablieferung und Abnahme beschreiben einen zentralen Vorgang, der für die weitere Abwicklung des Werkvertrages jeweils *von zentraler Bedeutung* ist und in verschiedener Hinsicht *Rechtswirkungen* auslöst, ungeachtet dessen, ob die Gesetzesvorschriften von Art. 363 – 379 OR zur Anwendung gelangen oder die Bestimmungen der „Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten“ der SIA-Norm 118.
3. Für die Baupraxis von besonderer Wichtigkeit ist das Regelwerk der *SIA-Norm 118*, nach welchem Ablieferung und Abnahme in einem formalisierten Prozedere zu geschehen haben. Die Norm definiert in den Art. 157 - 164¹ die Voraussetzungen, unter denen das Werk zwischen Besteller und Unternehmer als abgeliefert und abgenommen gelten soll, und bestimmt, welche Rechtswirkungen mit Ablieferung und Abnahme verbunden sind.
4. *Akteure* des Abnahmeprozedere sind vorrangig die *Parteien* des Werkvertrages, das heisst Unternehmer und Besteller auf allen Stufen (Hauptvertrag, Subunternehmervertrag, Sub-subunternehmervertrag). Häufig beteiligt am Vorgang ist aber auch die *Bauleitung*, welche die Abnahme im Auftrag des Bestellers vorbereitet, begleitet und letztlich dann auch die erforderlichen Prüfungen durchführt.

II. Voraussetzungen der Werkabnahme

A Vollendung des Werkes

1. **Grad der Vollendung:** Nach gefestigter Rechtsprechung des gesetzlichen Werkvertragsrechtes setzt die Abnahme die Vollendung des Werkes voraus². Nach einem unlängst ergangenen Entscheid des Bundesgerichtes³ kann der Besteller auch ein unvollendetes Werk abnehmen, falls die ausstehenden Arbeiten nur geringfügigen Ausmasses sind. Grundsätzlich gilt nach dem System der SIA-Norm 118 allerdings, dass Vollendung nur in der Hauptsache („substantial completion“) nicht ausreicht; doch findet das Vollendungsprinzip selbstverständlich auch im Schweizerischen Recht nur insoweit Anwendung, als dies noch mit Treu und Glauben vereinbar ist und nicht Rechtsmissbrauch vorliegt.
2. **Begriff der Vollendung:** Gegenstand der Abnahme ist nach Art. 157 Abs. 1 SIA-Norm 118 das „vollendete Werk“ oder, falls sich aus dem Werkvertrag nicht etwas anderes ergibt, auch ein in sich geschlossener Werkteil. Somit beschreibt die Norm das Werk als das vom jeweiligen Unternehmer geschuldete Werk, nicht das gesamte Bauwerk, von dem der Unternehmer etwa nur einen Teil erstellt. Oder anders gesagt: Vollendung des Werkes oder des Werkteils liegt vor, wenn der Unternehmer sämtliche Arbeiten und sonstige Leistungen, die er mit dem Besteller des Werkvertrages vereinbart hat, vollendet, das heisst fertiggestellt, hat. Zu den Vollendungsarbeiten gehören grundsätzlich auch die Aufräumarbeiten, die Demontage und der Abtransport der Baustelleneinrichtung (vgl.

¹ Im vorliegenden Text beziehen sich Artikelbezeichnungen ohne weitere Angaben auf die SIA-Norm 118.

² BGE 118 II 142, E. 4; 115 II 456, E. 4; 113 II 264, E. 2b; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 101; HONSELL/ZINDEL/PULVER N 3 zu Art. 367 OR.

³ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.6.

Art. 123 SIA-Norm 118); ferner müssen die im Zusammenhang mit dem Werkvertrag genutzten Grundstücksflächen und Arbeitsplätze in den ordnungsgemässen Zustand zurückgebracht worden sein (vgl. Art. 146). Werden Baustelleninstallationen, Grundstücksflächen oder Arbeitsplätze allerdings von Nebenunternehmern (Art. 30) weiterbenützt, so genügt es unter dem Gesichtspunkt der Abnahme, dass sie zu diesem Zweck in Ordnung gestellt worden sind.

3. **Grenzen des Vollendungsbegriffs:** Zur Vollendung des Werkes gehören nach dem Gesagten auch die Ausführung von Bestellungenänderungen, Konkretisierungen und weiteren Weisungen einer noch nicht abschliessend umschriebenen Bauleistung⁴. Nicht zu den erforderlichen Vollendungsarbeiten gehören jedoch Nachbesserungsarbeiten zur Beseitigung von Werkmängeln⁵.

B Anzeige der Vollendung

1. **Form der Anzeige:** Sowohl nach gesetzlichem Werkvertragsrecht als auch nach dem System der SIA-Norm 118 leitet der Unternehmer die Abnahme dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollendung des Werkes „anzeigt“ (vgl. Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Vollendungsanzeige ist an kein Formerfordernis geknüpft; sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Erforderlich ist indessen, dass es sich bei der Anzeige um eine Mitteilung des Unternehmers handelt. Wenn Art. 158 Abs. 1 eine mündliche oder schriftliche Anzeige verlangt, wird dadurch eine stillschweigende Anzeige durch konkludentes Verhalten grundsätzlich⁶ ausgeschlossen⁷.
2. **Ingebrauchnahme als Vollendungsanzeige:** Weder eine schriftliche noch eine mündliche Anzeige wird vorausgesetzt für den Fall, dass der Bauherr „ein vollendetes ganzes Werk von sich aus in Gebrauch [nimmt] (z.B. zum Weiterbau)“ (Art. 158 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118). Denn diesfalls wird auf den Zeitpunkt der Ingebrauchnahme eine Vollendungsanzeige fingiert. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass eine Ingebrauchnahme von Teilwerken von Nebenunternehmern dann vorliegt, wenn andere Unternehmer die vorangehende Arbeit als Grundlage benutzen und an der Erstellung des Gesamtbauwerkes weiterarbeiten. „Eine ausdrückliche Abnahmeerklärung des Bauherrn oder des ihn vertretenden Architekten ist unter diesen Umständen ebensowenig unerlässlich wie eine Mitteilung des Nebenunternehmers ihnen gegenüber, dass er die vereinbarten Arbeiten ausgeführt habe“.⁸
3. **Ingebrauchnahme unvollendeter Werke:** Vom Fall, in dem ein vollendetes ganzes Werk durch den Besteller in Gebrauch genommen wird, ist jener zu unterscheiden, bei dem der Besteller ein *unvollendetes* Werk in Gebrauch nimmt – etwa, indem er in ein Wohnhaus einzieht, das verschiedene Abweichungen vom Projekt aufweist bzw. an dem der Unternehmer noch verschiedene, nicht bloss geringfügige Arbeiten fertigzustellen hat. In solchen Fällen bewirkt die vorzeitige Ingebrauchnahme keine Abnahmefiktion.⁹ In sei-

⁴ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 101 f.

⁵ GAUCH, KommSIA 118 N 2 lit. b zu Art. 157.

⁶ BGr. 4C.301/2003, Urteil vom 4.2.2004, E. 4.1: „La présentation de la facture des travaux exécutés par l'entrepreneur peut également valoir communication de l'achèvement des travaux par acte concluant. Le point de savoir si la facture de l'entrepreneur constitue un tel avis tacite dépend des circonstances de l'espèce“. So auch BGr. 4C.34/2005, Urteil vom 18.8.2005, E. 5.1; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 96.

⁷ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2601. Eine Zahlungsanweisung gilt zwar grundsätzlich nicht als Abnahme oder Vollendungsanzeige: BGE 89 II 232, E. 2. Jedoch kann die Übermittlung der Schlussrechnung an den Bauherren oder die Bauleitung die (stillschweigende) Vollendungserklärung enthalten: BGr. 4C.301/2003, Urteil vom 4.2.2004, E. 4.1; BGr. 4C.34/2005, Urteil vom 18.8.2005, E. 5.1; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 96.

⁸ BGE 115 II 456, E. 4.

⁹ BGE 94 II 161, E. 2d.

ner neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht allerdings präzisiert, dass ein Werk, bei dem nur untergeordnete Arbeiten noch nicht ausgeführt wurden, gleichwohl als vollendet gilt bzw. abnahmefähig ist, sobald es trotz der fehlenden Arbeiten als fertig und gebrauchsfähig erscheint.¹⁰

4. **Wirkung der Vollendungsanzeige:** Die Vollendungsanzeige führt nicht automatisch zur Abnahme; sie leitet die Abnahme lediglich ein. Im Geltungsbereich der SIA-Norm 118 setzt die Anzeige der Vollendung indessen die einmonatige Prüfungsfrist in Gang, innerhalb welcher der Bauherr bzw. seine Bauleitung die Abnahmeprüfung zu organisieren hat (vgl. Art. 158 Abs. 2).
5. **Rechnungsstellung als Vollendungsanzeige:** Die Stellung der Schlussrechnung bzw. das Zahlungsbegehren des Unternehmers kann gemäss Bundesgericht unter bestimmten Umständen (auch) als Mitteilung der Vollendung des Werkes verstanden werden¹¹.

C Prüfung des Werkes

1. Abnahme durch gemeinsame Prüfung ohne wesentliche Mängel

- a. **Gemeinsame Prüfung:** „Auf die Anzeige hin wird das Werk (oder der Werkteil) von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft“ (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die zur Entgegennahme der Vollendungsanzeige ermächtigte Bauleitung ist auch zur Prüfung des Werkes befugt (vgl. Art. 34 Abs. 1). Ungeachtet der Frage, ob eine Bauleitung noch oder nicht mehr eingesetzt ist, darf der Bauherr die Abnahmeprüfung aber auch persönlich durchführen. Den Unternehmer trifft keine Pflicht zur Mitprüfung; er hat lediglich die Obliegenheit, an der Prüfung teilzunehmen und die (für eine ordnungsgemässe Prüfung) erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Art. 158 Abs. 2). Auf Anordnung der Bauleitung oder des Bauherrn hat der Unternehmer aber auch in weitergehendem Umfang mitzuwirken, indem er z. B. Belastungsproben oder andere Prüfungen nach Art. 139 Abs. 1 und 2 vornehmen muss¹². Die gemeinsame Abnahmeprüfung von Art. 158 Abs. 2 ersetzt die gesetzliche Pflicht des Bauherrn in Art. 367 Abs. 1 OR, wonach dieser das Werk grundsätzlich alleine zu prüfen und auch die Kosten dafür zu übernehmen hat¹³.
- b. **Abnahmeprotokoll:** Über das Ergebnis der gemeinsamen Abnahmeprüfung ist in der Regel ein Protokoll aufzunehmen, welches sowohl von der Bauleitung als auch vom Unternehmer durch Unterzeichnung anerkannt wird (vgl. Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118). In das Protokoll ist vorab das Ergebnis der Prüfung aufzunehmen, ferner der Zeitpunkt des Prüfungsabschlusses (Art. 158 Abs. 3). Aus der Formulierung „in der Regel“ folgt, dass keine Partei die Verpflichtung trägt, ein Prüfungsprotokoll aufzunehmen und zu unterzeichnen. Das heisst weiter, dass der Abschluss der Prüfung und die damit verbundene Rechtslage (die Abnahmewirkungen von Art. 159 bis 163), weder von der Aufnahme noch von der Unterzeichnung eines Prüfungsprotokolls abhängig sind¹⁴.

¹⁰ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.4-2.6.

¹¹ BGr. 4C.34/2005, Urteil vom 18.8.2005, E. 5.1; BGr. 4C.301/2003, Urteil vom 4.2.2004, E. 4.1; vgl. auch GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 96.

¹² GAUCH/PRADER, KommSIA 118, N 1 zu Art. 139.

¹³ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2610 mit dem Vermerk, dass eine Prüfung nach Art. 367 Abs. 1 OR zwar die Ablieferung des Werkes voraussetzt, dass jedoch die Vollendungsanzeige nach Art. 158 SIA-Norm 118 ausreichend ist, damit im Sinne dieser Norm Ablieferung vorliegt und das Recht auf gemeinsame Prüfung wie auch auf Prüfenlassen durch Sachverständige auf eigene Kosten (Art. 367 Abs. 2 OR wird durch die SIA-Norm 118 nicht berührt) entsteht. Vgl. ferner HÜRLIMANN, Der Architekt als Experte, in: GAUCH/TERCIER (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Auflage, Freiburg 1995, Nr. 1435 ff.

¹⁴ GAUCH, KommSIA 118, N 21 zu Art. 158.

- c. **Eintritt der Abnahmewirkungen:** Die Abnahme und deren Wirkungen treten also ohne Weiteres (automatisch) mit durchgeführter Prüfung ein, ohne dass es hierzu noch einer Erklärung der Parteien (der Unterzeichnung des Prüfungsprotokolls oder der Zustimmung des Bauherrn oder seiner Bauleitung) bedürfte¹⁵. In Bezug auf die in einem allfälligen Protokoll aufgeführten Mängel gilt indessen, soweit in diesem Dokument nichts anderes vermerkt ist, eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie spätestens bei der Unterzeichnung des Protokolls geltend gemacht (also gerügt) wurden¹⁶.

2. Abnahme durch erneute Prüfung nach durchgeführter Nachbesserung

- a. **Unwesentliche Mängel:** Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung Mängel, die im Verhältnis zum ganzen Werk (oder Werkteil) unwesentlich sind, so findet die Abnahme ungeachtet dieser Mängel mit Abschluss der gemeinsamen Prüfung statt; doch hat der Unternehmer die festgestellten Mängel innert angemessener Frist, die der Bauherr ansetzt, zu beheben (Art. 160 SIA-Norm 118).
- b. **Begriff des wesentlichen Mangels:** Ob ein Mangel unwesentlich ist im Sinne von Art. 160 der SIA-Norm 118 und daher zur Abnahme berechtigt, oder ob er als wesentlich zu betrachten ist und damit die Rückstellung des Werkes bewirkt (vgl. Art. 161), ist von enormer praktischer Bedeutung. Wesentlich im Sinne der Norm sind Mängel, an deren rascher und reibungsloser Behebung der Besteller ein gesteigertes (und berechtigtes) Interesse hat. Nach Lehre und Rechtsprechung gehören zu den wesentlichen Mängeln namentlich solche, die die Tauglichkeit des Werkes zum üblichen oder zum vereinbarten Gebrauch unmittelbar und erheblich beeinträchtigen; ferner solche, aus denen ein beachtlicher Mangelfolgeschaden droht, insbesondere jene, die den Bauherrn oder andere Benutzer des Werkes an Leib und Leben gefährden¹⁷.

3. Zurückstellung der Abnahme wegen wesentlicher Mängel

- a. **Eintritt der Zurückstellung:** Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung wesentliche Mängel, so wird die Abnahme zurückgestellt. Wesentlich sind nach dem Gesagten namentlich solche Mängel, aus denen ein beachtlicher Mangelfolgeschaden droht, darunter insbesondere jene, die den Bauherrn oder andere Benutzer des Werkes an Leib und Leben gefährden¹⁸. Die Rechtswirkung der Zurückstellung der Abnahme tritt mit der Feststellung wesentlicher Mängel anlässlich der Prüfung von selbst ein, ohne dass der Besteller sie verlangen müsste. Sie ist vom Willen des Unternehmers gänzlich unabhängig. Der Unternehmer hat es immerhin in der Hand, eine erneute Abnahmeprüfung zu verlangen, sobald er nachgebessert hat. Falls die nochmalige Prüfung ergibt, dass das Werk keine wesentlichen Mängel mehr aufweist, ist das Werk (oder der betroffene Werkteil) mit Abschluss dieser Prüfung abgenommen (Art. 161 Abs. 3 SIA-Norm 118).
- b. **Vorzeitige Ingebrauchnahme:** Trotz Zurückstellung der Abnahme kann das Werk (oder der Werkteil) dem Bauherrn im gegenseitigen Einverständnis zum Weiterbau oder zur Ingebrauchnahme überlassen werden. Doch selbst wenn der Unternehmer damit nicht einverstanden ist, stellt die bloße Ingebrauchnahme des Werkes keinen Grund dar, der (für sich alleine genommen) die Abnahme bewirkte (vgl. Art. 161 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118)¹⁹.

¹⁵ BGE 115 II 456, E. 4; GAUCH, KommSIA 188, N 4 zu Art. 159: Auf den Willen des Bauherrn kommt es für die Abnahme nicht an; er kann die Abnahme auch nicht verweigern. Die Abnahmewirkungen fallen selbst dann nicht weg, wenn nach der Abnahme wesentliche Mängel zu Tage treten.

¹⁶ GAUCH, KommSIA 118, N 22 zu Art. 158 und N 18 zu Art. 163.

¹⁷ GAUCH, KommSIA 118, N 3 zu Art. 160.

¹⁸ GAUCH, KommSIA 118, N 3 zu Art. 160.

¹⁹ Vgl. auch GAUCH, KommSIA 118 N 6 lit. b zu Art. 161.

- c. **Auswirkung der Zurückstellung auf die Gefahrtragung:** In beiden Fällen – Ingebrauchnahme mit oder ohne Einverständnis des Unternehmers – gilt Art. 376 Abs. 3 OR (zumindest sinngemäss) für den Fall, dass das Werk infolge der Ingebrauchnahme ganz oder teilweise untergeht. Anders gesagt, bewirkt die Verzögerung der Abnahme unter anderem, dass der Gefahrenübergang sowie der Beginn der Garantie- und der Verjährungsfrist für Mängelrechte zum Nachteil des Unternehmers hinausgeschoben werden.

4. Abnahme ohne gemeinsame Prüfung

- a. **Unterbliebene Mitwirkung durch den Besteller:** Im Unterschied zur Rechtslage nach gesetzlichem Werkvertragsrecht²⁰ ist die Abnahme nach dem System der SIA-Norm 118 keine unmittelbare Folge der Vollendungsanzeige, sondern setzt eine erfolgreich absolvierte gemeinsame Prüfung ohne wesentliche Mängel voraus. In zwei Fällen indessen sieht die Norm in Art. 164 Abs. 2 eine Ausnahme hiervon vor: *Erstens:* Wenn „nach Anzeige der Vollendung die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen“ unterbleibt, „weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt“ oder *zweitens:* „Wenn von Seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird“. In beiden Ausnahmefällen, die Art. 164 Abs. 1 beschreibt, gilt das Werk mit Ablauf der Monatsfrist „als abgenommen“, ohne dass es einer dahingehenden Erklärung des Bauherrn oder des Unternehmers bedürfte.
- b. **Begründung der Abnahmefiktion:** In beiden Ausnahmefällen rechtfertigen sich fingierte Abnahme und Eintritt der Abnahmewirkungen deswegen, weil der Besteller die ihm obliegende Mitwirkung unterlassen hat. Dass der Bauherr (oder die ihn vertretende Bauleitung) die Mitwirkung ausdrücklich verweigert, ist nach Wortlaut und Inhalt von Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht erforderlich. Schlichte Untätigkeit reicht aus, um Abnahme und Abnahmewirkungen eintreten zu lassen²¹.
- c. **Unterbliebene Mitwirkung durch den Unternehmer:** Ist dagegen die gemeinsame Prüfung deshalb unterblieben, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt, so findet folgerichtig *keine Abnahme* statt, und auch die Abnahmewirkungen treten nicht ein (vgl. Art. 164 Abs. 2 SIA-Norm 118). Auch hier gilt, dass schlichte Untätigkeit des Unternehmers genügt; anders gesagt wird ausdrückliche Verweigerung nicht verlangt. In diesem Fall tritt keine Abnahme durch Fristablauf ein. Vielmehr bleibt es auch nach Ablauf der Monatsfrist bei den Bestimmungen der Art. 158 ff., der Eintritt der Abnahmewirkungen eine Vollendungsanzeige und erfolgreiche gemeinsame Prüfung voraussetzen. „Sinngemäss“ gilt die geschilderte Rechtslage auch dann, wenn die nochmalige Prüfung des Werkes innert Monatsfrist nach Anzeige der Nachbesserung wegen eines Versäumnisses des Unternehmers unterbleibt (Art. 164 Abs. 3).

5. Abnahme trotz wesentlicher Mängel

- a. **Unbenutzte Prüfungsfrist:** Hat keine der Parteien die gemeinsame Prüfung (rechtzeitig) verlangt, so kommt wie gesagt Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 zur Anwendung: Das Werk (oder der Werkteil) gilt mit Ablauf der Monatsfrist als abgenommen. Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer von der Mitwirkung durch von ihm nicht zu vertretende Hinderungsgründe abgehalten wurde²².
- b. **Keine Zurückstellung:** Der Grundsatz von Art. 161, wonach bei wesentlichen Werkmängeln die Abnahme zurückgestellt wird, gilt nicht uneingeschränkt. Ausnahmsweise erfolgt die Abnahme *nach Art. 162 und Art. 163* der Norm trotz wesentlicher Mängel in folgenden Fällen:

²⁰ Vgl. BGE 115 II 456, E. 4; 113 II 264, E. 2b; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 92 f.

²¹ GAUCH, KommSIA 118, N 9 und 15 zu Art. 164.

²² GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2630.

- wenn der Besteller nach Abschluss der gemeinsamen Prüfung *nicht ohne Versäumnis Frist zur Behebung* der festgestellten wesentlichen Mängel ansetzt (Art. 161 Abs. 2 SIA-Norm 118).
- wenn sich bei der nochmaligen Prüfung nach Ablauf der gemäss Art. 161 Abs. 2 angesetzten Verbesserungsfrist immer noch wesentliche Mängel zeigen und der Bauherr *nicht ohne Versäumnis*, gestützt auf Art. 169, entweder weiterhin auf der *Nachbesserung* beharrt oder vom *Vertrag zurücktritt*;
- wenn der Besteller sein *Minderungsrecht* gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 ausübt;
- wenn der Besteller bei der gemeinsamen Prüfung *wesentliche Mängel (die er erkennt hat) nicht rügt oder sonstwie auf deren Geltendmachung verzichtet* (vgl. Art. 163 Abs. 1).

Mit dem Eintritt der Abnahme bleiben dem Besteller die Mängelrechte nur (aber immerhin) in Bezug auf jene Mängel erhalten, die bei der gemeinsamen Prüfung nicht offensichtlich waren und vom Besteller auch nicht erkannt wurden²³. Stillschweigender Verzicht wird vermutet für offensichtliche oder erkannte Mängel, welche nicht im Prüfungsprotokoll aufgeführt werden. Die *Beweislast* dafür, dass ein Mangel bei der Abnahmeprüfung offensichtlich war oder jedenfalls vom Besteller erkannt wurde, obliegt dem Unternehmer, der einwenden will, der Besteller habe in Bezug auf diesen Mangel seine Gewährleistungsansprüche verwirkt²⁴.

III. Wirkungen der Abnahme

A Abgrenzung der Abnahme von der Genehmigung des Werkes

1. **Abnahme erst nach Vollendung:** Die Abnahme eines Werkes setzt u.a. dessen Vollendung voraus²⁵, d.h. der Unternehmer muss alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt haben²⁶. Ob das Werk vertragskonform oder, im umgekehrten Falle, mangelhaft ist, spielt für den Begriff der Vollendung hingegen keine Rolle.²⁷
2. **Fehlende Vollendung und Mangelhaftigkeit:** Weil der Begriff des Mangels (Abweichungen vom Vertrag) auch Situationen umfassen kann, in welcher der Unternehmer die Ausführung bestimmter Arbeiten unterlassen hat,²⁸ ist zwischen dem unvollendeten und dem vollendeten, aber mangelhaften Werk nach dem Umfang der fehlenden Arbeiten abzugrenzen: „Fehlen nur kleinere Arbeiten zur Vollendung des Werkes, gilt die Abnahme trotz der Mängel als erfolgt“²⁹. Ist also dem Besteller ein „fertiges gebrauchsfähiges Werk abgeliefert“ worden, gilt es selbst dann als vollendet, wenn geringfügige vereinbarte Arbeiten noch nicht ausgeführt wurden. Im umgekehrten Falle hat keine Vollendung stattgefunden, und eine Abnahme kann diesfalls auch nicht eintreten.
3. **Verdeckte Mängel und unentdeckte Unterlassungen hindern die Abnahme nicht:** Im Übrigen ist zu beachten: „Sind die Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten bei der Prüfung nicht zu erkennen und werden erst nachträglich entdeckt, hat dies auf die erfolgte

²³ GAUCH, KommSIA 118, N 10 zu Art. 162.

²⁴ GAUCH, KommSIA 118, N 18 zu Art. 163

²⁵ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.2; BGE 115 II 456, E. 4.

²⁶ BGE 113 II 264, E. 2b; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 101.

²⁷ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.2; BGE 115 II 456, E. 4; BGE 113 II 264, E. 2b; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 102.

²⁸ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.4.

²⁹ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.6.



Abnahme keinen Einfluss, unabhängig davon, ob der Unternehmer die Arbeiten nicht richtig oder überhaupt nicht ausgeführt hat³⁰.

4. **Abnahme heisst nicht Genehmigung:** Die Abnahme ist im Übrigen begrifflich scharf zu trennen von der Genehmigung des Werkes, mit welcher der Besteller gegenüber dem Unternehmer seinen Willen äussert, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen.³¹ Abnahme bedeutet nicht Genehmigung; die Mängelrechte des Bestellers bleiben daher von der Abnahme unberührt. Das gilt nach dem Gesagten sowohl bei der Abnahme nach gemeinsamer Prüfung (vgl. Art. 159 ff. SIA-Norm 118) wie auch bei der Abnahme ohne gemeinsame Prüfung (vgl. Art. 164).
5. **Verzicht auf Mängelrüge:** Im Einzelfall ist das Ergebnis der gemeinsamen Prüfung aber dennoch in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung, dies insbesondere für die Geltendmachung von Mängeln während der nachfolgenden Gewährleistungsfristen:
 - Hat der Besteller bzw. die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118) einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend *verzichtet*, so gilt das Werk (oder der Werkteil) für den Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt. Der betreffende Mangel verhindert in keinem Falle, dass die Abnahme mit Abschluss der Prüfung eintritt; diesbezüglich entfällt die Haftung des Unternehmers in dem Umfang, als der Mangel von der Bauleitung erkannt wurde (Art. 163 Abs. 1).
 - „Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (Art. 158 Abs. 3) nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Fall ist die Vermutung unwiderleglich“ (Art. 163 Abs. 2).
6. **Besichtigung zwei Jahre nach Vollendung ist keine Prüfung:** Im Weiteren hat das Bundesgericht festgehalten, ein rund zwei Jahre nach Vollendung des Werkes stattfindender gemeinsamer Augenschein von Besteller und Unternehmer könne nicht Abnahme bzw. Ablieferung darstellen.³²

B Übergang von Nutzen und Gefahr

1. **Untergang vor Abnahme:** Geht das Werk vor seiner Abnahme durch Zufall unter, so gelten die Regeln des Art. 187 SIA-Norm 118, nach denen gegebenenfalls der Vertrag erlischt oder kündbar wird – je nachdem, ob die Werksausführung noch möglich und zumutbar ist oder nicht. Ist der vor der Abnahme eingetretene Untergang hingegen auf einen dem Besteller zuzurechnenden Umstand (wegen eines Mangels des vom Bauherren angewiesenen Baugrundes, des von ihm gelieferten Materials oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungsweise) zurückzuführen, so kommt Art. 188 zur Anwendung³³, wonach der Vertrag erlischt oder vom Unternehmer gekündigt werden kann. Letzterer verliert indes seine Rechte (auf Vertragsauflösung und Vergütung des bisher Geleisteten), wenn er den Besteller nicht auf die Untergangsgefahr aufmerksam gemacht hat (vgl. Art. 188 Abs. 3). Hätte hingegen der (fachkundig vertretene) Besteller die Gefahr auch selber erkennen müssen, wahrt der Unternehmer alle seine Rechte selbst dann, wenn er seiner Abmahnungspflicht nicht nachgekommen ist.³⁴

³⁰ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.6.

³¹ BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.2; BGE 115 II 456, E. 4.

³² BGE 117 II 425, E. 2.

³³ Vgl. BGE 119 II 127, E. 4 (in limine).

³⁴ BGE 119 II 127, E. 4a; BGE 116 II 309, E. 2c/cc.

2. **Bedeutung des Übergangs:** Nach Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118 ist das Werk (oder der Werkteil) mit der Abnahme „abgeliefert“. Mit dieser Formulierung wird klargestellt, dass Abnahme und Ablieferung auch nach der SIA-Norm 118 korrelative Begriffe sind³⁵. Mit Abnahme resp. Ablieferung geht das Werk oder der Werkteil nach dem Wortlaut von Art. 157 Abs. 2 „in die Obhut des Bauherrn über; dieser trägt fortan die Gefahr“. Die Übertragung der Obhut bedeutet, dass die zum Schutz des Werkes oder des Werkteils gebotenen Vorkehren ab dem Zeitpunkt der Abnahme dem *Besteller* obliegen.
3. **Zufälliger Untergang oder zufällige Verschlechterung:** Die Gefahr, die der Bauherr ab dem Zeitpunkt der Abnahme trägt, umfasst zum einen die Gefahr des zufälligen (ganz oder teilweisen) Untergangs, zum anderen die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung, durch die ein Werkmangel entsteht³⁶. Art. 187 SIA-Norm 118 beschreibt, worin der zufällige Untergang bzw. die zufällige Verschlechterung entstehen kann. Zufällig ist nach dieser Normbestimmung jeder Werkuntergang oder jede Werkverschlechterung, die „ohne Verschulden eines Vertragspartners oder seiner Hilfspersonen“ eintritt³⁷.
4. **Vergütungs- und Leistungsgefahr:** Im Vordergrund der Gefahrtragung steht die sogenannte Vergütungsgefahr (also die Frage nach dem Schicksal des Vergütungsanspruchs) sowie die sogenannte Leistungsgefahr (also die Frage nach dem Pflichtigen der Wiederherstellung), wenn das Werk bzw. wenn ein Werkteil durch Zufall ganz oder teilweise untergeht oder sich verschlechtert. Der angesprochene Art. 187 SIA-Norm 118 befasst sich nur in Bezug auf einzelne Aspekte mit Vergütungs- und Leistungsgefahr; weitere Aspekte sind in anderen Bestimmungen der Norm geregelt, z.B. die Verschlechterung des Werkes in den Vorschriften über die Mängelhaftung (vgl. Art. 165 ff.), mit wieder anderen Aspekten befasst sich die Norm überhaupt nicht (weshalb diesbezüglich subsidiär Gesetzesrecht zur Anwendung kommt).
5. **Wirtschaftliche Bedeutung der Gefahrtragung:** Im Rahmen dieses Vortrages kann auf die komplexe Rechtslage, wie sie sich aus Art. 187 SIA-Norm 118 und aus Gesetzesrecht ergibt, im Einzelnen nicht eingegangen werden. Immerhin sei der Hinweis angefügt, dass die Frage nach der Verantwortlichkeit für Obhutspflichten und nach der Risikotragung für Unternehmer und Besteller wirtschaftlich von erheblicher Bedeutung ist, weshalb das Bestreben des Unternehmers nach einer raschen Abnahme häufig mit dem Interesse des Bestellers *kollidiert*, der die Gefahrtragung möglichst lange bei den Unternehmern belassen will.

C Beginn der zweijährigen Rügefrist

1. **Fristbeginn am Abnahmetag:** Nach Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118 beginnt die zweijährige Garantiefrist „am Tag der Abnahme“ zu laufen – dieser Tag bestimmt sich nach Massgabe der Art. 159–164. Im Regelfall ergibt sich der Fristbeginn aus einem beidseitig unterzeichneten *Abnahmeprotokoll*; zuweilen ergibt sich der Abnahmezeitpunkt wie gesagt aus anderen Vorgängen oder bloss aus den Umständen. Stets ist jedoch zu beachten, dass die Abnahme Vollendung des Werkes voraussetzt³⁸. Ist der Besteller in ein Wohnhaus eingezogen, bevor alle vertragsgemässen Arbeiten ausgeführt wurden, so ist das Werk noch nicht vollendet, und daher kann gestützt auf den vorzeitigen Einzug keine Ab-

³⁵ GAUCH, KommSIA 118, N 10 zu Art. 157; BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.2: „Der Abnahme entspricht, vom Unternehmer aus gesehen, die Ablieferung des Werkes“; BGE 129 III 738, E. 7.2.

³⁶ GAUCH, KommSIA 118, N 12 zu Art. 157; TRÜMPY, Die Abnahme des Bauwerkes nach der SIA-Norm 118, S. 67.

³⁷ Vgl. GAUCH, KommSIA 118, N 4 zu Art. 187.

³⁸ BGE 115 II 456, E. 4.

nahme fingiert werden. Somit beginnt die Rügefrist in einem solchen Fall erst nach tatsächlicher Vollendung und Abnahme zu laufen.³⁹

2. **Begriff der Rügefrist:** Die Garantiefrist, von der Art. 157 Abs. 2 wie auch Art. 172 ff. SIA-Norm 118 sprechen, ist in erster Linie eine Rügefrist,⁴⁰ die dem Besteller die Befugnis einräumt, das Werk während eines Zeitraumes von zwei Jahren *jederzeit* auf Mängel hin zu prüfen und allfällige Mängel dem Unternehmer gegenüber zu beanstanden⁴¹. Auch nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist hat der Besteller indessen das Recht, Mängel zu rügen – vorausgesetzt, dass es sich dabei um erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckte (d.h. bis dahin „*verdeckte*“) Mängel handelt und dass er die Rüge „*sofort nach der Entdeckung*“ erhebt, ansonsten eine Haftung des Unternehmers entfällt (vgl. Art. 179 Abs. 1 und 2).
3. **Haftungsbefreiung bei Unterlassung der Rüge:** Der Beginn des Fristenlaufes ist entscheidend für die Festlegung des Zeitraumes, innerhalb dessen dem Besteller das Recht zur jederzeitigen Rüge offensteht. Versäumt es der Besteller, innerhalb dieser zweijährigen Frist Mängel zu rügen, tritt für den Unternehmer unter bestimmten Umständen Haftungsbefreiung ein; dies insbesondere:
 - bei Mängeln, die der Bauherr vor Ablauf der Rügefrist *entdeckt* hat (Art. 178 Abs. 1) oder die schon während der Garantiefrist *offensichtlich* waren (Art. 178 Abs. 2);
 - bei Mängeln, welche der Besteller bereits *bei der gemeinsamen Abnahmeprüfung* des Werkes *hätte erkennen können*, es sei denn, der Unternehmer habe diese Mängel absichtlich verschwiegen (Art. 179 Abs. 3);
 - bei Mängeln eines ohne gemeinsame Prüfung abgenommenen Werkes (Art. 164), die der Bauherr *bis zum Ablauf der Garantiefrist hätte erkennen können*, wenn er das Werk selbst geprüft hätte, es sei denn, der Unternehmer habe diese Mängel absichtlich verschwiegen (Art. 179 Abs. 4).

Bei alledem bleibt aber zu beachten: Für rechtzeitig innerhalb der jeweils anwendbaren Garantiefrist gerügten Mängel bestehen die dem Besteller zustehenden Mängelrechte „*unter Vorbehalt der Verjährung*“ fort (Art. 178 Abs.1). Das heisst umgekehrt: Der Unternehmer kann sich für rechtzeitig gerügte Mängel frühestens nach Ablauf von *fünf* Jahren auf die Einrede der Verjährung berufen (Art. 180 Abs. 1); bei absichtlicher Verschweigung sogar erst nach *zehn* Jahren seit der Abnahme (Art. 180 Abs. 2).
4. **Fiktive Genehmigung:** In allen genannten Fällen liegt, wenn die Frist verpasst wird, eine fiktive Genehmigung des Werkes vor, allerdings wohlverstanden nur für die betreffenden Mängel (vgl. Art. 178 SIA-Norm 118)⁴².
5. **Weitere Relevanz des Fristenlaufs:** Beginn und Ende der Garantiefrist, von der die Art. 157 Abs. 2 und 172 SIA-Norm 118 sprechen, sind noch in weiterer Hinsicht von Bedeutung:
 - Während der zweijährigen Garantiefrist ab Abnahme trägt der Besteller die *Beweislast* dafür, dass das Werk einen bestimmten Zustand aufweist, von dem er behauptet, er stelle einen Mangel dar. Ist indessen streitig, ob es sich bei diesem Zustand um einen Mangel, d.h. um eine Vertragswidrigkeit handle, so hat der *Unternehmer*

³⁹ BGE 94 II 161, E. 3b.

⁴⁰ GAUCH, KommSIA 118, N b vor Art. 172-177, N 4 zu Art. 173.

⁴¹ Vgl. im Einzelnen GAUCH, KommSIA 118, N 1 ff. zu Art. 173.

⁴² Vgl. zum Ganzen TRÜMPY, Die Abnahme des Bauwerkes nach der SIA-Norm 118, S. 64 f.

den Nachweis zu erbringen, dass die beanstandete Eigenschaft kein Mangel sei, sondern dem Vertrag entspreche oder Folge normaler Abnutzung oder unsachgemässen Gebrauchs eines mängelfrei abgenommenen Werkes sei⁴³.

- Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist kann der Bauherr nur noch *verdeckte Mängel* rügen, d.h. solche, die er während des Fristenlaufes nicht erkannte und die auch nicht offensichtlich waren. Nunmehr liegt die *Beweislast* dafür, ob ein bestimmter Zustand vorliegt, ob der Zustand zudem einen Mangel (Vertragsabweichung) darstellt und ob der Mangel tatsächlich als verdeckt zu qualifizieren ist, vollumfänglich beim *Besteller*⁴⁴.
- Beginn und Ende der Rügefrist sind ferner von Bedeutung für die vom Unternehmer zu bestellende *Solidarbürgschaft* einer Bank oder Versicherung, die während des zweijährigen Fristenlaufes für allfällige Ansprüche aus Mängelhaftung Sicherheit leisten soll (vgl. Art. 181)⁴⁵.
- Beginn und Ende der Garantiefrist sind ferner von Bedeutung für das *Besichtigungsrecht*, das der Besteller dem Unternehmer über einen Zeitrahmen von zwei Jahren seit Abnahme einzuräumen hat (vgl. Art. 175).

D Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist

1. **Fristbeginn bei Abnahme:** Mit der Abnahme des Werkes oder des Werkteils beginnt nach Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118 die Verjährungsfrist für die Mängelrechte zu laufen. Die Verjährungsfrist ist von der Garantiefrist (die eine Rügefrist ist) zu unterscheiden. Die Verjährungsfrist bezeichnet den Zeitraum, innerhalb welchem der Besteller seine Mängelrechte gerichtlich geltend machen muss; die Rügefrist betrifft jenen Zeitraum, innerhalb dessen der Besteller Mängel rechtswirksam anzeigen kann. Mit dem Verjährungseintritt werden die Mängelrechte allerdings nicht beseitigt; doch verfügt der Unternehmer ab dem Zeitpunkt der Verjährung über ein Einrederecht, mit dem er geltend machen kann, dass die Verjährung auf dem Klageweg nicht mehr geltend gemacht werden kann⁴⁶.
2. **Verjährungsunterbrechung:** Die Verjährungsfrist kann grundsätzlich nur durch die im Obligationenrecht genannten Massnahmen unterbrochen werden, nämlich nach Art. 135 Ziff. 1 OR etwa durch Eingabe eines Sühnebegehrens beim Friedensrichter oder durch Klageerhebung, allenfalls auch durch Anerkennungshandlungen (z.B. Nachbesserung) bzw. durch eine korrekt formulierte Verjährungsverzichtserklärung. Dagegen wirkt ein Einschreibebrief nie verjährungsunterbrechend, und auch einem Betreibungsbegehren kommt diese Wirkung im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Mängelrechten regelmässig nicht zu (namentlich unterbricht die Betreibung des Unternehmers die Verjährung eines allfälligen Anspruchs auf Nachbesserung nicht)⁴⁷.
3. **Dauer der Verjährung:** Die Verjährungsfrist beträgt nach der SIA-Norm 118 grundsätzlich einheitlich für bewegliche und unbewegliche Werke fünf Jahre ab Abnahme (Art. 180 Abs. 1). Eine Verjährungsfrist von zehn Jahren gilt für Mängel, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat (Art. 180 Abs. 2)⁴⁸.

⁴³ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2696; GAUCH, KommSIA 118, N 6 ff. zu Art. 174.

⁴⁴ GAUCH, KommSIA 118, N 20 zu Art. 179.

⁴⁵ GAUCH, KommSIA 118, N 16 zu Art. 181.

⁴⁶ BGE 114 II 245; GAUCH, KommSIA 118, N 3a zu Art. 180.

⁴⁷ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme und weitere Trouvaillen zum Mängelhaftungsrecht, recht 2003, S. 146 ff., S. 152; BGr. 4C.258/2001, Urteil vom 5.9.2002, E. 4.1.2 (unpublizierte Erwägung von BGE 128 III 416).

⁴⁸ Im Einzelnen GAUCH, KommSIA 118, N 1 ff. zu Art. 180.

4. **Verjährung von anderen Pflichtverletzungen:** Ansprüche des Bauherrn aus Pflichtverletzungen, welche der Unternehmer *vor* der Abnahme begangen hat (z.B. von einem während der Bauausführung einstürzenden Kran verursachte Schäden), unterliegen im Gegensatz zu den Ansprüchen aus Mängeln den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen und damit jedenfalls der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR. Die auf bestimmte Ansprüche anwendbare Verjährungsfrist kann also davon abhängen, ob die Ansprüche aus Pflichtverletzungen *vor* der Abnahme stammen *oder* in Mängeln begründet sind, welche *nach* der Abnahme entdeckt werden.⁴⁹
5. **Verjährung bei Teilwerken:** Erstellen mehrere Nebenunternehmer verschiedene Teilwerke, so beginnt die Verjährungsfrist mit Bezug auf die von ihnen verursachten Mängel in dem Zeitpunkt, in dem ihr Teilwerk abgenommen wurde, und nicht erst mit Vervollendung und Abnahme des Gesamtwerkes.⁵⁰ Das gilt im Anwendungsbereich von Art. 371 Abs. 2 OR auch für Ansprüche, die der Besteller auf Mängel solcher Teilwerke abstützt und gegenüber seinem Architekten oder Ingenieur geltend macht.⁵¹
6. **Vereinbarungen über die Verjährung:** Vom vorgesehenen Beginn der Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Abnahme (vgl. Art. 372 Abs. 2 OR; Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118) kann zwar vereinbarungsweise abgewichen werden. In einer Vereinbarung betreffend einen anderen Zeitpunkt des Überganges von Nutzen und Gefahr indes kann grundsätzlich keine Abrede über den Verjährungsbeginn erblickt werden. Haben die Parteien einen Fertigstellungstermin vereinbart, so liegt auch hierin keine Abmachung über den Verjährungsbeginn, denn dieser liegt nach dem Gesetz (vgl. auch Art. 180 SIA-Norm 118) im Zeitpunkt der effektiven Abnahme, nicht eines vereinbarten (und nur möglicherweise eingehaltenen) Fertigstellungstermins.⁵²

E Weitere Wirkungen der Werkabnahme

1. **Spätester Zeitpunkt für die Geltendmachung von Konventionalstrafen:** Der Zeitpunkt der Abnahme ist nicht nur der Beginn der Rüge- und Verjährungsfrist, sondern zugleich spätestster Zeitpunkt für die Geltendmachung von Ansprüchen auf Leistung von Konventionalstrafe. Dies wird zwar weder in Art. 157 Abs. 2 noch in Art. 98 der SIA-Norm 118 (der sich im Generellen mit Konventionalstrafen befasst) erwähnt, folgt aber aus dem Gesetzesrecht, nämlich aus Art. 160 Abs. 2 OR: Nimmt der Bauherr das Werk vorbehaltlos ab, verwirkt er ein allfällig ausbedungenes Recht zur Einforderung einer Konventionalstrafe, die wegen Nichteinhaltung von Terminen durch den Unternehmer geschuldet wäre.⁵³
2. **Beurteilungszeitpunkt zur Bestimmung der Mangelhaftigkeit:** Die Herstellung eines Werkes dauert bis zu dessen Ablieferung an; bis zur Vollendungsanzeige geht der Unternehmer von dessen Unvollständigkeit aus. Daraus folgt, dass ein Werk vor seiner Ablieferung begrifflich nicht mangelhaft sein kann.⁵⁴
3. **Beurteilungszeitpunkt zur Bestimmung des Minderwertes:** Der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr ist im Vertragsrecht ganz allgemein massgeblich für die Berechnung des Minderwertes, soweit im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ein Minderungsrecht geltend gemacht wird. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 ist der

⁴⁹ BGE 113 II 264, E. 2b; BGE 111 II 170, E. 2.

⁵⁰ BGE 115 II 456, E. 2.

⁵¹ BGE 115 II 456, Regeste sowie E. 2.

⁵² Zum Ganzen BGE 118 II 142, E. 4.

⁵³ BGE 97 II 350, E. 2d.

⁵⁴ BGE 117 II 259, E. 2a; BGr. 4C.34/2005, Urteil vom 18.8.2005, E. 5.1.

massgebliche Zeitpunkt jener, in dem die Abnahme durch Vollendungsanzeige oder Ingebrauchnahme des Werkes (vgl. Art. 158 Abs. 1) eingeleitet wird.⁵⁵

4. **Fälligkeitszeitpunkt für den Rückbehalt:** Nach dem System der SIA-Norm 118 hat der Unternehmer Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen (Art. 144 Abs. 1). Von jeder Abschlagszahlung kann der Bauherr als Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers einen Rückbehalt von 5–10% zum Abzug bringen, und zwar bis zur Abnahme des Werkes oder eines Werkteils (vgl. Art. 149 f.). Dieser rückbehaltene Betrag wird zur Zahlung fällig, sobald das Werk abgenommen ist und die weiteren in Art. 152 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind: Diese betreffen die Übergabe der Schlussabrechnungen, den Ablauf der Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 bzw. Art. 155 Abs. 2 sowie die Leistung einer Sicherheit gemäss Art. 181. Ein Sonderfall liegt bei der Abnahme nur eines Werkteils vor; alsdann wird entsprechend der Teil-Abnahme nur ein Teil des Rückbehaltes fällig, und zwar auch hier unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass ein korrespondierender Teil der Sicherheit gemäss Art. 181 geleistet wurde.

F Abgrenzungen

1. **Abnahme nach Gesetz massgeblich für Fälligkeit der Vergütung:** Nach gesetzlichem Werkvertragsrecht treten mit der Ablieferung (der Vollendungsanzeige) in der Regel automatisch die Abnahmewirkungen ein (Art. 367 ff. OR)⁵⁶: Insbesondere hat nach Art. 372 Abs. 1 OR der Besteller bei Ablieferung des Werkes die Vergütung sogleich zu bezahlen. Die Fälligkeit ist also an den Ablieferungsvorgang geknüpft. Etwas anderes gilt nur, wenn es besonders vereinbart wurde, sowie, wenn das Werk bei Ablieferung mangelhaft ist: Nach bundesgerichtlicher Auslegung von Art. 372 OR bewirkt die Mangelhaftigkeit des Werkes bei der Abnahme nämlich, dass die Fälligkeit der Vergütung *hinausgeschoben* wird.⁵⁷ In der gesetzlichen Ordnung hat der Besteller auf diese Weise das Recht, seinen Mängelrechten durch Zahlungsrückbehalt Nachdruck zu verschaffen.⁵⁸ Im Übrigen sind Vorauszahlungen, soweit nichts anderes abgemacht ist, von Gesetzes wegen nicht geschuldet.
2. **Abnahme nach SIA-Norm 118 nicht massgeblich für Fälligkeit der Vergütung:** Im Unterschied zum gesetzlichen Werkvertragsrecht knüpft die SIA-Norm 118 den Fälligkeitszeitpunkt für die Vergütung nicht an den Abnahmezeitpunkt, sondern hat ein umfassendes, auf die Baubranche ausgerichtetes Zahlungssystem eingerichtet: Wie bereits erwähnt, hat der Unternehmer nach diesem System Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen (sogenannte Akontoleistungen nach Art. 144 Abs. 1). Die Schlussabrechnung ist demgegenüber nicht mit der Abnahme, sondern erst mit dem *Prüfungsbescheid* der Bauleitung fällig (vgl. Art. 155 Abs. 1)⁵⁹. Der Rückbehalt, d.h. jener Betrag, der von den Abschlagszahlungen nicht erfasst wurde (vgl. Art. 145 Abs. 1 und Art. 149 Abs. 1), wird also gemäss Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 in Abweichung von Art. 372 OR erst deutlich *nach* dem Abnahmetermin fällig: Vorausgesetzt ist, dass die Abnahme erfolgt, die Schlussabrechnung übergeben, die Prüfung durch die Bauleitung durch Prüfbescheid erledigt – oder die Prüffrist (und eine Nachfrist nach Art. 155 Abs. 2) abgelaufen – und Sicherheit nach Art. 181 geleistet worden ist.⁶⁰

⁵⁵ BGE 117 II 550, E. 4b/bb.

⁵⁶ HONSELL/ZINDEL/PULVER N 3 ff. zu Art. 367 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, N 1153.

⁵⁷ BGE 89 II 232; differenzierend: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2367 ff.

⁵⁸ BGE 89 II 232, E. 4a.

⁵⁹ GAUCH, KommSIA 118, N 5 zu Art. 155. Das gilt gemäss GAUCH, KommSIA 118, N 1 f. zu Art. 155, nur dann, wenn die Schlussabrechnung einen Saldo zugunsten des Unternehmers ausweist.

⁶⁰ Zum Regime nach den „SIA-Normalien für die Ausführung von Bauarbeiten (SIA-Formular 118)“ BGE 89 II 232, E. 4b.

3. **Abnahme nicht massgeblich für Bauhandwerkerpfandrecht:** Die Abnahme ist auch nicht massgeblich für den Beginn der Dreimonatsfrist zur Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechtes. Nach Art. 839 Abs. 2 i.V.m. Art. 961 Abs. 2 ZGB hat der Unternehmer Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 3 ZGB) erfüllt sind und er diesen Anspruch innerhalb von *drei Monaten nach Bauvollendung* im Grundbuch vormerken lässt. Auslösender Termin ist demnach nicht die Abnahme, sondern die Bauvollendung. Vollendung bedeutet in diesem Kontext, dass der Unternehmer „die letzte aller Bauarbeiten erbringt, die er im Werkvertrag versprochen hat. Die Vollendung ist die vollständige Leistung aller im Werkvertrag übernommenen Bauarbeiten“⁶¹. Für den Begriff der Vollendung nicht massgeblich ist dagegen eine allenfalls früher erfolgte öffentlich-rechtliche Bauabnahme durch die zuständige Baubehörde, denn in diesem Rahmen wird nur das Genügen des Bauwerkes im Lichte der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften festgestellt. Aus dem Gesagten folgt, dass die im Rahmen von Art. 837 ZGB massgebliche Dreimonatsfrist schon in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Unternehmer frühestens die Vollendungsanzeige abgeben kann, mithin erheblich früher als der Zeitpunkt der Abnahme.
4. **Abnahme hat keine Auswirkung auf den Verbesserungsanspruch:** Obwohl dies im Gesetzeswortlaut (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR) nicht ausdrücklich vorgesehen ist, hat das Bundesgericht entschieden, dass der Besteller in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR auch nach der Ablieferung des Werkes das Recht hat, die Nachbesserung des mangelhaften Werkes auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen zu lassen, wenn der Unternehmer mit der geschuldeten Verbesserung im Verzug ist. Denn die Ablieferung hat keine Auswirkungen auf das Bedürfnis des Bestellers, seinen Verbesserungsanspruch allenfalls mittels Ersatzvornahme durchzusetzen.⁶²
5. **Abnahme unter Ankündigung der Minderung:** Die unter Hinweis auf die Geltendmachung eines Minderungsanspruches vorgenommene Abnahme hat keinen Einfluss auf den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens: Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk zu einem geminderten Preis an, so hat er damit nicht unbedingt alle seiner Mängelrechte ausgeschöpft. Insbesondere wird ein allfälliger Anspruch auf Ersatzleistung für Mangelfolgeschäden von der Abnahme unter Minderung nicht berührt.⁶³ Zudem ist es dem Besteller in einem solchen Falle unbenommen, seine Mängelrechte in dem Sinne aufzuspalten, dass er den Minderwert des Werkes mit dem Minderungsanspruch, den Mangelfolgeschaden indes mit der Forderung der vereinbarten Konventionalstrafe geltend macht.⁶⁴ Im Rahmen der SIA-Norm 118 ist allerdings zu beachten, dass eine Abnahme unter Minderung (Art. 162, drittes Lemma) nicht bereits nach der ersten Prüfung des Werkes, sondern nur dann erklärt werden kann, wenn der Unternehmer wesentliche Mängel nicht innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist (Art. 161 Abs. 2) behebt (Art. 169 Abs. 1).
6. **Baupolizeiliche Abnahme:** Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Bauabnahme durch die zuständige Baubehörde keinen Einfluss auf die vertraglich vorgesehene Abnahme nach der SIA-Norm 118 ausübt: Die baupolizeibehördliche (öffentlich-rechtliche) Bauabnahme kann wesentlich früher als die vertragliche Abnahme erfolgen, und sie dient einzig der Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften des öffentlichen Baurechts. Sie

⁶¹ SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 1982, Note 611. Vgl. auch BGE 106 II 22, E. 2b; BGr. 5C.232/2001, Urteil vom 19.11.2001, E. 3a.

⁶² BGE 107 II 50, E. 3.

⁶³ BGE 122 III 420, E. 2c.

⁶⁴ BGE 122 III 420, E. 2c.

berührt indes nicht die Frage, ob das Werk im Sinne der SIA-Norm 118 (vgl. Art. 157 Abs. 1) als vollendet – und damit als abnahmefähig – zu betrachten sei.⁶⁵

IV. Sonderfragen

A Die Pflicht des Planers zur Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung der Abnahme

1. **Die Pflicht des Bestellers zur vertragsgestaltenden Koordination der Verträge:** Nach gesetzlichem Werkvertragsrecht ist es Aufgabe des bestellenden Bauherrn, für eine zweckmässige Koordination der beteiligten Planer und Unternehmer zu sorgen. Gelangt auf ein Bauprojekt die SIA-Norm 118 zur Anwendung, ergibt sich die Koordinationspflicht aus deren Art. 30 Abs. 2. Bei grösseren Projekten entledigt sich der Bauherr allerdings regelmässig der ihm obliegenden Koordinationspflicht, indem er diese Aufgabe einem spezialisierten Planer oder einem General- oder Totalunternehmer (einem GU/TU) überträgt. Erfolg oder Misserfolg eines Bauprojektes hängen von vielerlei Faktoren und Umständen ab. Bei einer Analyse von Behinderungen und Ablaufstörungen und daraus folgenden Mehrkosten und Bauverzögerungen⁶⁶ zeigt sich jedoch häufig, dass die am Bau Beteiligten zwar über ausreichend Sachverstand und Erfahrung verfügten, dass ihr Einsatz aber – von der Planung bis hin zur Ausführung – nicht optimal koordiniert war.
2. **Die Pflichten des Planers nach der SIA-Ordnung 102:** Gemäss Art. 4.51 der SIA-Ordnung 102 gehört es zum Aufgabenbereich der Architekten als *Grundleistung*, die Verträge mit den Unternehmern und Lieferanten aufzustellen und die durch die Spezialisten vorbereiteten Verträge durchzusehen. Nicht als Grundleistung, sondern als „besonders zu vereinbarende“ (und damit separat zu vergütende) *Zusatzleistung* ist diese Aufgabe nach den SIA-Ordnung 102 zu qualifizieren, wenn die Vertragsgestaltung „besondere juristische und wirtschaftliche Kenntnisse voraussetzt“. Ähnliche Bestimmungen lassen sich auch der SIA-Ordnung 108 (Art. 4.5) und dem Leistungsmodell der SIA-Ordnung 112 (Abschnitt 515) entnehmen. Bei der Vertragsgestaltung hat der Planer (respektive der Gesamtplaner) bekanntlich unzählige Aspekte zu beachten, damit der einzelne Vertrag klar, inhaltlich „optimiert“ und vollständig ist und dass die Verträge auch untereinander „stimmig“ sind. Die Notwendigkeit zur Koordination der einzelnen Planer-, Bauwerk- und sonstigen Verträge, welche für die Realisierung eines Bauprojektes erforderlich sind, ergibt sich aus dem Umstand, dass diese von Gesetzes wegen voneinander rechtlich selbständig und unabhängig sind. In diesem Sinne führen die verschiedenen Verträge je ein juristisches Eigenleben. Die *rechtliche Eigenständigkeit* hat zur Folge, dass Abschluss, Wirksamkeit und Inhalt des einen Werkvertrages ohne Einfluss auf Gültigkeit und Inhalt der weiteren Werkverträge sind. Regelmässiger *Koordinationsbedarf* besteht namentlich in Nahtstellenbereichen, im Übrigen aber überall dort, wo ein Gleichlauf oder aber eine inhaltliche oder formale Abstimmung zwischen einzelnen Vertragswerken sinnvoll bzw. zweckmässig ist. In der Praxis bedeutet dies, dass der Planer mit einer Vielzahl von Klauseln unterschiedlichster Ausgestaltung sicherzustellen hat, dass Risiken aus ungenügender Koordination vermieden beziehungsweise die Auswirkungen solcher Schnittstellen bewusst geregelt werden.

⁶⁵ Vgl. zu der nach gesetzlichem Werkvertragsrecht insofern gleichen Rechtslage BGr. 5C.232/2001, Urteil vom 19.11.2001, E. 3c.

⁶⁶ Vgl. dazu HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, S. 815 ff. Die *Koordinationspflicht* beinhaltet ein Zweifaches: *Zum einen* die Pflicht des Bestellers, die Verträge der am Bau Beteiligten inhaltlich und formal aufeinander abzustimmen; *zum andern* des Bestellers (oder allenfalls der vom ihm eingesetzten Dritten) Verpflichtung, durch rechtzeitige und zweckmässige Erteilung von Weisungen und Anordnungen die Leitung der Arbeiten aller an Planung und Ausführung mitwirkenden Fachleute zu übernehmen. Im Folgenden ist vorab von der Pflicht zur Koordination bei der Vertragsgestaltung die Rede.

3. Pflicht zur Vertragsgestaltung beinhaltet also auch die Aufgabe, die Verträge der am Bau Beteiligten inhaltlich und formal aufeinander abzustimmen.
4. **Die vertragliche Koordination der Werkabnahme im Besonderen:** Der Grundsatz, wonach die Verträge von Gesetzes wegen selbständig und unabhängig sind, belastet den Besteller (und auf dem Wege des Regresses dann allenfalls den Planer) mit dem Risiko, rechtliche Nachteile aus einer unzureichenden Koordination der einzelnen Werkverträge zu erleiden. Dasselbe gilt für einen Gesamtplaner, der es versäumt, seine Subplaner zu koordinieren. Vor diesem Hintergrund hat der Planer unter anderem sicherzustellen, dass dem Besteller nicht der Rückgriff auf einen der Unternehmer verwehrt ist, weil bei diesem aufgrund der früheren Abnahme des Unternehmerwerkes die Prüfungs- und Rügefristen verstrichen sind oder weil die Verjährung für Werkmängel (vgl. Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR; Art. 180 SIA-Norm 118) bereits eingetreten ist. Der Besteller und sein Planer sollten daher bestrebt sein, die Abnahme der einzelnen Bauwerke und Teilbauwerke zu verknüpfen und auf diese Weise die mit der Abnahme verbundenen Rechtswirkungen zu vereinheitlichen. *Synchronisierte Abnahmen* sind insbesondere dann angezeigt und geboten, wenn ein Teilwerk eines Unternehmers als Bestandteil eines grösseren Gesamtbauwerkes erst mit diesem eingehend geprüft und abgenommen werden kann.

Innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) können die Parteien den Zeitpunkt der Abnahme *frei bestimmen*. Zulässig und gebräuchlich sind etwa Abnahmeklauseln, wonach die Ablieferung des Subakkordantenwerkes erst mit oder nach der Abnahme des Gesamtwerkes erfolgen soll. Um einen reibungslosen Rückgriff auf den Subunternehmer zu ermöglichen, wird bisweilen auch vereinbart, dass die Mängelhaftung des Subunternehmers nicht verjährt, ehe die Verjährung für die entsprechende Haftung des Hauptunternehmers eingetreten ist. Unwirksam wäre aber eine Abnahmeklausel, welche die Ablieferung des Subunternehmerwerkes auf unabsehbare oder überlange Zeit hinauschiebt und dadurch die wirtschaftliche Freiheit des Subunternehmers in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränkt wird.⁶⁷

Im Einzelfall wird der Planer anstelle der Vereinheitlichung des Zeitpunktes der Abnahme die Prüfungs-, Rüge- und/oder Verjährungsfristen für Mängel des Unternehmerwerkes koordinieren. In der Praxis häufig ist der Fall, dass ein Besteller (bewegliche) Materialien selbst beschafft und diese (entweder allein oder über einen Unternehmer) in ein unbewegliches Bauwerk einbaut. In solchen Fällen verjähren allfällige Mängelansprüche gegenüber dem Materiallieferanten schon ein Jahr nach der Ablieferung des Materials, diejenigen gegenüber dem Unternehmer für Mängel in der Bauausführung aufgrund der Unbeweglichkeit des Bauwerkes jedoch erst nach fünf Jahren (vgl. Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR; Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118). Auch in dieser Konstellation ist die Koordination des Planers unabdingbar. Er kann in den Abnahmeklauseln, die er in die einzelnen Verträge einfügt, die Ablieferung bzw. den Abnahmezeitpunkt für sämtliche am Bau Beteiligten einheitlich auf ein bestimmtes Datum festlegen. Damit treten, zum Vorteil des Bestellers, die Abnahmewirkungen (Beginn, Rügefrist, Verjährungsfrist, Übergang von Risiko und Gefahr, etc.) für alle zum selben Zeitpunkt ein. Im Einzelfall wird der Planer in anderer Hinsicht eine flexible Koordination zwischen den einzelnen Verträgen anstreben – etwa dadurch, dass er nicht den Zeitpunkt der Abnahme, sondern den Inhalt der Gewährleistungsklauseln einheitlich regelt. Auch das erfolgt mit dem Ziel, durch solche Vertragsgestaltung die Prüfungs-, Rüge- und/oder Verjährungsfristen für Mängel, Planungsfehler oder sonstige Versäumnisse zu harmonisieren, so dass dem auftraggebenden Bau-

⁶⁷ Zum Ganzen: HÜRLIMANN, Koordination komplexer Bauverträge, Baurechtstagung 2005, S. 205 ff. Zu diesen und anderen Klauseln: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 151 f.; HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11.100; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 64 f.

herrn die Durchsetzung seiner vertraglichen Ansprüche nicht unsachgemäss erschwert oder gar verunmöglicht wird.⁶⁸

5. **Die Mitwirkung des Planers beim Abnahmeprozedere:** Im Zusammenhang mit der Werksabnahme übernimmt der Architekt des Bauherren gemäss Art. 4.53 der SIA-Ordnung 102 im Sinne einer *Grundleistung* die Verpflichtung, das Werk (oder die betroffenen Werksteile) gemeinsam mit Spezialisten, Unternehmern und Lieferanten auf Vollendung und Mängelfreiheit hin zu prüfen sowie allfällige Mängel festzustellen und (in Anwendung von Art. 160 bzw. Art. 161 Abs. 2 SIA-Norm 118) zur Behebung derselben Massnahmen anzuordnen, Fristen anzusetzen und einen Terminplan für die Mängelbehebung auszuarbeiten. Im Weiteren ist die Architektin oder der Architekt für die Erstellung eines *Abnahmeprotokolls* verantwortlich und hat schliesslich das Bauwerk an den Bauherren zu übergeben. Diese Pflichtenlage ist kongruent mit derjenigen der Bauleitung, wie sie der Bauherr in seinem Vertrag mit dem Unternehmer in Anwendung der SIA-Norm 118 verspricht (vgl. deren Art. 34 Abs. 1 in fine und Art. 158 Abs. 2 und 3). Vorbehältlich anderer Abmachung gilt, dass gemäss Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 33 Abs. 3 OR alle das Werk betreffenden Handlungen und Willensäusserungen der Bauleitung ohne weiteres dem Bauherren als eigenes Handeln und Erklären zugerechnet werden, selbst wenn die Befugnis des Architekten in seinem Vertrag mit dem Bauherren beschränkt sein, also weniger weit gehen sollte.

B Abnahme und Bauwesenversicherung

1. **Begriff der Bauwesenversicherung:** Bei der Bauwesenversicherung⁶⁹ ist der Zeitpunkt der Werkabnahme von entscheidender Bedeutung dafür, ob eine Versicherung Deckung gewährt oder Zahlung ablehnt. Worum geht es bei der Bauwesenversicherung? Mit dieser Versicherung können die am Bau Beteiligten Deckung verlangen gegen die Gefahr, dass das Bauwerk (und, je nach zusätzlicher Vereinbarung im Versicherungsvertrag, etwa auch Maschinen und Einrichtungen, bestehende Bauten sowie Gerüst- und Schalungsmaterial) infolge von zufälliger äusserlicher Einwirkung, Konstruktions-, Material- oder Ausführungsfehlern Schaden nehmen. In solchen Schadensfällen übernimmt die Versicherung die Kosten für das Aufräumen, die Schadensuche, den Abbruch und den Wiederaufbau des beschädigten oder zerstörten Werkes. Die Versicherung sorgt also dafür, alle Kosten zu ersetzen, die notwendig sind, um den Zustand des Bauwerkes (und ggf. weiteren Materials) unmittelbar vor dem Schadenseintritt wiederherzustellen.⁷⁰
2. **Keine Deckung für Mängel und Nicht-Sachschäden:** Ist ein Mangel im werkvertraglichen Sinne Schadens(mit-)ursache, so besteht allerdings keine Versicherungsdeckung für die Kosten der Beseitigung des Mangels selber, sondern nur jene der Behebung aller durch ihn verursachten Schäden. Zudem ist zu beachten, dass die Deckung der Bauwesenversicherung nur Sachschäden (und überdies einige genau bestimmte reine Vermögensschäden – „Sachfolgeschäden“ – wie etwa Aufräum- oder Schadensuchkosten) umfasst, mithin Personen- und Vermögensschäden ausgeschlossen sind.⁷¹
3. **Funktion der Bauwesenversicherung:** Die Bauwesenversicherung dient nicht in erster Linie einer bestimmten Partei, sondern soll im Interesse einer effizienten und verzögerungsfreien Bauausführung die Beteiligten in einer ersten Phase von der Klärung befreien, wer (und ob überhaupt jemand) für eingetretene Schäden verantwortlich ist. Freilich wirkt diese Befreiung bloss vorübergehend, denn das Versicherungsunternehmen wird im Rahmen bezahlter Leistungen in einer zweiten Phase Rückgriff auf den oder die Verant-

⁶⁸ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 151 f.; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 66 ff., m.w.H.

⁶⁹ Einlässlich dazu HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.135 ff.

⁷⁰ HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.149, 18.156.

⁷¹ HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.150.

wortlichen zu nehmen versuchen.⁷² Dem Bauherren nützt die Versicherung insbesondere bei Schäden, die aus Zufall entstanden sind, denn für solche trägt er unter der Geltung der SIA-Norm 118 das entsprechende Risiko bereits vor der Abnahme.

4. **Deckung nur bis zur Abnahme:** Der Versicherungsschutz ist dabei in zeitlicher Hinsicht auf Schadensereignisse begrenzt, die *vor* der Abnahme der versicherten Bauleistungen (also je nachdem des Werkes oder von Werkteilen) *eingetreten* sind – liegt bloss die Ursache, nicht jedoch die Manifestation des Schadens vor dem Zeitpunkt der Abnahme, fällt dieser nicht unter den Versicherungsschutz.⁷³ Im Zeitpunkt der Abnahme entscheidet sich also, welche Schäden an Bauwerk – und ggf. an Material und Maschinen – die Versicherung zu übernehmen hat. Wird allerdings die Abnahme zufolge wesentlicher Mängel in Anwendung von Art. 161 Abs. 1 SIA-Norm 118 zurückgestellt, so bleibt der Versicherungsschutz bis zur tatsächlichen Abnahme (nach erfolgter Nachbesserung: Art. 161 Abs. 3 Satz 2; oder trotz Weiterbestehens wesentlicher Mängel: Art. 162, zweites Lemma) aufrecht.

C Abnahme und Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmers

1. **Begriff der Unternehmerhaftpflichtversicherung:** Die Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmers deckt dessen gesetzliche Haftung gegenüber Dritten aus Tötung, Körperverletzung oder Eigentumsbeschädigung, wenn und soweit sie sich aus dem Betrieb seines Geschäftes ergeben hat. Der Unternehmer, der nach der SIA-Norm 118 baut, ist zum Abschluss einer solchen Versicherungsdeckung (unter Einschluss allfälliger Regressansprüche Dritter) verpflichtet (Art. 26). Der Versicherungsschutz ist allerdings gemeinhin ausgeschlossen für Schäden, die der Unternehmer dem eigenen Eigentum sowie denjenigen fremder Sachen bzw. Bauwerksteilen zufügt, an welchen er im Zuge der Ausführung seiner Arbeiten tätig ist.⁷⁴ Abgesehen von diesem sachlichen Ausschluss ergibt sich aus der vertragsrechtlichen Natur der Mängelhaftung, dass diese vom Versicherungsschutz – welcher nur gesetzliche Haftungslagen erfasst – mangels besonderer Abreden nicht erfasst wird. Ist nun aber ein Werkmangel auf ein Verschulden im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zurückzuführen (oder wird das Verschulden durch die Geschäftsherrenhaftung des Art. 55 OR substituiert) und führt er zu einem Personen- oder Sachschaden, so dass die ausservertragliche (gesetzliche) Haftung des Unternehmers gegeben ist, so müsste eigentlich Deckung des Unternehmers aus seiner Betriebshaftpflichtversicherung für diesen Schaden bestehen, der vertraglich einen Mangelfolgeschaden darstellt. Indessen schliesst der Grossteil der in der Schweiz verbreiteten Versicherungsbedingungen die Deckung auch für die ausservertragliche Haftung für Mangelfolgeschäden kategorisch aus⁷⁵ – mit

⁷² HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.149.

⁷³ HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.152.

⁷⁴ TRÜMPY/HÜRLIMANN, Die Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe; Zeitschrift Baurecht 1/1999, S. 83 ff.; HUBER, Versicherungsfragen des Baus, Rz. 18.49 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa Ziff. BH 34 Abs. 1 der ‚Vertragsbedingungen Betriebs-Haftpflichtversicherung‘ (2006) der Basler Versicherungen: „Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung, *auch wenn diese ausservertraglich geltend gemacht werden* [Hervorhebung nicht im Original]“. – Noch deutlicher formulierte dies Ziff. 6 lit. 1 der ‚Allgemeinen Versicherungsbedingungen Betriebs-Haftpflichtversicherung für das Baugewerbe‘ (1994) der Basler Versicherungen: „Von der Versicherung ausgeschlossen sind Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung, insbesondere aus Schäden und Mängeln, die an den vom Versicherungsnehmer oder in seinem Auftrag hergestellten oder gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten infolge einer in der Herstellung, Lieferung oder Arbeitsleistung liegenden Ursache entstanden sind [Abs. 1]. Werden *in Konkurrenz oder anstelle von vertraglichen Ansprüchen*, die nach vorstehenden Abs. 1 und 2 von der Versicherung ausgeschlossen sind, *aufgrund desselben Sachverhaltes ausservertragliche Ansprüche* gegen ir-

der Begründung, diese Haftung falle unter das gewöhnliche *Unternehmerrisiko*, das nicht gedeckt werden dürfe, ansonsten dem „*Pfusch*“ Vorschub geleistet würde.⁷⁶

2. **Auswirkungen der Abnahme auf die Deckung?:** Auf erstes Hinsehen hat die Werksabnahme keinen unmittelbaren Einfluss auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und seinem Haftpflichtversicherer. Das ergibt sich schon daraus, dass die meisten solchen Versicherungen bezogen auf einen Betrieb und nicht auf eine Baustelle abgeschlossen werden. Die Auswirkungen der Abnahme auf dieses Versicherungsverhältnis sind immerhin aber faktischer Art: Abnahme setzt Vollendung des Bauwerkes voraus, so dass der Unternehmer seine Arbeiten im Zeitpunkt der Abnahme im Regelfall beendet hat. Eine Haftung aus seiner betrieblichen Tätigkeit kann daher zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich nicht mehr eintreten. Allerdings kann sich ergeben, dass der Unternehmer trotz Abnahme noch nachbessern muss (vgl. Art. 160 SIA-Norm 118) und insofern nach der Abnahme Arbeiten ausführt, die zu einem gedeckten Haftpflichtfall führen können. Weil die Haftung für Mängel und Mangelfolgeschäden selbst dann nicht unter den Versicherungsschutz fällt, wenn sie ausservertraglich besteht und geltend gemacht wird, ist praktisch ausgeschlossen, dass die Betriebshaftpflichtversicherung nach Beendigung der letzten Arbeiten – bezogen auf diese Baustelle – noch weitere Deckung leisten muss. Insofern fällt aus Sicht der Versicherung mit der Abnahme dem Grundsatz nach ein versichertes Risiko weg. Zuweilen wird allerdings auch umgekehrt argumentiert, nämlich dahingehend, dass bis zum Zeitpunkt der Abnahme noch gar kein Mangel vorliege, sodass der Besteller in dieser Phase auch noch nicht geschädigt sei. Der Besteller ist im Einzelfall daher gut beraten, vorgängig die AVB zu konsultieren, ob und inwiefern die Abnahme sich auf die Versicherung bzw. die Deckung auswirkt.

D Abnahme und Sicherheitsleistung (Solidarbürgschaft)

1. **Einordnung der Sicherheitsleistung:** Nach dem in der SIA-Norm 118 vorgesehenen Zahlungssystem (vgl. Art. 144 ff., 153 ff.) leistet der Besteller nach Massgabe des Baufortschrittes monatliche Abschlagszahlungen (Art. 144 f.), so dass er die vertraglich geschuldete Vergütung im Zeitpunkt der Abnahme bis auf den dem Bauherren als Sicherheit für die Vertragserfüllung dienenden Rückbehalt (Art. 145 Abs. 1, Art. 149 Abs. 1) bereits geleistet hat. Der zurückbehaltene Teil der Vergütung wird nach Abnahme des Werkes sowie Übergabe und Prüfung der Schlussrechnung zur Zahlung fällig, sobald der Unternehmer die Sicherheitsleistung gemäss Art. 181 erbracht hat (Art. 152).
2. **Wesen der Bürgschaft:** Gemäss Art. 181 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer zur Auslösung der Fälligkeit der Zahlung des Rückbehaltes eine Sicherheit in Form einer Solidarbürgschaft einer Bank oder Versicherung zu stellen. Diese dient der finanziellen Absicherung einer allfälligen Haftung des Unternehmers aus „Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist gerügt werden, und sie beträgt zwischen 5 und 10% der Vergütungssumme, höchstens aber CHF 1 Mio. Sie ist (mindestens) auf jene Zeit zu befristen, in der die Verjährungsfrist für die Mängelrechte bezüglich der während der Prüfung entdeckten oder im Verlaufe der Garantiefrist (Art. 172) gerügten Mängel laufen wird (Art. 181 Abs. 3 Satz 1) – also grundsätzlich für die Dauer von bis zu fünf Jahren⁷⁷ seit der Abnahme (Art. 180 Abs. 1). In diesem Kontext gilt es Art. 510 Abs. 3

gendeinen Versicherten gestellt, *entfällt der Versicherungsschutz ebenfalls* [Abs. 3; Hervorhebung nicht im Original]“.

⁷⁶ So SCHLÜCHTER, *Praktische und rechtliche Fragen des Versicherungsschutzes*, in: *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2005*, Sonderdruck, S. 21.

⁷⁷ GAUCH, *KommSIA 118*, N 16 zu Art. 181, mit Hinweisen auf andere (2 Jahre / unbestimmte Zeit) Meinungen. Der Autor äussert sich im Übrigen gegen die Berücksichtigung der zehnjährigen Verjährungsfrist für absichtlich verschwiegene Mängel (Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118) im Rahmen der zeitlichen Begrenzung der Solidarbürgschaft nach Art. 181 Abs. 3: „Zwar mag es vorkommen, dass der Bauherr erst später als fünf Jahre und vier Wochen seit der Abnahme erkennt, dass ein bis zum Ablauf der Garantiefrist gerügter Mangel vom



OR zu beachten: Bei auf bestimmte Zeit eingegangener Bürgschaft erlischt die Verpflichtung des Bürgen – also der Bank oder Versicherung – erst nach Ablauf von vier Wochen nach dem in der Bürgschaftserklärung genannten Endtermin.⁷⁸

3. **Beschränkung der Bürgschaft auf künftige Mängel:** Mit Blick auf die gelebte Praxis von Banken und Versicherungen bei der Solidarbürgschaft für Mängelrechte nach Art. 181 SIA-Norm 118 ist schliesslich auf eine neue Tendenz hinzuweisen: Die Übung scheint zunehmend dahin zu gehen, dass die Haftung für jene Mängel von der Bürgschaft ausdrücklich ausgeschlossen wird, welche im Zeitpunkt der Ausstellung der Bürgschaftserklärung – für die SIA-Norm 118 also in der Zeit zwischen Prüfung des Werkes, Abnahme desselben und Zahlung des Rückbehaltes – dem Bauherren bekannt sind oder nach Treu und Glauben bekannt sein müssten.

Dass eine solche Begrenzung der Bürgschaft den Anforderungen des Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht überall genügt und der Unternehmer mit Ausschlüssen in einem Bürgschaftstext zuweilen seinen Verpflichtungen aus Art. 181 nicht nachzukommen vermag, ist noch nicht überall erkannt worden. Denn Art. 181 Abs. 1 verlangt klar eine Sicherheitsleistung auch hinsichtlich der „bei der gemeinsamen Prüfung ... gerügt[en]“ Mängel, und diese kennt der Bauherr natürlich, so dass die obengenannte Beschränkungsregelung hier greift und eine Bürgschaftshaftung entfällt. Im Weiteren wird durch die genannte Einschränkung teilweise auch die Sicherheitsleistung bezüglich derjenigen Mängel ausgeschlossen, die „während der Garantiefrist gerügt werden“ (Art. 181 Abs. 1): Handelt es sich dabei nämlich um Mängel, welche der Bauherr zwar nicht kannte, nach Treu und Glauben aber bereits vor der Abnahme (insb. anlässlich der gemeinsamen Prüfung) hätte erkennen müssen, so greift die beschränkte Bürgschaft auch hier nicht. Dies ist insbesondere dann von Brisanz, wenn die *Abnahme* mangels Prüfung gestützt auf Art. 164 Abs. 1 eingetreten ist: In solchen Fällen dürfte gelten, dass die Beschränkung der Bürgschaft für alle Mängel gilt, welche der Bauherr hätte erkennen können, wenn die Prüfung stattgefunden hätte.

Soweit ein Bauherr eine beschränkte Bürgschaft im beschriebenen Sinne ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert, liegt im Allgemeinen eine nachträgliche vereinbarungswise Abweichung von der SIA-Norm 118 vor, was ohne weiteres zulässig ist und dazu führt, dass der Bauherr bei Erfüllung der übrigen in Art. 152 genannten Voraussetzungen zur Auszahlung des Rückbehaltes verpflichtet ist. Ohne solchen Akzept jedoch könnte der Bauherr diese Auszahlung meines Erachtens gestützt auf Art. 152, drittes Lemma, i.V.m. Art. 181 verweigern.

Unternehmer ‚absichtlich verschwiegen‘ worden ist (Art. 180 Abs. 2). Die Minimalfrist der verlangten Bürgschaft nur mit Rücksicht auf diesen möglichen (aber äusserst seltenen) Fall auf zehn Jahre (Art. 180 Abs. 2) zu verlängern, wäre jedoch im Hinblick auf die damit verbundenen Kosten so unvernünftig, dass dies nicht dem Inhalt des zweckmässig ausgelegten Art. 181 entsprechen kann“.

78

GAUCH, KommSIA 118, N 16 lit. b zu Art. 181.